

La asequibilidad normativa como criterio de culpabilidad (1)

CLAUS ROXIN

Catedrático Emérito de Derecho Penal,
Derecho Procesal y Teoría Jurídica del Derecho
Universidad Ludwig-Maximilian, Múnich

Desde hace mucho tiempo defiendo la opinión de que la libertad y la culpabilidad del sujeto pueden afirmarse si éste era «normativamente asequible» en el momento del hecho. En mi Manual (2), el título de la sección respectiva se denomina «la culpabilidad como actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa». La cuestión acerca de si la culpabilidad es posible y cómo puede entenderse, ha cobrado una especial actualidad debido a las recientes investigaciones que niegan en gran medida la existencia de una libertad de voluntad humana. Innumerables opiniones y artículos se han ocupado de este problema en los últimos años. Su estudio me ha llevado al convencimiento de que la posición de una gran mayoría de autores se puede reconducir a una suposición común: para la responsabilidad del sujeto, su asequibilidad normativa a la hora de cometer el delito es necesaria, y también suficiente. Esto lo explicaré a continuación con detalle, puesto que permite a la dogmática penal librarse de controversias inextricables y aproximarse a un fundamento común. Me limitaré a contribuciones especializadas y comentarios pormenorizados del tema.

I. ¿QUÉ SIGNIFICA «ASEQUIBILIDAD NORMATIVA»?

Por «asequibilidad normativa» se entiende «que hay que afirmar la culpabilidad del sujeto cuando el mismo estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico» (3). No existe tal disposición cuando la norma no puede hacerse efectiva en la conciencia del sujeto, ya sea por su edad infan-

(1) Artículo titulado «Normative Ansprechbarkeit als Schuldkriterium», publicado en GA 2015, pp. 489-502. Traducción realizada por Beatriz Escudero García-Calderón, Profesora de Derecho penal del Centro Universitario de Estudios Financieros (CUNEF).

(2) ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 4.^a ed., 2006, 19 n. m. 36 y ss.

(3) ROXIN (nota 1), § 19 n. m. 36.

til, ya sea por un error de prohibición invencible o por un déficit mental descrito en el § 20 StGB.

Si el sujeto es normativamente asequible en el sentido descrito, es decir, si dispone de los conocimientos y las capacidades de una persona mentalmente sana y mayor de edad penal a efectos penales, su comportamiento es considerado culpable. La afirmación de una libertad de acción y de la culpabilidad en tales casos constituye una «aserción normativa» derivada de los fundamentos del Ordenamiento jurídico, es decir, una atribución que no excluye, pero tampoco requiere necesariamente, una libertad de voluntad en el sentido científiconatural. El Ordenamiento jurídico trata como libres, por tanto, a las personas que son normativamente asequibles en el momento del hecho, aunque esta libertad no pueda ser probada en el sentido empírico-neurológico. Porque los criterios para el tratamiento por el Derecho se basan en reglas jurídicas. Desde un punto de vista científiconatural, es éste un concepto agnóstico de culpabilidad que hace que el Derecho penal sea independiente de los hallazgos neurológicos resultantes de la investigación del cerebro (4).

El criterio de la «asequibilidad normativa» está en la tradición de *Franz von Listz*, quien caracterizó la imputabilidad como «normal determinabilidad conforme a motivos» (5). Sin embargo, el concepto de «asequibilidad normativa» abarca con mayor amplitud el ámbito de los presupuestos de la culpabilidad y los concreta en el sentido de la determinabilidad conforme a normas. Ya lo utilizó en 1966 (antes de que yo lo hiciera) Peter Noll (6), pero solo mucho más tarde se convirtió en el centro de la discusión penal sobre la culpabilidad.

En los últimos años, el término ha sido sometido a una minuciosa reelaboración por Reinhard Merkel (7), que reconduce la asequibilidad normativa a los dos elementos constitutivos de «receptividad» y «reactividad» (8). El sujeto debe ser, en primer lugar, receptivo (sensible) al significado del mandato de la norma en las circunstancias concretas de la situación en la que realiza el comportamiento. Sin embargo, además de la receptividad, también debe haber suficiente reactividad. «Asequible... no se es... desde que uno entiende que está siendo apelado, y en qué sentido está siéndolo, sino desde que uno está en principio en condiciones de reaccionar adecuadamente a esa “llamada”». El

(4) Sobre ello, ROXIN (nota 1), § 19 n. m. 43 y ss.

(5) VON LISTZ, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, Tomo 2, 1905, pp. 43, 85 y 219.

(6) NOLL, *H. Mayer-FS*, 1966, pp. 219 y ss.

(7) MERKEL, *Roxin-FS II*, 2011, pp. 737 y ss.

(8) MERKEL, *Roxin-FS II*, pp. 754-757 (citas en pp. 754 y 756).

sujeto, por lo tanto, debe disponer de «un determinado nivel de capacidad para reaccionar correctamente conforme al mandato de la norma». Todo esto es explicado por Merkel de manera pormenorizada.

De todo esto se infiere un concepto empírico-normativo de la culpabilidad. Los presupuestos de la asequibilidad normativa pueden ser demostrados empíricamente. El hecho de que el sujeto normativamente asequible se comporte de manera responsable, libre y culpable con ocasión de su comportamiento injusto constituye una aserción normativa cuya validez es independiente de si la misma puede demostrarse de un modo científiconatural: en cualquier caso, el Derecho considera a la persona normativamente asequible en el momento del hecho como libre e imputable. Por supuesto, si se trata de convencer, esta concepción necesita de una justificación más detallada. A favor de la misma hablan, en mi opinión, al menos seis argumentos que resumiré a continuación con la debida brevedad.

1. Todo orden social está basado en derechos y deberes. Esto presupone que al individuo se le hace responsable del cumplimiento de sus deberes. Si a nadie se le pudiera hacer responsable del cumplimiento de deberes, una constitución jurídica de la colectividad sería imposible.

2. El ciudadano común participa en actividades sociales con la idea de que él y sus semejantes pueden organizar sus vidas dentro de ciertos límites. Vivir siendo consciente de la libertad es, por lo tanto, una realidad social independiente de los hallazgos neuronales. El Derecho debe, por lo tanto, reconocer la posibilidad de la libertad y la culpabilidad si quiere actuar sobre la realidad social.

3. El fin de la pena de la prevención general no puede confiarse únicamente al efecto determinante de la disuasión y el miedo al castigo (que se agotaría de todos modos si faltara un riesgo concreto de ser descubierto). El objetivo principal de la prevención general positiva en la actualidad se basa en la idea de que el legislador debe familiarizar a los ciudadanos con el Derecho penal como un conjunto de normas que sirven para preservar la seguridad y, de esta manera, motivarlos a comprometerse con un comportamiento respetuoso con la ley por convicción y libre decisión. Esto presupone la atribución de libertad y de imputabilidad (9).

(9) La expresión utilizada por Roxin es «Schuldfähigkeit», que se traduce literalmente como «capacidad de culpabilidad». Esta expresión se utiliza también en España, pero con menos frecuencia que la de «imputabilidad», cuya traducción alemana más fiel es «Zurechnungsfähigkeit», expresión que también se usa, pero actualmente menos que la primera. En este artículo, se traduce «Schuldfähigkeit» por imputabilidad (y su contrario por «inimputabilidad») [N. del T.].

4. Asimismo, el Derecho penal puede lograr un efecto preventivo especial solo si el delincuente –según su propio entendimiento– opta libremente por un modo de vida legal. Por ello, el «Proyecto Alternativo de una Parte general del Código Penal» (1966), del que soy coautor, en la primera frase del párrafo segundo del § 37 dice expresamente: «En la ejecución penitenciaria el condenado debe ser tratado partiendo de su responsabilidad personal (10)». En la Exposición de Motivos (11) se indica que la resocialización solo puede considerarse si el condenado está dispuesto «a asumir su propia responsabilidad y a trabajar sobre sí mismo».

En efecto, difícilmente se podría alcanzar el «objetivo de ejecución» del vigente Código procesal penal (§ 2, frase 1), según el cual, en la ejecución de la pena de prisión, el preso debe «ser capaz» de alcanzar «en el futuro una vida con responsabilidad social sin delitos», si se le dijera que no es responsable de sus conductas porque su comportamiento está sujeto a una determinación independiente de su libre decisión.

5. La suposición de que un sujeto normativamente asequible puede actuar de manera libre y culpable, también es necesaria desde el punto de vista de la política criminal porque ofrece protección contra un poder de intervención ilimitado por parte del Estado. Nunca puede ser castigado sin culpabilidad ni más allá de la medida de la culpabilidad. Esto presupone la posibilidad de un comportamiento culpable.

Sin embargo, algunos autores niegan el efecto favorable para el delincuente del Derecho penal de la culpabilidad. Así pues, a este argumento, que expuse hace tiempo, Kindhäuser (12) opondría: «Pero ¿qué hay de ventajoso en la subordinación a la imputabilidad? ... La atribución de culpabilidad es una carga para el sujeto; después de todo, es un presupuesto para su castigo».

Y Hörnle (13) dice: «Por supuesto que se puede atribuir la culpabilidad... Pero, ¿pueden darse razones que lo justifiquen? Sobre este problema pasa Claus Roxin demasiado rápido. Traza un paralelismo entre la ficción de la igualdad y la ficción de la libertad. De manera que, igual que hay que tratar a las personas que de hecho no son iguales como iguales, asimismo hay que tratarlas como libres. Aquí no se reconoce que la ficción de la igualdad suele tener un efecto positivo en quienes la invocan. La ficción de la libertad para la atribución de cul-

(10) P. 75 del Proyecto.

(11) Esta frase se encuentra también en el Proyecto Alternativo de Ley Penitenciaria de 1973 (§ 4, párrafo 1, frase 2).

(12) KINDHÄUSER, *Hassemer-FS*, 2010, pp. 761 y ss. (p. 773).

(13) HÖRNLE, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, 2013, p. 41.

pabilidad penal obra por el contrario (con consecuencias muy considerables) en detrimento del afectado».

Esta crítica ignora (14) el hecho de que la alternativa al Derecho penal de la culpabilidad no consiste en dejar al delincuente tranquilo. Más bien, la renuncia a la pena basada en la culpabilidad daría lugar a la utilización de medidas de seguridad menos limitadas. Por eso Frisch (15) recientemente ha vuelto a preferir, con razón, sobre todas las demás soluciones «el Derecho penal de la culpabilidad como el Derecho penal más considerado con las libertades del sujeto».

6. Finalmente, el concepto de culpabilidad que aquí se propone tiene la ventaja de que también es compatible con una posición indeterminista, según la cual una persona normativamente asequible está en condiciones de tomar, mediante una ponderación basada en motivos racionales, decisiones autónomas conformadas causalmente exclusivamente en base a su libre voluntad. Si se quiere construir un concepto de culpabilidad que sea aceptable para todas las partes, se debe incluir la posibilidad de una solución indeterminista. Esto también lo ofrece el concepto agnóstico de culpabilidad que aquí se propugna.

Creo que las seis consideraciones que he presentado proporcionan los fundamentos exigidos por Hörnle que justifican una atribución de libertad y culpabilidad a los sujetos normativamente asequibles.

II. ACERCA DE LA CAPACIDAD DE CONSENSO DE LA SOLUCIÓN PROPUESTA

«El planteamiento de Roxin ha recibido mucha aprobación», escribe WeiBer (16), «quien vincula la imputabilidad con el criterio de la asequibilidad normativa del sujeto». Esto es especialmente acertado para la evolución experimentada en los últimos años. Pero lo que principalmente justifica mi esperanza de que la doctrina dominante pueda ponerse de acuerdo con esta concepción de la culpabilidad es el hecho de que, junto a los decididos partidarios de este punto de vista (1.), también muchos otros autores que hacen hincapié en criterios o interpretaciones divergentes de la responsabilidad penal llegan a resultados iguales o muy similares. Esto es válido para los seguidores de las concepciones que objetivamente son análogas (2.), pero tam-

(14) Véanse las objeciones similares que SCHÜNEMANN realizó hace ya más de 25 años, ROXIN (nota 1), § 19 n. m. 49, nota 113.

(15) FRISCH, *Kühl-FS*, 2014, pp. 187 y ss. (pp. 205 y 206).

(16) WEIBER, *GA* 2013, p. 34.

bién para las voces que malinterpretan el criterio de la asequibilidad normativa y, sin embargo, logran soluciones sustancialmente comparables (3.). Es válido incluso para las propuestas más radicales en la actualidad, que, como defiende Herzberg (4.), quieren renunciar a la atribución de la libertad o, como corresponde a la opinión de Hörnle (5.), quieren renunciar completamente a la culpabilidad del sujeto como presupuesto para la sanción.

1. Autores que están de acuerdo

En los últimos diez años, a los cuales me limito aquí (17), deben ser nombrados como autores con una fundamentación independiente y detallada (18) Hoyer (19), Merkel (20), Schöch (21) y Schroth (22). Hoyer (23), sin embargo, ve una «debilidad» del concepto de culpabilidad que defiende en que conforme «una visión determinista del mundo cualquier sujeto, a través de su comportamiento antijurídico, se revelaría como inasequible posteriormente y por lo tanto no podría ser castigado con fundamento en el concepto mixto empírico-normativo de culpabilidad de Roxin». Resuelve el problema basándose en lugar de en «la perspectiva *ex-ante*... de un juzgador objetivo en ese momento», en aquella «en el momento el que la norma, a más tardar, debía haber sido asequible para el sujeto». Ello conduce al resultado correcto, pero no se corresponde del todo con mi intención. Pues la «asequibilidad normativa» no significa que el sujeto deba seguir «la llamada», es decir, obedecer el mandato de la norma. Basta con tener la disposición para cumplir con la norma que tienen incluso quienes la ignoran a pesar de poseer los conocimientos y capacidades necesarios para un comportamiento conforme a Derecho. La suposición de que la imputabilidad solo pertenece a los sujetos que actúan conforme a Derecho también haría imposible el Derecho penal de culpabilidad. La perspectiva *ex ante* tiene sin embargo su justificación en que la disposición a observar la norma debe existir antes de que se cometa el delito y en el momento en que se comete. La comisión del delito no cambia esta disposición.

(17) Acerca de las manifestaciones acordes en la doctrina antigua véase ROXIN (nota 1), § 19 n. m. 41, nota 100.

(18) En orden alfabético.

(19) HOYER, *Roxin-FS II*, pp. 727 y ss. (pp. 731 y ss.).

(20) MERKEL, *Roxin-FS II*, pp. 732 y ss. (pp. 752 y ss.).

(21) LK-SCHÖCH, 12.^a ed., 2007, § 20 n. m. 21.

(22) SCHROTH, *Roxin-FS II*, pp. 705 y ss. (p. 718).

(23) HOYER, *Roxin-FS II*, p. 731.

Schöch (24) dice: «El concepto empírico-normativo de culpabilidad de Roxin es la concepción juridicopenal normativa más consecuente, que no exige adherirse al indeterminismo, pero que al mismo tiempo, sin embargo, mantiene por lo general la responsabilidad individual del sujeto». Considera, sin embargo «problemático» (25), «que, de acuerdo con esta concepción, nociones tan centrales en términos antropológicos como la libertad, la decisión y la conciencia no deban desempeñar un papel en la culpabilidad penal. Consecuentemente, la culpabilidad es solo un constructo normativo en el que ya no se depende de las vivencias subjetivas de los seres humanos». Por ello aboga (26) por una «combinación de asequibilidad normativa y libertad subjetiva».

Schöch tiene toda la razón en cuanto al fondo. Sin embargo, pasa por alto el hecho de que, para la fundamentación del criterio de la asequibilidad normativa, me he remitido en muchos sentidos a la conciencia de la libertad individual y social (arriba 1. 2, 3, 4). El siguiente tratamiento de la doctrina de Burkhardt (II. 2. a) lo deja aún más claro. Por lo tanto, la conciencia de la libertad ya es un elemento esencial de justificación de la asequibilidad normativa y no tiene que añadirse a ella en primer lugar. Schöch tiene razón en esto. La conciencia de la libertad es, por consiguiente, un elemento esencial de la fundamentación de la asequibilidad normativa y no algo que solo deba añadirse a ella.

2. Propuestas de solución equivalentes (27)

A) BURKHARDT

Como es sabido, Burkhardt basa su concepto de la culpabilidad en la vivencia humana de la libertad. En su última publicación sobre el tema (28), dice: «Solo los comportamientos que puedan llevarse a cabo en la conciencia de poder actuar de otro modo son susceptibles de ser influidos por las consecuencias sociales. Aquí se muestra una conexión con las concepciones que ven la “motivabilidad a través de las normas” o “la asequibilidad normativa” como el criterio de culpabilidad decisivo». Quien realiza un comportamiento siendo consciente de poder

(24) Lk-SCHÖCH (nota 19). § 20 n. m. 21

(25) Lk-SCHÖCH (nota 19), § 20 n. m. 22.

(26) Lk-SCHÖCH (nota 19), § 20 n. m. 24.

(27) Los autores son citados también aquí en orden alfabético.

(28) BURKHARDT, *Maiwald-FS*, 2010, pp. 79 y ss. (pp. 89/90). Ya no pudo tenerse en cuenta a BURKHARDT en *Freundschaftsgabe für Albin Eser zum 80. Geburtstag*, 2015, pp. 313 y ss.

actuar de otro modo (dejando a un lado los casos patológicos) es, en tanto que vivencia propia de la libertad, normativamente asequible.

El enfoque exclusivo en la conciencia de la libertad individual resulta en verdad unilateral, y la caracterización de la falta de asequibilidad normativa como «casos patológicos» es demasiado estrecha y ampliamente generalizadora. Sin embargo, se aprecia fácilmente que las reflexiones de Burkhardt tienen cobertura en los principios a los que yo me he referido arriba a propósito de mi propia concepción (I.), de modo que Burkhardt, a pesar de tener un enfoque algo diferente, puede contarse entre los representantes de la opinión difundida por mí.

B) FRISCH

Frisch (29) habla de la culpabilidad como «la capacidad de decidir correctamente, que los participantes en el discurso jurídico se atribuyen recíprocamente (si se cumplen ciertas condiciones y no existen ciertos déficits comprobables)...». No se trata pues de «una libertad de voluntad empíricamente demostrada», sino desde un principio solo de «una capacidad atribuida y fundada en la propia experiencia».

En este contexto, él se refiere entre otras cosas al concepto de la «aserción normativa» utilizado por mí como «equivalente en última instancia» (30), por lo que puede clasificarse dentro de la opinión aquí defendida. Lo que él designa como «requisitos» y «déficits» faltantes relevantes para la atribución se corresponden con los criterios de asequibilidad normativa.

C) HILLENKAMP Y JÄGER

Hillenkamp (31) dice: «que la libertad de voluntad no existe, no está probado; que existe, por supuesto que tampoco». A continuación, explica cómo también desde esta posición agnóstica puede otorgarse «libertad de decisión y de acción» y atribuirse «responsabilidad personal». «El poder actuar de otro modo se convierte en una aserción normativa». Hillenkamp (32) comparte esta opinión, pero considera en todo caso «incorrecto» partir de la responsabilidad de un sujeto con conocimientos y capacidades normales «aunque las tesis de los investigadores del cerebro resultaran ser ciertas, incluso demostrables». «El Derecho penal no puede vincularse a una ilusión... «Si se cons-

(29) FRISCH, *Kühl-FS*, pp. 187 y ss. (p. 211).

(30) FRISCH, *Kühl-FS*, pp. 211, nota 100.

(31) HILLENKAMP, *JZ* 2005, pp. 313 y ss. El artículo expone las opiniones de los neurocientíficos que rechazan el Derecho penal de la culpabilidad de manera muy clara.

(32) HILLENKAMP, *JZ* 2005, p. 320.

truyera un Derecho penal sobre mentiras, se falsearía la imagen del ser humano».

De manera similar, Jäger (33) parte de «que al ser humano, en la medida en que es consciente y mentalmente sano, se le atribuye por ley simplemente la capacidad de determinar su voluntad libremente». Esto es correcto (34), «en tanto en cuanto la investigación del cerebro moderna... no pueda demostrar... una absoluta determinabilidad del comportamiento humano como consecuencia de los procesos neuronales en el cerebro». Por el contrario, en caso de demostrarse una total determinabilidad del comportamiento, no sería posible una atribución de culpabilidad y responsabilidad». Esto es válido para «también para el concepto de culpabilidad de Roxin, quien ve en la culpabilidad “un comportamiento injusto a pesar de la asequibilidad normativa”, en la que el sujeto “es tratado como libre”. En el contexto de un determinismo absoluto demostrable, esta posición acerca de la culpabilidad ya no sería sostenible, ya que la falta probada de libertad y la libertad ficticia son mutuamente excluyentes».

Puesto que ambos autores, sobre la base de una posición agnóstica, están de acuerdo, al menos en cuanto al resultado, con la opinión aquí defendida, pueden contarse también entre los representantes de un concepto de culpabilidad basado en la asequibilidad normativa. Sin embargo, no comparto su opinión de que, en el caso de una falta de libertad de voluntad demostrada neurológicamente, se deba renunciar a la atribución de libertad y responsabilidad también en el caso de las personas normativamente asequibles. En primer lugar, resulta contradictoria. Porque si el mantenimiento de un Derecho penal basado en la culpabilidad no depende de la existencia de la libertad de voluntad, en buena lógica, la inexistencia de dicha libertad no puede hacer imposible un Derecho penal semejante. Hay buenas razones para ello. Puesto que un concepto neurológico de libertad se encuentra en un nivel completamente diferente al de la atribución de libertad en la comunicación social. Por lo tanto, la determinabilidad neurológica no excluye el reconocimiento de una posibilidad de toma de decisiones autónoma y la consiguiente responsabilidad en la necesaria orientación hacia la realidad social, si los criterios de asequibilidad normativa existen en el que actúa.

D) KINDHÄUSER

Kindhäuser (35) aboga por «determinar la culpabilidad penal en función de la autonomía de cada ciudadano». El individuo es a la vez

(33) JÄGER GA 2013, pp. 3 y ss. (p. 10).

(34) JÄGER GA 2013, p. 11.

(35) KINDHÄUSER, *Hassemer-FS*, pp. 761 y ss. (p. 774).

autor de la norma (a través del voto y la manifestación de sus opiniones) y destinatario de la misma (36). Partiendo de este doble rol, Kindhäuser quiere «determinar con mayor precisión la culpabilidad y la imputabilidad en el Derecho penal». «Quien puede pretender la capacidad de adquirir una posición basada en normas, tiene también que reconocer la capacidad de obedecer normas» (37). La culpabilidad penal se basa en una «atribución» y es extraída de «una praxis social que se basa en gran medida en suposiciones normativas». La cuestión acerca de la libertad de voluntad tiene pleno sentido, pero «no tiene nada que ver con el significado de la libertad en el contexto de la atribución social de la responsabilidad» (38).

Esto es totalmente compatible con la opinión defendida aquí si la «autonomía» postulada –muy abstracta– se hace depender de una suficiente receptividad y reactividad en el sentido indicado. Porque quien actúa socialmente como autor y destinatario de la norma en tales condiciones es «normativamente asequible».

E) KRAUß

Krauß (39) deduce el concepto de culpabilidad penal de las circunstancias de la comunicación lingüística (40). El Derecho «concibe a las personas y sus ideas sobre el Ordenamiento necesariamente (!) tal como están establecidas lingüísticamente. El lenguaje... presupone al hombre como un ser libre en el campo de la experiencia relativo a la competencia personal para actuar». Esto le lleva a la siguiente conclusión (41): «El juicio de culpabilidad como atribución social de responsabilidad es coherente cuando se constata que el sujeto en la situación del hecho ha quedado rezagado con respecto a sus (!) hábitos de orientación y acción objetivamente constatables». Esto se corresponde exactamente con los presupuestos de la «asequibilidad normativa» no mencionados expresamente por Krauß. El recurso a los presupuestos del lenguaje no es incorrecto. Pero el lenguaje solamente expresa la realidad social cuyos criterios de comunicación también conforman un elemento del concepto de culpabilidad que aquí se defiende.

(36) KINDHÄUSER, *Hassemer-FS*, p. 762.

(37) KINDHÄUSER, *Hassemer-FS*, p. 762.

(38) KINDHÄUSER, *Hassemer-FS*, p. 765.

(39) KRAUß, *Jung-FS*, 2007, pp. 411 y ss. (p. 429).

(40) De manera similar ya antes SCHÜNEMANN; véase ROXIN (nota 1), § 19 n. m. 40 y 42, con referencias en nota 97, p. 102.

(41) KRAUß, *Jung-FS*, p. 427.

F) STRENG

Finalmente, Streng (42) permite una vez más revisar la totalidad de la discusión moderna sobre la culpabilidad. En el sentido de la teoría de la pena dominante, «“libre” se considera a aquel ciudadano que, ante una estructura de toma de decisiones no perturbada (o no esencialmente perturbada), parece ser capaz de ponderar y, por lo tanto, de ser motivado por las normas; se espera que cumpla con las exigencias sociales y sus decisiones le son atribuidas por sus conciudadanos como aquellas de las que es responsable».

Cuando Streng llega a la conclusión (43) de que «lo más razonable» parece «mantener un principio de responsabilidad social al que se apele con el concepto de culpabilidad», ello debe entenderse en el sentido de que está de acuerdo con la opinión aquí defendida, especialmente porque Streng «se centra en una libertad de acción o capacidad de control comprendidas en la conciencia de la libertad, más que en una libertad de voluntad en el verdadero sentido de la palabra».

3. Malentendidos en soluciones sustancialmente semejantes

A) WEIßER

Bettina Weißer (44) opina que el concepto de asequibilidad normativa «no puede disipar del todo la duda que despiertan los hallazgos neurocientíficos en la asunción básica de la capacidad de control humano. Si es cierto que, teniendo en cuenta la disposición neuronal de su comportamiento, no existe ninguna posibilidad de control psíquico del ser humano, entonces esto también debe conducir en última instancia a la supresión de una asequibilidad normativa». Ve una alternativa (45) en «entender la premisa del § 20 StGB como la principal atribución normativa de responsabilidad a personas adultas y mentalmente sanas».

Sin embargo, no es la capacidad humana de control lo que puede ser discutido, sino solo el hecho de que ésta se base en una voluntad libre. No obstante, la teoría de la asequibilidad normativa también se mantiene al margen de esto. Si esta teoría se apoya en un fundamento empírico –edad suficiente, ausencia de déficits mentales severos, posibilidad de adquirir conocimiento de la antijuridicidad– incluso Weißer,

(42) STRENG, *Jakobs-FS*, 2007, pp. 675 y ss. (pp. 685 y 686).

(43) STRENG, *Jakobs-FS*, p. 687.

(44) WEIßER, *GA* 2013, pp. 26 y ss. (p. 35).

(45) Aquí y en lo que sigue, WEIßER, *GA* 2013, p. 36.

aunque hace uso de una «premisa básica de la responsabilidad humana totalmente normativa», no puede evitar, sin embargo, requerir, aunque sea de una forma vaga, una disposición a observar la norma, atribuyendo responsabilidad solo a una «persona adulta y mentalmente sana». Esto es lo que hace ni más ni menos, de forma más precisa, la teoría de la asequibilidad normativa. Por lo tanto, la desviación de Weißer es solo aparente.

B) FRISTER

Frister basa su crítica al criterio de la asequibilidad normativa en una observación de Merkel (46), según la cual «la disposición, en determinadas situaciones, ...de reaccionar con adecuación a la norma» (es decir, la asequibilidad normativa) puede existir incluso en el caso de que el sujeto realice una acción injusta, «como todo tipo de situaciones distintas en su vida anterior dejan suficientemente claro». A esto objeta (47): «La cualidad... de incumplir una norma semejante no solo en casos individuales, sino en cada oportunidad de la vida, claramente no constituye un motivo suficiente para negar a una persona el “estado normal de salud mental”». En otro lugar (48) añade que, de lo contrario, «cualquier obstinado delincuente por convicción que no se deje motivar por la norma que rechaza debe ser definido como inimputable».

Pero esta objeción se basa en un exceso en la interpretación de la expresión de Merkel. Ciertamente, la capacidad de comportarse normalmente, como dice Merkel acertadamente, a menudo puede inferirse de su comportamiento conforme a Derecho en otras situaciones comparables. Sin embargo, esta no es, por supuesto, la única razón para que se verifique la asequibilidad normativa. Incluso quien se enfrenta por primera vez a la situación en la que comete un delito es declarado culpable si conocía (o también cuando solo podía conocer) la prohibición y su capacidad de disponer no estaba gravemente mermada. Y al delincuente por convicción en su sano juicio que no hace caso a una prohibición, le habla la norma, ¡incluso si no la escucha!

Frister (49), en cambio, juzga la culpabilidad como la capacidad «de decidirse de un modo racional a favor o en contra de la observancia de la norma... Si el proceso de toma de decisiones que puede

(46) MERKEL, *Roxin-FS II*, pp. 753 y 754.

(47) FRISTER, *Frisch-FS*, 2013, pp. 533 y ss. (p. 544).

(48) FRISTER, *JuS* 2013, pp. 1057 y ss. (p. 1060).

(49) FRISTER, *JuS* 2013, p. 1060; de manera casi idéntica, el mismo en *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6.^a ed. 2013, Cap. 18. n. m. 12; el mismo en *Frisch-FS*, p. 545.

alcanzar el sujeto... está perturbado en su esencia o es tan indiferenciado que ya no es comparable con el proceso de toma de decisiones de un adulto normal, se afirma la inimputabilidad».

Tengo mis dudas de que se trate de formulaciones felices. Puesto que la capacidad de «decidirse... a favor o en contra de la observancia de la norma», apunta a una libertad de voluntad que Frister precisamente no quiere establecer como presupuesto de la culpabilidad. En efecto, aboga (50) por una «definición de la imputabilidad consecuentemente agnóstica, que no haga referencia ni explícita ni implícita al poder actuar de otro modo». Tampoco me parece que la capacidad de decidirse «de un modo racional» sea una característica muy apropiada para la culpabilidad del sujeto. Porque muchos delitos se basan en una decisión totalmente incomprensible. Con independencia de esto, la concepción de Frister es altamente compatible con la teoría de la asequibilidad normativa. Puesto que una persona cuyas posibilidades de decidir se corresponden en el momento del hecho con las de un «adulto normal» es normativamente asequible. El propio Frister reconoce esto en la medida en que (51) los conceptos de «receptividad» y «reactividad» utilizados por Merkel para concretar la asequibilidad normativa, quiere «entenderlos al menos en parte, como un presupuesto para el proceso de toma de decisiones razonables y así integrarlas en el concepto de imputabilidad».

4. El rechazo de Herzberg a la libertad y a la culpabilidad por el hecho

En una monografía (52) y en varios artículos (53), Herzberg defiende una posición estrictamente determinista, en su opinión también vinculante para el Derecho penal, que excluye la libertad de voluntad y la atribución de culpabilidad por el hecho. Rechaza cualquier tipo de culpabilidad en el caso de darse las enfermedades descritas en el § 20 StGB, pero por lo demás, quiere basar la punibilidad del sujeto en una «culpabilidad por el carácter» a pesar de toda determinabilidad. Al hacerlo, se alinea con mi opinión (54): «Roxin se posiciona correctamente y también tiene razón en el resultado cuando se

(50) FRISTER, *Frisch-FS*, p. 534.

(51) FRISTER, *Frisch-FS*, p. 544, nota 45.

(52) HERZBERG, *Willensfreiheit und Schuldvorwurf*, 2010.

(53) HERZBERG, *Achenbach-FS*, 2011, pp. 157 Y ss.; el mismo en *ZStW* 124 (2012), pp. 12 y ss.; el mismo en *Frisch-FS*, pp. 95 y ss.; el mismo en *Kühl-FS*, pp. 259 y ss.

(54) HERZBERG (nota 50), p. 87.

aferra incondicionalmente, es decir, incluso desde una posición determinista, al Derecho penal de la culpabilidad». Pero resultaría inútil y confuso atribuir libertad y culpabilidad a un sujeto determinado en tal medida. Porque el ser humano también asume «responsabilidad en el caso de una estricta determinabilidad de su conducta» que permite convertirle en culpable. La libertad de voluntad es irrelevante para la cuestión de la culpabilidad. Herzberg se pone expresamente como objetivo romper categóricamente la «interdependencia en la fundamentación entre la libertad de voluntad y la culpabilidad». Uno se pregunta, sin embargo, cómo llegará a la «responsabilidad» del sujeto postulada por él sin atribución.

Sin embargo, independientemente de esto, Herzberg sigue los criterios de la asequibilidad normativa con respecto a los presupuestos materiales de la por él llamada «culpabilidad por el carácter». Esto se muestra en su ejemplo de una madre robando una barra de chocolate en Lidl con su hija de cuatro años. (55) En su opinión, «la idea de “libertad” también puede entrar en juego aquí. Puesto que la formación de la voluntad de la madre no se ve menoscabada..., no está mentalmente perturbada, no incurre en ningún error... y a diferencia de su hija, no tiene ninguna debilidad de inhibición infantil. Dado que bajo esta perspectiva se decide libremente a favor del robo, no es posible hacer “responsable” a ninguna circunstancia que vaya en detrimento de la libertad, sino que se le debe atribuir la responsabilidad. Su libre personalidad –su naturaleza, su carácter– ha producido la decisión y el hecho; ella misma es “culpable” de ello».

Se requiere esta larga cita para demostrar que Herzberg convierte precisamente en un presupuesto de la culpabilidad lo que yo llamo asequibilidad normativa. Si esto no es suficiente para que él atribuya la acción libre al sujeto de acuerdo a los estándares sociales, entonces hay solamente una interpretación distinta del suceso, pero no hay diferencia en la determinación del sustrato fáctico de la culpabilidad.

La opinión de Herzberg de que la culpabilidad del sujeto debe basarse en su carácter en lugar de en su libertad de acción no ha encontrado seguidores (56), a pesar de que el recurso a la personalidad culpable tiene una larga tradición jurídicopenal (57). El primer argumento en contra de esto es que en la sentencia al sujeto se le reprocha su hecho concreto y no su carácter. Si hay que justificar la culpabilidad del sujeto al margen de su carácter, ésta es también una atribución que

(55) HERZBERG, *Kühl-FS*, p. 274.

(56) Acerca de la crítica, por ejemplo HÖRNLE (nota 11), pp. 46-48; MERKEL, *Roxin-FS II*, pp. 748 y ss.; WEIBER, GA 2013, p. 34.

(57) Al respecto, ROXIN (nota 1), § 19 n. m. 27-32.

solo puede basarse en la suposición de que el sujeto tuvo la posibilidad de alguna manera de influir en su personalidad. Además, para que el carácter del sujeto justifique su culpabilidad, ésta también es una atribución que solo puede basarse en la suposición de que el sujeto, de alguna forma, haya tenido la posibilidad de influir en su carácter. Si no es así, tampoco se puede hablar de una culpabilidad que se base en la evolución de su carácter. Para explicarlo con una paradoja, no se puede ser culpado por algo de lo que se no es culpable. Contrariamente a la suposición de Herzberg, el vínculo entre la culpabilidad y la libertad no puede romperse.

5. El alegato de Hörnle por una pena sin reproche culpabilístico

Hörnle, finalmente, extrae una consecuencia aún más radical. Quiere (58) adherirse «al principio de la responsabilidad personal en forma de imputación penal individual». Para ello basta con la comprobación de una capacidad general (59) «que puede designarse con los términos “asequibilidad normativa” o (lo que me parece más apropiado) “competencia normativa”». Exige para ello una capacidad de adecuada comprensión de las normas y razonable control de los impulsos, haciendo referencia a los criterios de receptividad y reactividad de Merkel. Para ello, exige la capacidad de comprender correctamente la norma y de un control de los impulsos adecuado, haciendo referencia a los criterios de receptividad y reactividad de Merkel. Sin embargo, esto no puede ser suficiente para un reproche culpabilístico jurídicopenal. «La idea errónea de muchos autores que se basan en la asequibilidad normativa, radica en la expectativa de que con ello se pueda llenar de contenido un reproche culpabilístico. Esto no se puede hacer. Se trata simplemente de la condición para formular un reproche de injusto. Esto debería expresarse lingüística y conceptualmente evitando en consecuencia el concepto de culpabilidad».

Justo al contrario que Herzberg, que se aferra al reproche culpabilístico pero rechaza la atribución de una libertad de decisión, Hörnle quiere reconocer una suficiente libertad de acción, pero esto no basta para la atribución de culpabilidad (60). Las «presunciones de libertad» tienen «pleno sentido» como «condiciones de funcionamiento esenciales en las sociedades modernas» y se basan en la visión del hombre contenida en la Ley Fundamental: «se trata de una visión nor-

(58) HÖRNLE (nota 11), pp. 67 y 68.

(59) HÖRNLE (nota 11), pp. 71 y 72.

(60) HÖRNLE (nota 11), pp. 26 y 27.

mativa del hombre que subyace en la promesa recíproca de tratarse entre ellos como seres racionales y libres... También en este sentido basta la referencia a la disposición humana para procesar influencias externas en general y exigencias normativas en particular, y a la capacidad humana para comprender y ponderar razones. Es conveniente que calificuemos a los sujetos jurídicos, incluso a efectos del Derecho civil, como suficientemente libres».

Eso es absolutamente correcto. Sin embargo, cuando Hörnle dice que esto no puede «rellenar en términos de contenido» el reproche culpabilístico, no está teniendo en cuenta el hecho de que la presunción de libertad, que también tiene para ella un pleno sentido, no puede constituir una prueba empírica de culpabilidad (en el sentido de «llenarlo del contenido») de acuerdo con la opinión aquí defendida, sino que puede fundamentar solamente la atribución normativa de culpabilidad posibilitada por la presunción de libertad, que permite tratar al individuo como capaz de un comportamiento libre y culpable. Si la «presunción de libertad» pertenece a la «condiciones funcionales esenciales en las sociedades modernas», esto también se aplica a la posibilidad de considerarse culpable.

Creo haber demostrado que las seis razones mencionadas más arriba (1.) hacen que cobre pleno sentido no solo presumir la libertad de un sujeto normativamente asequible, sino también atribuirle culpabilidad. Tan inconcebible como la «culpabilidad» sin «libertad» (Herzberg), es la «libertad» sin la posibilidad de su abuso culpable. En el caso de Hörnle, esto solo se disimula con gran dificultad en la medida en que, sobre la base de la asequibilidad normativa, ella mantiene la «responsabilidad» del sujeto y también le realiza un reproche, pero lo denomina «reproche del injusto». (61) Para empezar, un elemento de culpabilidad se introduce en el concepto de «reproche»: si bien el sujeto mentalmente enfermo realiza el injusto, ello no se le puede reprochar. Limitarse a un «reproche del injusto» por lo tanto, no supone una desviación del Derecho penal de la culpabilidad en cuanto al fondo, sino solo un distanciamiento terminológico.

Debido a su construcción, Hörnle también se ve forzada a una estructura del delito completamente nueva y problemática. (62) De acuerdo con la misma, la asequibilidad normativa debe probarse como primer escalón del delito (I.). Sólo después se analizarán la tipicidad objetiva y subjetiva (II.), las causas de justificación (III.) y otras causas de exclusión de la pena (§§ 33, 35, 24 StGB) (IV.). Sin embargo, carece de sentido tratar en detalle –y posiblemente con la ayuda de

(61) HÖRNLE (nota 11), p. 50.

(62) HÖRNLE (nota 11), p. 73.

expertos— la asequibilidad normativa (y con ello también los presupuestos del § 20 StGB) antes de que quede claro si el acusado ha realizado el tipo de manera antijurídica. A esto se añade que el efecto limitador de la pena del principio de culpabilidad (según el cual la pena no puede exceder la medida de la culpabilidad) ya no puede justificarse si deja de realizarse una atribución de culpabilidad. Además, si se renuncia al reproche de culpabilidad, se pierde la posibilidad de llegar a un entendimiento con la opinión agnóstica mayoritaria la cual que no excluye una libertad de voluntad en el sentido de la capacidad humana de «dar comienzo por sí mismo a una situación» (63).

Por otro lado, el rechazo de Hörnle a un reproche de culpabilidad tiene un «núcleo justificado» en el sentido de que una atribución de culpabilidad basada en la asequibilidad normativa, como siempre he dicho (64), «no es adecuada para legitimar el castigo y los reproches morales en contra del sujeto» debido a la imposibilidad de demostrar que éste pudo actuar de otro modo. Se trata, por tanto, de un concepto jurídico de culpabilidad que «solo justifica la responsabilidad penal por los comportamientos sociales incorrectos» y ofrece «protección frente a los ataques más graves», «que serían posibles sobre la base de un puro Derecho de prevención». (65) Creo que esto tiene suficientemente en cuenta las preocupaciones de Hörnle (66). Sin embargo, cualquiera que sea la posición de uno sobre las cuestiones descritas anteriormente, no afectan al resultado práctico correcto obtenido por Hörnle: a saber, que la capacidad sancionadora del delincuente depende de su asequibilidad normativa.

III. RESUMEN

Sin perjuicio de las numerosas diferencias de fundamentación e interpretación, dado que una gran mayoría de las posturas actuales responsabiliza penalmente al sujeto por su conducta en caso de que éste fuera asequible normativamente en el momento del hecho, me parece posible llegar a un acuerdo sobre esta base. Porque bajo la apariencia de diferentes interpretaciones y terminologías, todo significa

(63) En este sentido, HILLENKAMP, JZ 2005, p. 320, invocando una cita de Kant.

(64) ROXIN (nota 1), 19 n. m. 46.

(65) MERKEL, *Roxin-FS* II, p. 761, designa el concepto de culpabilidad que yo defiendo «no solo, sino también por esa razón...como ejemplar».

(66) HÖRNLE (nota 11), p. 59, nota 149: ella misma se refiere a mi concepción restrictiva de la culpabilidad, pero no quiere contentarse con ella.

en esencia lo mismo. Por ello, he tratado individualmente a los representantes del debate actual. Porque para mí era importante someter a examen todos los argumentos sobre la libertad, la culpabilidad y la responsabilidad que circulaban en la discusión. Si se tiene en cuenta el consenso que está surgiendo en este contexto, se podría, basándonos en la asequibilidad normativa, resolver una larga y aparentemente eterna controversia sobre los fundamentos y presupuestos de la sancionabilidad penal.