

Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho penal (*)

GÜNTHER JAKOBS

Catedrático de Derecho penal y Filosofía del Derecho
de la Universidad de Bonn (Alemania Federal)

I

a) En una sociedad cuyos miembros, además, se encuentran en contacto aunque no se conozcan, o no del todo, deben garantizarse «standards» de conducta generales; pues, si no, sólo cabe orientarse tras indagar con tiempo y esfuerzo cómo será el comportamiento que se puede esperar de los demás, siempre y cuando la indagación llegue a buen término. Ejemplo: nadie se podría conducir en el barullo de un mercadillo si tuviese que contar, seriamente, con todo lo posible en un torbellino humano. Sin embargo, con el Derecho se trata —entre otras cosas— de garantizar comportamientos; y, por lo que se refiere al Derecho penal, de una forma que depende de la constitución del correspondiente destinatario de las normas: sin tipo subjetivo (doló e imprudencia, conjuntamente: evitabilidad) y sin culpabilidad no hay responsabilidad. ¿Por qué puede permitirse el Derecho penal este subjetivismo —lo opuesto a la estandarización—? O dicho de otra manera, ¿cuál es la tarea de la parte subjetiva del tipo? La tarea se describe frecuentemente como protección del autor frente a exigencias excesivas, como límite de la punibilidad a hechos en los que el autor «hubiese podido comportarse conforme a Derecho, decidirse por el Derecho» (1). Pero, ¿por qué y en qué límites puede el Derecho penal proporcionar protección frente a tales exigencias abusivas? El intento de aclararlo habrá de modificar al mismo tiempo, profundamente, los límites de la parte subjetiva del delito en algunos puntos.

(*) Traducción de Joaquín Cuello Contreras, del original alemán *Über die Aufgabe der subjektiven Deliktsseite im Strafrecht*, publicado en H. WITTER (ed.), *Der psychiatrische Sachverständige im Strafrecht*, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 1987, pp. 271-286.

(1) *BGHSt* 2, pp. 194 y ss., 200.

La profunda colisión entre estandarización y subjetivización puede dulcificarse en algunos ámbitos vitales mediante un tipo especial de delito; respecto a este tipo, el Derecho no pregunta por la «capacidad» del autor para enjuiciar las *consecuencias* de una desviación respecto al comportamiento «standard», sino que le obliga a un comportamiento «standard» aun cuando aquél no pueda prever consecuencia negativa alguna (que quizá ni siquiera amenaza producirse). Evitabilidad y culpabilidad sólo deben relacionarse en estos delitos de peligro abstracto (2) (ejemplo: § 316 StGB, embriaguez en el tráfico) con la desviación respecto a un «standard» previamente descrito, no con (otras) consecuencias del comportamiento. No obstante, quedan motivos suficientes para ocuparse, por tres razones, de la colisión entre estandarización y subjetivización. En primer lugar, también los delitos de peligro abstracto tienen una parte subjetiva del delito (ciertamente abreviado). En segundo lugar, sus penas son siempre claramente inferiores a las de los correspondientes delitos de lesión; no son, pues, sustitutos del mismo valor que los delitos de lesión. En tercer lugar, y fundamentalmente, sólo existen delitos de peligro abstracto en determinados ámbitos; en una sociedad dependiente de contactos intensos entre sus miembros está excluida la posibilidad de normar el comportamiento humano completa o prioritariamente sin atender a sus consecuencias. Así, la relación de un médico con sus pacientes sólo sería regulable, en el mejor de los casos, periféricamente (por ejemplo, a través de la regulación jurídica del uso de medicamentos); lo mismo puede decirse de las relaciones educativas, económicas, relaciones en la vida privada y, en general, para todos los contactos no meramente estereotipados.

No sólo la necesidad de estandarización, sino también otra circunstancia, aparece a primera vista en contradicción con la consideración de la parte subjetiva del hecho. En un orden basado en la libertad no pueden admitir las personas responsables el control ajeno sobre su organización interna; lo interno no es objeto de regulación jurídica. Cabría esperar que, como compensación por esta libertad, cada uno tendría que responder por su uso satisfactorio al menos en la medida en que queda por detrás de la media del rol que se le exige (3). Así ocurre, también, en ámbitos determinados, pero no genéricamente. Respecto al *querer*, aparte de las situaciones disculpantes normativizadas, la configuración de la organización interior se define como cosa propia de cada persona responsable; nadie puede apelar para disculparse a que no pudo conducirse respetando la norma «con la mejor voluntad». ¿Por qué ha de ser distinto respecto al *saber*,

(2) Vid HASSEMÉR (1973), pp. 219 y ss.; JAKOBS (1985), pp. 767 y ss.

(3) Las correspondientes propuestas de objetivación —WIMMER (1959), p. 1757; BOOS (1960), p. 373— no han sido aceptadas, al menos en la teoría y legislación penales; su eficacia, reducida, en la Jurisprudencia, no debe pasarse por alto.

siendo así que ambos, el conocer y el querer, están libres del control ajeno? Formulado de otra forma, ¿no sería adecuada, al menos en determinados ámbitos, una especie de responsabilidad por el resultado?

b) Tampoco la responsabilidad por el resultado funciona sin atribución. Si, según la antigua leyenda (4), Odin, junto con otros, mató a una nutria, y porque la nutria era un hombre transformado, debió pagar una compensación, aun cuando ninguno de los autores pudo llegar a conocer la transformación, pese a las dudas sobre la semejanza entre el hecho penal de la leyenda y un hecho penal tal como hoy lo entendemos (5), resulta inevitable el paralelismo: el resultado es atribuible. El acontecimiento es interpretado de tal manera que la nutria no causó su propia muerte, sino que fue matada por los autores; con otras palabras, al hombre transformado en nutria no se le atribuye el hecho de haberse dirigido al lugar donde los autores pudieran matarle, sino que se le atribuye a los autores el hecho de haber matado. Lo que no se puede aclarar sólo con la causalidad; una responsabilidad por el resultado basada en la causalidad debería atribuírsele tanto al autor como a la víctima, y, además, a innumerables personas que, todas juntas, han sido causantes del resultado. La consecuencia sería, en lugar de una posibilidad de orientación, una atribución inexpresiva a cualquiera que tuviera un contacto casual con el autor o la víctima. En la leyenda no se trata de una responsabilidad sólo por la causación del resultado; más bien se define a *una* simple parte del hilo causal existente como única causación decisiva: tampoco la responsabilidad por el resultado es simplemente responsabilidad por la causación (6), sino responsabilidad a causa de la *incumbencia* en una causación. La responsabilidad confirma, pues, no sólo la complejidad de causas implicadas en cada acontecimiento nocivo, sino que aísla una parte del complejo como causa decisiva.

La responsabilidad penal por el resultado presenta inconvenientes. Para demostrarlo hay que aclarar, en primer lugar, que en un Derecho penal en el que la responsabilidad por consecuencias causales produce los mismos efectos que la responsabilidad por consecuencias evitables, no sólo a veces, sino por principio, no se presta consideración alguna a los límites de la capacidad. La responsabilidad por el resultado no se puede concebir como responsabilidad por culpabilidad, en su entendimiento actual, más responsabilidad por lo fortuito —cuya suma produciría algo tan monstruoso que nadie podría entender—. La pregunta del autor: «¿Cómo me podría haber organizado según un plan para evitarlo?», es absolutamente improcedente en la respon-

(4) BRUNNER (1890), pp. 488 y ss.

(5) ACHTER (1950), pp. 10 y ss. y *passim*; E. KAUFMANN (1958), pp. 16 y ss. y *passim*.

(6) Sobre la especificación de la atribución de la conexión simplemente por asociación del resultado con el responsable, vid. HASSEMER (1981), pp. 204 y s.

sabilidad penal por el resultado, como lo es la pregunta en el Derecho penal actual de la culpabilidad —al margen de los casos de inexigibilidad—: «¿Cómo habría podido organizar según un plan motivos para respetar la norma?» Ciertamente que en la responsabilidad penal por el resultado es útil (aunque no suficiente) la disposición individual para evitar el resultado; pero la falta de disposición individual para evitar el resultado no tiene nada que ver con el fundamento de la pena.

Ahora bien, no es posible establecer caprichosamente en qué límites puede un sujeto apelar de forma disculpante a sus capacidades y en cuáles no; pues en Derecho procesal no se puede negar aquello a lo que uno se presta diariamente sin rechistar, y no se puede postular lo que ni se encuentra ni se exige cotidianamente. Si los caracteres que identifican a un acusado son completamente distintos a los de un hombre ordinario, el hecho no podría tener lugar cotidianamente (7). En una vida diaria en que las personas persiguen juntas proyectos o se basan, dividiendo el trabajo, sobre los rendimientos de otros, aquéllas deben exigir que se reconozcan límites a las propias capacidades y concedérselos a las capacidades de los otros si quieren alcanzar sus metas. Sólo en contactos sociales aislados y laxos puede prescindirse por completo de la organización interna del otro; a medida que los contactos son más frecuentes e intensos, esto llevaría, debido a las progresivas posibilidades de daño, al fracaso de los proyectos propios. Ejemplo: no se puede reaccionar siempre conforme a las reglas de responsabilidad por el resultado si, de entre el grupo que efectúa una mudanza en una vivienda reducida, alguien recibe un pequeño roce; si se reacciona así fracasa la comunidad. Quien, en tal situación, juzga a un autor sin atender a su organización interna, parte de una norma que no se adecúa al ámbito que debe regular, es decir, a lo cotidiano. La atribución de consecuencias casuales de cara a la estabilización de expectativas cotidianas no es sólo superflua, sino también obstructiva. Este argumento esgrimido en contra de la responsabilidad por el resultado se desvirtúa, naturalmente, si no existen expectativas cotidianas, o si no se trata de una relación entre personas, sino del divino creador de un orden; frente a él, la ceguera puede constituir una falta. Como ocurre cuando el Derecho se interpreta a partir de relaciones míticas naturales. Pero puesto que estas desvirtuaciones no alcanzan evidentemente a la sociedad de hoy ni a su Derecho penal (pero sí a ordenamientos históricos con responsabilidad por el resultado), no serán objeto de ulterior consideración.

(7) Dicho sea de paso: por ello la responsabilidad por el resultado (como la atribución del resultado feliz) posee un residuo de no cotidianeidad. Respecto a una gran desgracia (o a una gran suerte) ocasionada casualmente, casi nadie podría tranquilizarse sólo por medio de la aclaración basada en la casualidad.

c) La conclusión obtenida hasta ahora sólo excluye una responsabilidad por el resultado que contradice la práctica cotidiana. Pero, puesto que la cotidianeidad discurre en gran medida entre portadores de roles fijos, no se ha obtenido todavía nada en relación con el problema esbozado al principio acerca de cómo se concilia la subjetivización del Derecho penal con la necesidad del comportamiento estandarizado. ¿Debe determinarse la evitabilidad del resultado desde la perspectiva de un portador de roles o desde una persona con sus atributos individuales? El argumento contra la responsabilidad por el resultado obtenido de la práctica cotidiana parece hablar *en favor* de una responsabilidad en función del rol.

Al tratar la responsabilidad por el resultado se mostró que ésta no puede concebirse como una suma de responsabilidad por la culpabilidad y por la causalidad, sino que debe fundamentarse exclusivamente con independencia de la culpabilidad. Lo mismo ocurre con una responsabilidad por el rol. Tampoco ésta podría formarse como suma de algunos casos de culpabilidad de una persona individual y algunos casos de culpabilidad de un portador de roles, sino que debería orientarse exclusivamente a portadores de roles. Nuevamente sería útil la disposición a evitar el resultado para eludir la pena, pero eso no tendría nada que ver con el fundamento de la punición. En el caso de la responsabilidad por el rol se despreciarían, pues, las propiedades específicas de una culpabilidad dirigida a la persona individual *en todos los casos*. Este sería el precio a pagar para que *en algunos* casos, es decir, aquellos en que el rol desborda al individuo, no hubiera que renunciar a las garantías penales. Por ello, es necesario tener dos ideas a la vista en relación con la valoración de la capacidad de rendimiento por medio de la atribución basada en roles: no sólo el aumento del «standard» garantizado penalmente en algunos casos, sino también la modificación del contenido de garantías en todos los casos. La atribución penal dirigida a las capacidades individuales va más allá de los roles. Ello no quiere decir que, del fracaso individualmente reprochable en *un* rol, deban derivarse necesariamente, siempre, consecuencias para cada rol; pero puede ser así, pues el fracaso se refiere no sólo a los caracteres identificadores del portador de roles, sino que alcanza también a aquella parte del sujeto que funda la unidad del portador de roles distintos, es decir, los caracteres identificadores del sujeto independientes del rol. El fracaso puede haberse producido en muchos otros ámbitos vitales, en el mismo sentido en que el autor no ha satisfecho pretensiones que él, en todo caso, o en numerosas situaciones, debe satisfacer. Ejemplificándolo: un cirujano que no respeta en su trabajo *lo que para él fue evitable*, no puede eludir la duda sobre su competencia en otros roles apelando a que el fracaso fue uno específico de un rol, pues se trata del fracaso de aquella parte del sujeto común a varios roles, si no a todos. El autor debe, por tanto, arrastrar el estigma obtenido en un ámbito

vital también en otros ámbitos vitales. El hecho no sólo proporciona motivo para distanciarse a las personas que se tratan con él en los roles en que ha fracasado, sino que aquél resulta aislado en cuanto a la asunción de roles.

La individualización excluye la separación de roles. La separación de roles no sólo propicia el deber de satisfacer exigencias procedentes de diversos ámbitos vitales, sino también la libertad para no resultar desautorizado en cualquier otra situación, por la falta en una sola. Esta libertad queda excluida por la atribución orientada a las propiedades individuales. Precisamente la tarea de una atribución es la de propiciar un distanciamiento lo más amplio posible del autor.

Con ello debería quedar claro por qué el Derecho penal permite renunciar a la estandarización (8): no se trata de aquilatar un principio de culpabilidad jurídicamente apriorístico o de algo semejante, sino de que el precio a pagar por una estandarización sería muy alto. Este precio consistiría en un relajamiento de la carga del autor en *todos* los casos. Todo autor podría introducirse en otras posiciones; él habría fracasado, ciertamente, en un determinado rol, pero en otros exigiría, antes y después, ser tratado como si nada hubiera ocurrido.

La renuncia a una garantía penal del «standard» debe resultar no sólo porque de lo contrario se debilitaría la posibilidad de un distanciamiento del autor, sino que puede resultar no perjudicial porque existen equivalentes funcionales (9), fundamentalmente en forma de deberes civiles compensatorios, cuyo cumplimiento, en parte, está garantizado, a su vez, por seguros y medidas semejantes. Además, respecto a profesiones y otras actividades peligrosas, una autorización formal (desde el otorgamiento de un permiso de conducir hasta una autorización para ejercer como médico especialista) garantiza, por regla general, la capacidad de rendimientos «standards» del autorizado; es decir: seguridad cognitiva. Lo que repercute, a su vez, en la situación normativa: quien no ha superado el procedimiento de autorización sabrá, o podrá saber, la mayoría de las veces, que él no puede estar seguro de disponer de la capacidad suficiente; si, no obstante, actúa, sin causa de justificación especial, en el ámbito peligroso, ha fracasado individualmente también, si la tarea le desborda, puesto que él la ha aceptado a pesar de la capacitación insuficiente. Finalmente, frente a determinados portadores de roles se puede proceder de un modo que está excluido frente al portador del rol de ciudadano normal. Se le puede privar coactivamente de roles; ejemplificadamen-

(8) Sobre las interpretaciones utilitaristas de la parte subjetiva del tipo, vid. BAURMANN (1981), pp. 19 y ss., sobre las interpretaciones como consecuencia de los principios de justicia, o. c., pp. 41 y ss.

(9) La necesidad de punir causaciones del resultado individualmente inevitables podría faltar también porque el ámbito de lo inevitable —como el de la imprudencia no dirigida— aparece unido al peligro de autodaño: el autor no puede saber si él mismo no será la víctima casual. Más ampliamente sobre la imprudencia, *infra*.

te: se puede retirar el permiso de conducir, anular la autorización como médico-especialista, etc. Cabe, pues, en tales ámbitos, la posibilidad de reaccionar frente a un conflicto con criterios de prevención especial, lo que, al mismo tiempo, favorece la seguridad cognitiva.

II

a) El aspecto funcional de la parte subjetiva del hecho debe clarificarse más en base a los particulares elementos del tipo subjetivo y de la culpabilidad (aunque para la finalidad de la presente exposición no se trata de si los elementos subjetivos han de ordenarse en el tipo o en la culpabilidad, y cuáles en cada escalón, ni de si tal distinción tiene sentido). En primer lugar, por lo que se refiere al dolo y a la imprudencia, éstos, como hechos puramente psíquicos, carecen de interés a los efectos de la atribución; pues, si se atiende sólo a los citados hechos psíquicos (o a otros), se podrían investigar sus causas, con lo que no se iría más allá de la constatación de que algo —por determinadas causas— se ha dado o no se ha dado. Cuando el Derecho considera la individualidad del autor resulta claro que no la piensa como un mero conjunto de datos individuales. El Derecho no se ajusta ilimitadamente, sin más, a la constitución individual del autor; si fuese de otra manera, al autor no se le *prescribiría* nada, sino que sólo sería registrado, es decir, descrito lo que ha ocurrido. Este hecho, en parte trivial, contiene la clave de toda la doctrina de la atribución. La atribución supone siempre una parte de no intromisión en el autor; si a éste no se le limita en algún punto la apelación a su individualidad fáctica, no es capaz de atribución. Se trata, por tanto, decisivamente, de la delimitación de la parte subjetiva de un hecho: ¿cuándo puede apelar un autor, para descargarse, a su constitución?, ¿cuándo es la apelación infructuosa y, por añadidura, cuándo una constitución llega incluso a implicar una carga?

La respuesta a esta pregunta depende de qué puede prescribir con sentido el Derecho a sus destinatarios: ¿inteligencia? —en cuyo caso *carga* la circunstancia de que las consecuencias del hecho se desconocieran por estupidez—; ¿o la buena voluntad? —en cuyo caso *descarga* la estupidez de quien tiene buena voluntad—. Si han de establecerse expectativas de roles, también la inteligencia puede prescribirse en la forma de conocimientos «standards» conforme a rol. En cambio, si la atribución va más allá del rol, entonces sólo puede prescribirse aquello que en todo rol debe rendirse necesariamente. Este «común» es la disposición a cumplir la norma; pues no hay rol alguno en el que quedara a disposición del autor satisfacer en menor medida el cumplimiento del Derecho o, incluso, renunciar a ello. Sin embargo, no se espera de personas cuyas fuerzas intelectuales muestran por lo general, o en determinados ámbitos, menos resultados apropiados,

que se marginen a sí mismos de la vida social (salvo que el déficit alcance formas graves; pero entonces ya no se considera asunto propio la organización de su retirada); puesto que cualquiera debe pretender a veces este privilegio de la estupidez en algunos ámbitos vitales, no se podrá consecuentemente negar su necesidad. Por esta razón descarga la estupidez; es decir, si el autor, pese a su mejor disposición a cumplir la norma, no evita un resultado, no se le puede atribuir la producción de ese resultado. Presupuesto mínimo de una atribución más amplia que la del rol es, pues, la evitabilidad individual, siendo así que la individualización no debe ir referida a la disposición a esforzarse en la evitación, sino sólo a la capacidad de rendimiento basada en la disposición, de hecho o supuesta. Lo cual, en este sentido, es inevitable. Con otras palabras: lo que no se ha realizado dolo-
sa ni imprudentemente, no comporta responsabilidad.

Ahora bien, si la evitabilidad, en la concepción descrita, se da, ¿por qué se presta el Derecho a distinguir entre que la realización del tipo fuese conocida por el autor o sólo —supuesta la disposición suficiente— la pudiera haber conocido?, ¿por qué distingue, pues, el Derecho entre dolo e imprudencia? (10). Según el entendimiento común, los hechos imprudentes antijurídicos y culpables no mostrarían una infidelidad a la norma tan drástica como, *ceteris paribus*, los hechos dolosos antijurídicos y culpables, y, por ello, sólo viene en consideración un reproche menor. Pero, ¿de dónde proviene la menor disminución de la fidelidad a la norma? Se podría argumentar que los autores de imprudencias se habrían comportado por lo general de otra manera si hubiesen conocido la producción del resultado, es decir, habrían mostrado la disposición suficiente para evitar un resultado conocido. Por expresarlo con un ejemplo: quien ha dejado en el hornillo un recipiente con agua hirviendo se habría comportado de otra manera si hubiera sabido que un niño lo tiraría y se quemaría. Si se observa con más detenimiento el argumento parece insuficiente. Si alguien previera el resultado y —por lo demás en la situación del autor imprudente— a pesar de ello actúa, sería éste, por lo general, un caso absurdo de producción de un resultado, sólo satisfactorio para un sádico. El fundamento de la disposición a cumplir

(10) FRISCH (1983), pp. 48 y ss., constata una relación teleológico-racional especialmente intensa entre la punición de los hechos dolosos y la protección de bienes jurídicos: «El actuar doloso altera ciertamente la fidelidad jurídica y la confianza en la inviolabilidad del ordenamiento jurídico más, y más profundamente, que el imprudente» (p. 49). La presente investigación proporciona la razón de la clara diferencia de efectos: la fuerza de autorregulación propia sólo de la imprudencia. Frisch establece, además, una conexión valorativo-racional: «La falta de rendimiento personal del autor debe... ser en los casos de actuar doloso también típicamente mayor que en los casos de comportamiento imprudente» (pp. 52 y ss.). Esto es aquí discutido en la medida en que se trata de un cuanto de no rendimiento obtenido independientemente de la finalidad del Derecho penal. Por lo demás, sin embargo, se trata sólo de otra manera de formular la conexión valorativo-racional.

la norma del autor imprudente es sólo lo suficientemente elevado como para excluir el comportamiento nocivo del que el autor no obtiene ninguna ventaja. Esta no es, sin embargo, base suficiente para la indulgencia, pues tal medida de disposición a cumplir la norma podría existir en prácticamente *todos* los autores (salvo en un puñado de sádicos).

Pero, ¿acaso no resulta evidente que la evitación de consecuencias imprevistas «representa un mayor rendimiento» que la evitación de consecuencias que están ante los ojos? (11). Supóngase que la respuesta debe ser afirmativa. De ahí resulta que el autor doloso ya ha rendido algo de lo que puede ser útil para evitar el resultado; pero no resulta que el no rendimiento deba descargar, pues las dificultades para cumplir la norma sólo puede alegarlo en su descargo el autor si no es asunto suyo llevarlo a cabo. Se puede incluso invertir el argumento: de la misma forma que la dificultad especial para cumplir la norma se le carga al autor impulsado por el gusto de delinquir, podría proporcionar la dificultad especial de aquel a quien le falta el cuidado un motivo para la carga.

¿De dónde proviene, pues, la certeza con que hoy se acepta que entre el hecho doloso y el imprudente existe un escalón? Las consecuencias del olvido o de la desatención, sin embargo, no han sido valoradas por el autor porque no le fueron conocidas en el acto. Para el autor de la imprudencia no existe la certeza de que el resultado de su comportamiento será bueno, o aceptable, sólo para él y, a diferencia de lo que ocurre con los hechos dolosos, si se ha producido frecuentemente no lo podrá aceptar. La situación de la imprudencia se diferencia, por tanto, de la del dolo no sólo por la ausencia de conocimiento de las consecuencias, sino también por la inaclorada aceptabilidad de las mismas: las consecuencias del dolo son aceptables (en otro caso no actuaría el autor), pero respecto a las consecuencias de la imprudencia su aceptabilidad en el momento del hecho es una cuestión abierta. El autor de la imprudencia soporta un riesgo natural (lo que no ocurre particularmente en el dolo), a saber: el riesgo de que puede resultar perjudicado él mismo o un tercero cuyo daño el autor sufrirá como propio. En la medida en que la imprudencia no resulta de un desinterés específico, sino de una desatención general no dirigida, difusa en las consecuencias, resulta cargada con el peligro de una pena natural, y este riesgo del autodaño propicia la disposición a cumplir la norma; disminuyendo, por tanto, la nece-

(11) Así SK-SAMSON (vid. RUDOLPHI y otros, 1986), Apéndice al § 16, núm. marginal 36. Que para una consideración psicologizante pueden ser necesarios cuantitativamente más hechos psíquicos no se discute (por eso, también pueden causarse, externamente, bloqueos en más lugares; de ahí resultan las reglas especiales de no exigibilidad en la imprudencia). Que esta cantidad es penalmente relevante habría de ser el *thema probandum*.

sidad de reaccionar penalmente frente a una infracción no dolosa (12). Con ello no se trata sólo del puro miedo a las consecuencias, sino también del miedo frente a las censuras. La imprudencia delata una falta de dominio sobre la propia organización, es decir, incompetencia para «gobernarse», y afecta, por tanto, al prestigio social. Junto al peligro de la *poena naturalis* se produce, pues, también, el peligro de la degradación como sanción informal. Una vez más, no son las «estructuras» de la reprochabilidad, previas al Derecho, las que determinan la decisión, sino que la reprochabilidad y su medida se orientan a las tareas del Derecho penal, mediante la garantía de la disposición a cumplir la norma en orden a estabilizar expectativas y posibilitar la orientación.

En esta tarea, la distinción entre dolo e imprudencia no es siempre adecuada. La distinción resulta chocante si el autor no repara en los hechos, por motivos que le son imputables (13). Se trata de los casos en que el autor, por desinterés hacia el destino de su víctima, no toma siquiera en consideración su situación. Aquí no amenaza al autor una *poena naturalis*, ya que un resultado evitable sólo puede producirse en el ámbito selectivo cuyo desarrollo precisamente le resulta al autor indiferente. Que el autor, en tales casos, resulta *descargado* de las consecuencias de su infidelidad al Derecho (no hay dolo; pues, por falta de interés, no hay conocimiento) contradice la finalidad del Derecho penal, de propiciar el ejercicio de la fidelidad al Derecho y asegurar la ya existente. Ejemplo: si alguien que trabaja con alquitrán nota que ensucia la propiedad ajena, tendrá dolo de daños; en cambio, si no lo nota, porque le resulta indiferente, queda, por ausencia de dolo, impune (§§ 15 y 303 StGB). Tales conclusiones no pueden justificarse por sí mismas (dicho sea de paso, tampoco puede hablarse de un fundamento de disposición a cumplir el Derecho); la ley gene-

(12) Sobre la correspondiente situación en las causaciones inevitables del resultado, vid. ya *supra* 9.

(13) Remisiones bibliográficas sobre el estado de la cuestión en: JAKOBS (1983), p. 13, nota 9; recientemente, SCHÜNEMANN (1985), pp. 360 y ss.; FRISCH (1983), pp. 46 y ss. y 235 y ss. KÖHLER (1982), p. 369 (18) (vid. también pp. 322 y ss.), opone a la crítica de la orientación estricta de la valoración grave/leve (o simplemente punible/no punible) a los hechos psíquicos conocimiento actual/conocimiento actualizable, la siguiente anticrítica: se trataría de una «representación extremadamente normativo-objetivista... para la cual la autorreferencia del sujeto y la diferenciación de los conceptos de atribución resultantes de ella ya no tendrían significado esencial para la fundamentación de la punibilidad. Esta es una interpretación completamente psicologizante de la «autorreferencia», pues también la ceguera frente a otras personas es una interpretación de la relación con ellas, es decir, su menosprecio. No hay ningún motivo para acoger favorablemente tal interpretación. De manera parecida ha argumentado ya HASSEMER (1981), p. 207, para quien sólo el autor doloso ejecutaría un acto de menosprecio personal y social de la víctima; no, sin embargo, el autor imprudente. Pero la ausencia de un interés en conocer a quién se menosprecia no excluye el menosprecio.

raliza (14), ciertamente, para facilitar su manejo. Que la generalización sea necesaria en la medida en que se produce puede dejarse ahora de lado; en cualquier caso, por lo que se refiere al núcleo, sólo por lo que se refiere a él, tiene lugar una aclaración conforme a la función del Derecho penal.

Finalmente, por lo que se refiere al dolo y a la imprudencia, hay que intentar dar una respuesta a la pregunta sobre cuándo puede apelar el autor a su constitución para descargarse. Respuesta: una constitución descarga si se puede demostrar que su modificación correspondería al interés individual actual del autor.

b) Tras lo dicho, queda excluida la suposición según la cual en la culpabilidad (para la que rigen las consideraciones siguientes) se puede llevar a cabo una total individualización. La individualización total conduce a la constatación de que el autor se motivó suficientemente, de una vez, al hecho, y que esta constatación debe mantenerse, pues todo lo demás no afectaría a la realidad del autor. Si *falta* la culpabilidad, si hubo un error de prohibición inevitable y faltó la capacidad de culpabilidad (situación disculpante, vid. *infra*) se individualiza de forma total: el Derecho cede al error o a la enfermedad mental; aquí se toman las constituciones individuales como realmente son. En la culpabilización, por el contrario, protesta el Derecho contra la realidad de lo individual. Ahora bien, ¿contra qué se protesta y qué se acepta?

Para buscar el punto medio entre los elementos de la constitución individual que cargan y descargan en la culpabilidad, sirve de ayuda la reflexión sobre cómo debería ser un ordenamiento que pudiera proporcionar una individualización completa. Tal ordenamiento debería poder renunciar a exigir que se le siguiera; debería, pues, ser seguido en la medida suficiente en base a la consideración de su corrección. Quien se desviara de un orden en tal medida seguro de su fuerza de convicción, aparecería, al menos desde el punto de vista de los defensores de ese orden, como un idiota; sus hechos demostrarían que su modo de vivir no puede servir de norma general. La atribución se agotaría en la constatación de la tontería.

Sin embargo, las reglas jurídicas no se entienden evidentemente como reglas que deban respetarse en base a consideraciones que no tengan en mente las reacciones de otras personas. El Derecho no puede fundamentar la necesidad individual de su respeto, por la sencilla razón de que en sus valoraciones contrastan numerosas jerarquías valorativas individuales. Si el Derecho cediera sin más a este déficit de fundamentación, ya no podría proporcionar ninguna estabilización de expectativas. *Para compensar este déficit de fundamentación, traslada*

(14) Tampoco con una disposición a riesgos desproporcionados personalmente, es decir, si falta el miedo a un *poena naturalis*, tiene eficacia la autoestabilización.

el Derecho la carga de la fundamentación al autor. El autor no es escuchado si argumenta diciendo que las normas, para él, no tienen sentido; más bien, se define la falta de consideración como fuente de la infracción de la norma. Con otras palabras, es tarea del autor la de preocuparse al menos por entender el sentido de la norma.

Un desvío de lo no fundamentable con sentido, individualmente, es culpabilidad. Por contra, se disculpa el autor que se desvía de lo que para él estuvo individualmente fundamentado; aquí soporta también el autor el peligro de un desenlace que, conforme a una valoración individual, es nocivo. Esta constatación se adapta a la fundamentación proporcionada más arriba sobre la frontera entre el dolo y la imprudencia: que sea individualmente absurdo ponerse a la obra descuidadamente es más fácil de fundamentar que la individual ausencia de sentido de un hecho doloso que el autor, como la ejecución de la acción demuestra, ha valorado como individualmente con sentido; por eso, se da en la imprudencia la presunción del autodaño, que descarga (15).

c) La regla según la cual la falta de sentido individual descarga, mientras que la realización de tal sentido carga (16), aclara también el tratamiento del error de prohibición: si (!) un autor está dispuesto, en lo fundamental, para cumplir las normas jurídicas, y se pone a ello, un hecho cometido en error de prohibición le proporcionará, por lo general, más daño que utilidad; él decepciona a la víctima, se ve incurso en un proceso, pierde quizá también su prestigio, etc. Con otras palabras: quien quiere vivir sin ser molestado debería atender, en su propio interés, al hecho de si no se estará comportando de forma prohibida. Esta fundamentación del sentido individual del respeto a la norma le permite al Derecho tratar con benevolencia a los autores que, en lo principal, están dispuestos a cumplir la norma en caso de error. Otra cosa distinta ocurre con personas que no llegan a conocer el Derecho por indiferencia, o quizá por animadversión: para aquellos a los que no les interesan las consecuencias, no puede fundamentarse la atención a las normas de una manera que tenga sentido individual. Por eso, no prevé la regla del error de prohibición del § 17 StGB, acertadamente, ninguna atenuación obligatoria de la pena para el caso del error evitable, sino sólo una posible atenuación; así puede distinguirse entre el error por causas que descargan y el error por causas que cargan. Con esta regla elástica pueden tratarse de manera más adecuada los casos particulares, frente

(15) No se trata de que se produzca realmente el resultado nocivo, sino de lo absurdo del acontecimiento *ex ante*, vid. p. 280.

(16) Un caso de aplicación es también el tratamiento del autor con conciencia errónea; sólo ordenamientos seguros de su fuerza de convicción pueden exculpar al autor con conciencia errónea.

a lo que ocurre con una regla estricta como la que la ley prevé con la distinción entre el dolo y la impruencia (17).

d) Que un desvío de los presupuestos del cumplimiento de la norma no fundamentado con sentido individual constituye culpabilidad, mientras que el desvío del presupuesto con sentido individual descarga, aclara, finalmente, en lo fundamental, la regla sobre la capacidad de culpabilidad, aunque aquí resultan complicados dos detalles.

La primera dificultad para trasladar los resultados anteriores a las categorías de la capacidad o incapacidad de culpabilidad proviene de la circunstancia de que un autor no capaz, actualmente, para realizar reflexiones con sentido, debido a su enfermedad mental, naturalmente no puede demostrar ningún sentido individual en absoluto. Pero así no se entiende tampoco la tesis del sentido individual. No se trata de convencer al autor, en particular, de que no se comporta con sentido; naturalmente, la falta de sentido no puede constatarse en personas incapaces de sentido: su afirmación de que hay sentido puede probar su incapacidad.

Esto presupuesto, podría estar claro que la incapacidad de culpabilidad tiene algo que ver con la carencia de sentido individual: en cualquier caso, los prototipos de lo establecido en el § 20 (psicosis, intoxicación y debilidad mental) se caracterizan por el hecho de que el autor no sólo ataca intereses ajenos, sino que, de esa forma, no percibe siquiera los intereses propios. Desde una perspectiva superficial, puede quizá aparecer el comportamiento individualmente (o incluso generalmente) como con sentido; pero el análisis más profundo del psicólogo y psiquiatra experto descubre, sin embargo, muestras objetivas de comportamiento.

Respecto a la segunda dificultad de traslación, se trata de que hay elecciones de sentido muy escurridizas (desde el estrafalario hasta el pleitista), autodestructivas o pervertidoras, por lo demás, del orden valorativo común en personas sobre cuya capacidad de culpabilidad no cabe dudar. ¿Cómo distinguir tales proyectos, casos límites de elección de sentido de personas individualmente responsables, de los proyectos de personas psíquicamente enfermas, con el conocimiento alterado o débiles mentales? La respuesta debe hallarse mediante la aplicación estricta de los criterios desarrollados: sólo quien, actualmente, no desarrolla ningún sentido individual, actúa sin culpabilidad. Nadie puede apelar, por tanto, a que la propia elección de sentido se dejó de lado y cada vez le convenció menos (18) (aunque el

(17) Particularidades en JAKOBS (1983), 19/6 ss.

(18) Un fracaso de la planificación no hace retroactivamente absurda la elección, pues la elección de sentido se produce siempre *ex ante*. Se refiere a situaciones pronosticadas y no deviene absurda, como elección *ex ante*, por el hecho de que, *ex post*, haya proporcionado sólo un mal individual. Ejemplo: quien incendia su casa con propósito de estafar, no pierde su culpabilidad por el hecho de que en el incendio haya perecido, en contra de lo esperado, su hijo más querido. No se trata de que se cumpla

convencimiento de la falibilidad de una conducta de vida plena de sentido siempre puede proporcionar una atenuación de la pena). Que los proyectos de sentido se manifiesten constantes es indiferente; también lo que ocurre por mero capricho vincula.

Si se mantienen las condiciones de trasposición enunciadas, puede aclararse la capacidad de culpabilidad desde las tareas del Derecho penal, de cuidar de la disposición a cumplir la norma: puesto que el Derecho no puede fundamentar la capacidad de sentido individual de esta disposición, simplemente la postula. Capacidad de culpabilidad es el concepto correspondiente a este postulado. Elección de sentido individual sin disposición a seguir la norma es culpabilidad. Para determinar si algo es elección de sentido habrá que partir de las preferencias del autor en el momento de la elección. La elección de lo individualmente sin sentido descarga, porque la necesidad de evitar una infracción individualmente absurda puede fundamentarse.

La capacidad de culpabilidad es, para esta concepción, una atribución que se sigue de la necesidad de fundamentar el Derecho. Esta declaración resulta, por lo demás, muy discutida. La formulación más extendida dice: en la capacidad de culpabilidad se trata de una suposición empírico-pragmática (19), o de una generalización (20) (es decir, la cuestión de si, en general, las personas, en la situación del autor, tienen la capacidad de regirse por la norma). Ninguno de ambos conceptos lleva más lejos. La consideración de la praxis cotidiana remite de una cuestión a otra, es decir, por qué en la cotidianeidad «se atribuye prácticamente, de forma mutua... un poder»; la respuesta a esta pregunta es inevitable si se quieren determinar los límites de la capacidad de culpabilidad; pero, por eso, queda sin resolver, como ocurre con la pregunta homóloga en el ámbito jurídico-penal. Con una remisión desde un sistema de atribución a otro no se gana nada en la aclaración de los principios de atribución. Lo mismo vale para el planteamiento generalizador; tampoco él puede responder a la aclaración de lo principal, por qué generaliza precisamente la parte impulsiva, es decir, la disposición a seguir la norma (y no, por ejemplo, el saber, la fuerza corporal o alguna otra), y esto sólo si falta una comprobación. Claramente desempeña un papel la relación de finalidad, que, sin embargo, no se pone en cuestión. Sea como sea, el resultado de poner en tela de juicio la relación de sentido es clara: *capaz de culpabilidad es quien desarrolla sentido individual.*

el plan vital, sino de sí, en tanto que tal plan, tiene sentido individualmente. Por lo demás, en cuanto a la culpabilidad por una muerte imprudente del niño (no es la culpabilidad por un incendio), puede resultar descuidada la planificación del incendio y, por ello, individualmente irracional. Vid. también (15).

(19) SCHREIBER (1977), p. 245.

(20) KRÜPELMANN (1976), p. 12.

Los estados del § 20 StGB tienen por cometido designar a aquellos autores que no eligen individualmente con sentido. En sentido estricto, es éste, y sólo éste, el caso cuando el comportamiento del autor no puede ya ser entendido como elección individual, porque la motivación al hecho es sufrida por él mismo, objetivamente, como un cuerpo sufre una enfermedad, y si, además, el estar por debajo de una modulación del modelo objetivo, no puede interpretarse como posibilidad límite de comportamiento individual. El autor es, entonces, cualitativamente anormal, en el sentido de que no existe en absoluto la cualidad de ser un sujeto que se comporta. Que esta incapacidad, que al menos en la psicosis masivas puede producirse, quepa medirla de forma exacta, no es un problema jurídico-penal (21).

Si un sujeto actúa, aunque se trate de un sujeto más o menos disminuido en sus capacidades, se elige también, siempre, un sentido individual. Es decir, según los principios de atribución desarrollados, existe capacidad de culpabilidad en el sentido estricto de la palabra. Esta capacidad de culpabilidad en sentido estricto no es cuantificable (22). Ciertamente hay sujetos grandes y sujetos pequeños, pero la respuesta sobre si un sujeto actúa —no necesariamente solo, sino quizá ocultado por modelos objetivos—, sólo permite en teoría un sí o un no como respuesta.

e) Puesto que la regulación del § 21 StGB cuantifica, y puesto que también el § 20 StGB en algunos aspectos emplea conceptos cuantificadores («profundamente», «muy»), con la ley se trata, claramente, no sólo de la delimitación entre la capacidad y la incapacidad de culpabilidad. Más bien ocurre que una parte de lo que se trata bajo el nombre de incapacidad de culpabilidad en el § 20 StGB, y todo lo que la ley designa como capacidad disminuida en el § 21 StGB, no tiene nada que ver con la (in) capacidad en el sentido desarrollado, sino que sigue otras reglas, es decir, las de la exigibilidad e inexigibilidad.

Si el Derecho considera como tarea propia de los destinatarios cuidar de su disposición a seguir la norma; si, por tanto, les atribuye capacidad, no ocurre ello de una manera ciega, especialmente no sin atribución, a las condiciones de la disposición general del destinatario a cumplir la norma. Puesto que algunas expectativas importantes no se pueden estabilizar sólo normativamente, sin fundamentación cognitiva, y puesto que un cumplimiento de la norma sólo basado en la coacción psicológica permanente queda excluida de un Estado liberal, el Derecho debe atender a las condiciones de la disposición al cumplimiento. El Derecho sólo es aceptable, en definitiva, cuando su cum-

(21) No es tampoco un problema penal el de si existe tal incapacidad. Si no existe, la capacidad de culpabilidad en sentido estricto pasa a formar parte del ámbito de la exigibilidad; este último ámbito es genuinamente jurídico.

(22) A. KAUFMANN (1961), pp. 330 y s.

plimiento es conciliable con una vida con sentido individual, si, pues, no puede decirse del Derecho que quebrante a los individuos. Ello no quiere decir que el encuentro entre individuo y Derecho no pueda entrar en una colisión en la que se destruya el individuo, sino que sólo dice que la destrucción no debe cargarse al Derecho. Los casos en que la armonización entre el sentido individual y el cumplimiento del Derecho resulte cuestionable, o simplemente excluida, no han de ser excesivamente infrecuentes, tampoco en el orden actual; pero son, por lo general, casos en los que las consecuencias de la colisión se interpretan sobre el mismo autor, no sobre el Derecho. Ejemplo: un acusado responde con gran credibilidad a la pregunta del Tribunal sobre si él no pensó tratar mejor al objeto de la agresión admitiendo que eso estuvo lejos de su pensamiento, pues el objeto le era antipático; no pudiéndose representar que en una situación semejante le sobreviniese, o pudiese sobrevenirle, un pensamiento de respeto. Si se prescinde de los casos que caen de lleno en el sentido de los §§ 20 y 21 StGB (y también de los casos de perversión sistemática del conocimiento valorativo por parte de personas superiores) (23), el Tribunal no trataría a esta apelación como descargable, sino precisamente como cargable: cuanto más se ha alejado el acusado de cuidar del objeto de ataque, más se ha alejado de las normas del Derecho y mayor es su culpabilidad. El cumplimiento de la norma fue claramente posible para este autor, en esa situación, en menor medida que, *ceteris paribus*, para un hombre de constitución media o sensible. Con otras palabras: como se preocupe el sujeto de la disposición a cuidar de la víctima, es cosa suya, aumentando la culpabilidad con la improbabilidad de que tal preocupación tenga sentido individualmente y se produzca. La problemática es ya conocida en la valoración jurídica de la reincidencia (24): aunque resulte más difícil prescindir de una costumbre que no adquirirla, la comisión, por costumbre, no disminuye la culpabilidad, sino que la aumentá.

Sin embargo, son también posibles colisiones en las que el autor puede rechazar la responsabilidad en base a que, para él, fracasa la integración de las normas jurídicas en su conexión de sentido individual. Llama la atención que el Derecho positivo haya encontrado una regulación expresa no sólo para el ámbito denominado por la ley como «capacidad de culpabilidad», sino también para tipos de casos más alejados, como el exceso en la legítima defensa o el estado de necesidad disculpante (25) —§§ 33 y 35 StGB—. Aunque el Derecho sólo puniese en casos excepcionales a aquel que intenta eludir una

(23) HANACK (1967), pp. 298 y s.

(24) Remisiones bibliográficas en JAKOBS (1983), pp. 398 y s.

(25) La *exclusión* del estado de necesidad disculpante (que no resulte disculpado quien evita su quiebra estafando a otros, ni quien quiere evitar una pena privativa de libertad golpeando a su vigilante) afecta ciertamente a situaciones cotidianas.

catástrofe individual de la que no es responsable, quedaría marcado por el odio de pretender un rango que nadie quiere auto-otorgarse y recortaría mediante esta pretensión las condiciones de existencia del ciudadano, aun cuando sólo lo haga en un caso límite. Un Derecho que pretende ser aceptado globalmente, no pudiendo alcanzar esta aceptación ni mediante convencimiento irresistible ni mediante coacción física permanente, sino que más bien debe persuadir, no puede propiciar tal odio.

En estos casos de ausencia de exigibilidad o de exigibilidad sólo limitada, no decae la capacidad de culpabilidad en sentido estricto; pues el autor encuentra una elección de sentido individual. Pero él puede poner de manifiesto que el fracaso en la integración de la disposición al cumplimiento con la elección de sentido individual no depende de él. Un fracaso es posible, porque el autor habría debido sacrificar su vida u otro bien existencial propio, o de igual categoría que el propio, si hubiese querido cumplir la norma, o porque debe encontrar su elección de sentido en un estado de prudencia reducido o con medios de juicio reducidos o equivocados, etc.; en cualquier caso, puede remitirse la imposibilidad de una integración de la norma en la conexión de sentido individual actual a causas de las que el autor no es responsable (peligro para la vida no causado «culpablemente», o excitación o —con una consideración de lo «culpable»— enfermedad).

Incluso prescindiendo de la vía de la fundamentación diferenciada entre la capacidad de culpabilidad y la exigibilidad, es inevitable una distinción entre la capacidad de culpabilidad y la exigibilidad: la discrepancia entre la norma y el sentido individual respecto a la exigibilidad depende de lo estrictamente que se exija del autor que incluya la norma en su conexión de valor. Que algo sea todavía exigible no se puede decir absolutamente, sino sólo conforme a un baremo determinado; el Derecho podría exigir también aquello por lo que la persona se rompe (y lo exige respecto a cargas que caen bajo la responsabilidad del autor). El acontecimiento psíquico de la atribución no significa, por sí mismo, nada juridicopenalmente. Sólo si con ello se ve afectada la aceptabilidad general del Derecho, toma éste conocimiento de la constitución individual, o la presume. La aceptabilidad, a su vez, se orienta al hecho de que puede resultar comprensible para la generalidad que el Derecho tenga fundamentos para la dureza o pueda ejercer la tolerancia sin peligro de erosión.

El baremo puede regirse por la intensidad (según el perfil) del diagnóstico, es decir, según la importancia del bien a sacrificar, según el cuánto de la prudencia perdida, etc. El baremo puede graduarse, además, según la importancia de que el autor responda de la situación de colisión (lo que frecuentemente presupone un análisis amplio); una embriaguez de cierta importancia puede, pues, permanecer sin repercusiones en la pena si el autor se ha embriagado bajo su

única responsabilidad (en tanto que sea capaz de culpabilidad en sentido estricto), o resultar exculpado si fue embriagado mediante astucia. Y en el baremo debe incluirse también, finalmente, en qué proporción, con la descarga del autor, la atribución (clarificación del curso del mundo) no se pierde, sino que se desplaza, especialmente hacia la víctima. Una alteración de la prudencia producida por desgracia conduce más fácilmente hacia la tolerancia que una alteración de la que responde el autor, pero siempre menos que una «provocación a la ira» por la víctima sin intervención del autor.

Los estados de los §§ 20 y 21 StGB tienen un doble cometido en el ámbito de la exigibilidad: no sólo excluyen dificultades de adaptación ubicuas, sino que también forman *una* condición necesaria (aunque no suficiente) para que el fracaso de la integración entre la norma y el sentido individual no sea cosa del autor (26). Se trata, con el § 20 StGB, por tanto, de dos cuestiones totalmente distintas. De una parte, de la delimitación de la organización colectiva, de un sujeto respecto a una muestra objetiva; ésta es la cuestión de la capacidad en sentido estricto. De otra parte, se trata de la consideración sobre las condiciones de validez práctica del Derecho; se trata, con ello, de un problema de exigibilidad, que, como problema de la capacidad, no se designa correctamente con el § 20 StGB, y que vuelve a aparecer en el § 21 StGB, como problema de una disminución de la capacidad. Esta separación de capacidad y exigibilidad, o incapacidad e inexigibilidad, que Witter ya ha elaborado hace decenios (27) —especialmente respecto al tratamiento de la problemática de los afectos— no sirve sólo a la exactitud terminológica, sino que ayuda también a entender el ámbito del § 20 StGB y la fundamentación para aplicar la atenuación potestativa del § 21 StGB. Quien traslada la regulación de la incapacidad en sentido estricto a la inexigibilidad pierde los criterios específicamente jurídicos de cuantificación; esto descarga al autor que es responsable de su organización interna, pero carga al no responsable. Especialmente la alteración del conocimiento y la anormalidad no pueden obtener en el marco del § 20 StGB

(26) En este lugar, en la exigibilidad, resulta en parte adecuada la reserva agnóstica (mientras que en la capacidad de culpabilidad en sentido estricto es más bien una formalidad): el diagnóstico de cómo aparece la organización interna debe tratarse en la exigibilidad con métodos específicamente jurídicos (para lo que deberá enriquecerse, en su caso, con diagnósticos de corte longitudinal), antes de que pueda resolverse la cuestión de la culpabilidad. Se comprende fácilmente que tampoco puede mantenerse aquí un *status* de inocencia virginal. Los datos proporcionados por los peritos en psicología y psiquiatría se refieren a la cuestión de la exigibilidad, debiéndose solucionar bajo tal aspecto (los conceptos de los §§ 20 y 21 StGB son conceptos *jurídicos* y, por ello, se han de interpretar teleológicamente), sólo que aquí no son —a diferencia de lo que ocurre en la capacidad de culpabilidad en sentido estricto— tales datos relevantes.

(27) WITTER (1960), pp. 28 y s.; el mismo (1962), pp. 91 y ss.; el mismo (1972), pp. 993 y s. y 1023.

más que un significado provisional si se ampara la disculpa por ausencia de exigibilidad pese a la permanencia de la capacidad en sentido estricto. Por encima de todo, la exigibilidad por aproximación a la norma ofrece un margen de desarrollo *jurídico* superior a la capacidad de culpabilidad por aproximación a las situaciones.

III

Conclusiones: la función de la evitabilidad individual (dolo e imprudencia individual) consiste en procurar a la atribución (*Zurechnung*) un efecto abarcador de roles. El tratamiento por lo general más suave de la imprudencia reside en el peligro de una *poena naturalis* inherente a la imprudencia no dirigida. La capacidad de culpabilidad en sentido estricto es una atribución (*Zuschreibung*) (no cuantificable) que se produce porque el Derecho no puede fundamentar el sentido individual de su cumplimiento; capaz de culpabilidad es quien desarrolla sentido individual. El reconocimiento de la inexigibilidad es una consecuencia de las condiciones de validez práctica del Derecho. El § 20 StGB regula, en lo sustancial, junto a la capacidad de culpabilidad, también, casos típicos de inexigibilidad. El § 21 StGB se refiere sólo a atenuaciones de la exigibilidad.

BIBLIOGRAFIA

- ACHTER, V. (1950), *Geburt der Strafe*, Klostermann, Frankfurt-M.
- BAURMANN, M. (1981), *Folgenorientierung und subjektive Verantwortlichkeit*, Nomos, Baden-Baden.
- BOOß, H. (1960), *Keine Schuldvermutung im Verkehrsstrafrecht*. NJW 13:373.
- BRUNNER, H. (1890), *Über absichtslose Missetat im altdeutschen Strafrecht*. *Sitzungsberichte der Berliner Akademie*. Forschungen S. 487.
- FRISCH, W. (1983), *Vorsatz und Risiko*, Haymanns, Köln-Berlin-Bonn-München.
- HANACK, E.-W. (1967), *Zur Problematik der gerechten Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrecher*. JZ 1967: 297.
- HASSEMER, W. (1973), *Theorie und Soziologie des Verbrechen*. Athenäum Fischer, Frankfurt-M.
- HASSEMER, W. (1981), *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. Beck, München.
- JAKOBS, G. (1983), *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. De Gruyter. Berlin-New York.
- JAKOBS, G. (1985), *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*. Z Gesamte Strafrechtswiss 97: 751.

- KAUFMANN, ARMIN (1961), *Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum*, en: Bockelmann, P.; Gallas, W. (ed.), «Festschrift für Eberhard Schmidt.» Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, pp. 319 y ss.
- KAUFMANN, E. (1958), *Die Erfolgshaftung*. Klostermann, Frankfurt-M.
- KÖHLER, M. (1982), *Die Bewußte Fahrlässigkeit*. Winter, Heidelberg.
- KRÜPELMANN, J. (1976), *Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das 2. Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969*. Z Gesamte Strafrechtswiss 88:6.
- RUDOLPHI, H.-J.; HORN, E.; SAMSON, E. (ed.) (1986), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4.^a ed., Metzner, Frankfurt-M.
- SCHREIBER, H.-L. (1977), *Was heißt heute strafrechtliche Schuld und wie kann der Psychiater bei ihrer Feststellung mitwirken?* Der Nervenarzt 48:242.
- SCHÜNEMANN, B. (1985), *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars*. Goldammer's Archiv 1985: 341 ss.
- WIMMER, A. (1959), *Über unzulässige Vertiefung der Schuldfrage bei Fehlleistungen von Kraftfahrern*. NJW 12:1753.
- WITTER, H. (1960), *Affekt und Schuldunfähigkeit*. MSchrKrim 1960:20 ss.
- WITTER, H. (1962), *Affekt und strafrechtliche Verantwortlichkeit*. Kriminalbiol Gegenwartsfragen 5:89 ss.
- WITTER, H. (1972), *Die Beurteilung Erwachsener im Strafrecht*, en Göppinger, H. (ed.), «Die forensischen Aufgaben der Psychiatrie.» Springer, Berlin-Heidelberg-New York (Handbuch der forensischen Psychiatrie, tomo 2, cap. C, pp. 966 y ss.).