

La concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena (*)

TATJANA HÖRNLE
Universidad de Múnich

I. EL CONCEPTO «CULPABILIDAD» EN EL § 46, PÁRR. 1.º, INCISO 1.º STGB (**)

1. El punto de partida legal para la medición de la pena remite a la culpabilidad: conforme al § 46, párr. 1.º, inciso 1.º StGB, la culpabilidad del autor es el fundamento de la medición de la pena. El análisis de la cuestión de los factores concretos de valoración en que se descompone esa afirmación es irrenunciable en un Derecho de medi-

(*) Traducción del original alemán, «Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und -lehre», *JZ*, 1999, pp. 1080-1089, realizada por María Martín Lorenzo (Universidad Complutense de Madrid).

(**) § 46. Principios de la medición de la pena.

1. La culpabilidad del autor es el fundamento de la medición de la pena. Habrán de tenerse en cuenta los efectos que quepa esperar de la pena sobre la vida futura del autor en la sociedad.

2. El Tribunal ponderará en la medición las circunstancias favorables y contrarias al autor. Entre éstas han de considerarse especialmente:

- los móviles y fines del autor;
- la actitud que se desprende del hecho y la voluntad empleada en el hecho;
- el grado de infracción del deber;
- el modo de ejecución y los efectos culpables del hecho;
- la vida anterior del autor, sus circunstancias personales y económicas, así como su comportamiento posterior al hecho, especialmente sus esfuerzos por reparar el daño, así como los esfuerzos del autor por alcanzar la reparación del ofendido.

3. No podrán ser tenidas en cuenta aquellas circunstancias que ya sean elementos del tipo legal.

ción de la pena racional. Sin embargo, en modo alguno está claro cómo ha de procederse. Teniendo en cuenta el enorme significado práctico del § 46 StGB (este precepto debe emplearse en cada condena jurídico-penal), sorprende el más bien subdesarrollado estado de la discusión. Especialmente llamativo es lo poco que se ocuparon las exposiciones más antiguas de la operacionalización de la culpabilidad en la medición de la pena (*Strafzumessungsschuld*). En la obra de Bruns, dominante en esta materia durante mucho tiempo, se encuentra muy poco sobre este punto. Bruns apenas abordó el significado de la culpabilidad en la medición de la pena y, por lo demás, desarrolló la mayor parte de sus explicaciones sobre las circunstancias de medición de la pena de la mano del catálogo del § 46, párr. 2.º, inciso 2.º StGB (1). Lo cual corresponde a sus premisas metodológicas, es decir, a la adhesión a una forma de proceder inductiva, ante todo sistematizadora de la jurisprudencia, y a la prevención frente a «reflexiones teórico-abstractas» (2). El establecimiento de un centro de gravedad que renuncia a un análisis intensivo de la fórmula básica del § 46, párr. 1.º, inciso 1.º, en beneficio de la enumeración minuciosa de los factores de medición de la pena ha dominado durante mucho tiempo la teoría de la medición de la pena (3). Por esta razón falta un debate de años sobre el concepto de culpabilidad del § 46, párr. 1.º, inciso 1.º StGB que pueda compararse a la discusión sobre el concepto de culpabilidad en la teoría del delito.

2. Al amparo de la *teoría del espacio de juego* (*Spielraumtheorie*), dominante en la doctrina y jurisprudencia alemanas sobre la medición de la pena, la pena adecuada a la culpabilidad se ha mantenido borrosa conscientemente. Se afirma la existencia de un *espectro de penas* adecuadas a la culpabilidad, que abarca desde una pena ya adecuada a la culpabilidad hasta una pena todavía adecuada. Este espacio de juego se rellenaría mediante consideraciones preventivo especiales y

(1) Cfr. BRUNS, *Recht der Strafzumessung*, 2.ª ed., 1985, pp. 145-147; el mismo, *Strafzumessungsrecht*, 2.ª ed., 1974, pp. 392-497; crítico ERHARD, *Strafzumessung bei Vorbestraften*, 1992, pp. 142 ss.

(2) Cfr. BRUNS, *Strafzumessungsrecht* (nota 1), pp. 1, 27-28; el mismo, *Recht der Strafzumessung* (nota 1), p. 29; el mismo, *Neues Strafzumessungsrecht?*, 1988, pp. 7, 14 y *passim*.

(3) Véase, además de BRUNS (nota 1), SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 25.ª ed., 1997, § 46, nmm. 8 ss.; Leipziger Kommentar(LK)-GRIBBOHM, StGB, 11.ª ed., 1995, § 46, nmm. 4, 74 ss.; TRÖNDLE/FISCHER, StGB, 49.ª ed., nmm. 4, 18 ss.; LACKNER/KÜHL, StGB, 23.ª ed., 1999, § 46, nmm. 23, 33 ss; una explicación detallada del concepto de culpabilidad en la medición de la pena se encuentra en SCHÄFER, *Praxis der Strafzumessung*, 2.ª ed., 1995, nmm. 225 ss.

generales (4). Pero la teoría del espacio de juego no corresponde a las condiciones de actuación de la praxis, porque esos factores de medición de la pena orientados a la prevención de ningún modo alcanzan la relevancia que cabe esperar según el principio teórico. En realidad, la medición de la pena determinada por la prevención (*präventive Strafzumessung*) desempeña más bien un papel marginal (5) –lo que tampoco sorprende, porque, en cualquier caso, en el ámbito de la criminalidad leve o media sería imposible, ya sólo por razones organizativas y de tiempo, llevar a cabo seriamente comprobaciones dirigidas a una eficacia preventivo-general y especial y ponerse de acuerdo sobre los pronósticos necesarios–. Incluso respecto a los delitos más graves se puede comprobar empíricamente que el pensamiento de la prevención se tiene en cuenta mucho menos de lo que cabría esperar conforme al ambicioso programa de la teoría del espacio de juego (6). Ahora bien, si en la praxis de la medición de la pena apenas se emplean consideraciones preventivas, generales o especiales, la idea de un espacio de juego de penas adecuadas a la culpabilidad no puede guiar esa medición (7).

(4) Cfr. BGHSt 7, 28, 32; 29, 319, 321-322.; 34, 345, 349 (GS); BGH StV 1985, 366; StV 1987, 530; NStZ 1988, 497; NStZ 1990, 334; StV 1993, 638; StV 1996, 427; BGHR § 46, párr. 1.º marcos de valoración 1, 2, 3, 5, 6, fundamento 9; BayObLG NStZ 1988, 408; OLG Düsseldorf NStZ 1988, 325; SPENDEL, *Die Lehre vom Strafmaß*, 1954, pp. 168 ss.; BRUNS, *Recht der Strafzumessung* (nota 1), pp. 105 ss.; el mismo, *Fs. f. Welzel*, 1974, pp. 739, 745 ss.; el mismo, *Strafzumessungsrecht* (nota 1), pp. 281-282 (en tal momento exigiendo todavía límites estrechos a los marcos, p. 282); ROXIN, *Fs. f. Schultz*, 1977, pp. 465 ss.; el mismo, *Fs. f. Bockelmann*, 1979, p. 306; el mismo, *Fs. f. BRUNS*, 1978, p. 183; SCHAFFSTEIN, *Fs. f. Gallas*, 1973, pp. 100 ss.; LACKNER, *Fs. f. Gallas*, 1973, p. 128; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht AT I*, 8.ª ed., 1992, § 7, nmm 25 ss.; H.- L. GÜNTHER, *JZ*, 1989, 1025 ss.; JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2.ª ed., 1991, 1/50; LK-GRIBBOHM, (nota 3), § 46, nmm. 11 ss.; JESCHECK/WEIGEND, *Strafrecht AT*, 5.ª ed., 1996, pp. 880-881; SCHÄFER (nota 3), nm. 347 con ulteriores referencias; TRÖNDLE/FISCHER (nota 3), § 46, nm. 10; LACKNER/KÜHL (nota 3), § 46, nm. 25; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE (nota 3), § 46, nmm. 4-5. En contra críticamente, DREHER, *ZStW* 66 (1954), 571; HENKEL, *Die «richtige» Strafe*, 1969, pp. 31 ss.; SCHÜNEMANN, en el mismo (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, pp. 187 ss.; el mismo, en Eser/Cornils (eds.), *Neuere Tendenzen des Kriminalpolitik*, 1987, pp. 209 ss.; FRISCH, *ZStW* 99 (1987), 363-364, 372-373; von HIRSCH/JAREBORG, *Strafmaß und Strafgerechtigkeit*, 1991, pp. 3-4; *Systematischer Kommentar (SK)-HORN*, StGB, § 46, nmm. 23 ss (marzo 1995); H.-J. ALBRECHT, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*, 1994, pp. 37 ss.

(5) H.-J. ALBRECHT (nota 4), pp. 415-416, 427; el mismo, *ZStW* 102 (1990), pp. 615 ss.; 619-620; MÜLLER-DIETZ, en Wadde (ed.), *Recht und Gesetz im Dialog*, 1982, p. 44; LACKNER/KÜHL (nota 3), § 46, nm. 25.

(6) VERREL, *Schuldunfähigkeitbegutachtung und Strafzumessung bei Tötungsdelikten*, 1995, pp. 210 ss.

(7) JESCHECK, *GA*, 1956, 97, 109; KUNZ, en Kielwein (ed.), *Entwicklungslinien der Kriminologie*, 1985, p. 32; FRISCH, *ZStW* 99 (1987), 372-373.

Sin duda, la teoría del espacio de juego ha contribuido de forma relevante a la precaria situación de que pueda encontrarse poco análisis fundado acerca del contenido semántico del § 46, párr. 1.º, inciso 1.º StGB. La teoría sugiere la posibilidad de alcanzar una exacta sintonización entre la medida de la pena y las consideraciones preventivas, mientras que, fácticamente, el operador jurídico necesita criterios para concretar la pena adecuada a la culpabilidad en una determinada medida de pena (8). La idea de un espectro de penas adecuadas a la culpabilidad sólo puede explicarse desde la *perspectiva de los recursos* (9). Un sistema jurídico-penal que prevea un control ilimitado de la corrección de la medición de la pena es poco menos que inconcebible. Ya por razones teóricas, las inevitables inseguridades en la valoración en los procesos cuantificadores excluyen la cognoscibilidad y revisabilidad de una única pena puntual correcta (10). En la práctica, la marea creciente de procesos que cabría esperar en caso contrario hace necesario admitir un espacio de juego de penas aún defendibles. No obstante, esta vinculación material específica en el ámbito de la medición de la pena sólo existe para el juez de casación, no para el juez que conoce en primera instancia, cuya tarea es optar por una concreta pena individual. Dado que, desde la perspectiva de la elaboración, el contexto de decisión es completamente distinto que desde la perspectiva de su control, desde las manifestaciones del tribunal de casación no puede desarrollarse una teoría de la medición de la pena inmediatamente trasladable al juez que juzga en primera instancia. Ya sólo por eso, el enfoque inductivo privilegiado por Bruns (11), que se basa esencialmente en el análisis de la jurisprudencia de los tribunales superiores (*), no puede más que conducir a resultados insatisfactorios.

3. Mientras que la teoría tradicional procede más bien superficialmente con el concepto de culpabilidad del § 46, párr. 1.º, inci-

(8) FRISCH, *ZStW* 99 (1987), 372-373.

(9) H.-J. ALBRECHT (nota 4), p. 41.

(10) Cfr. acerca de la discusión sobre la pena puntual, por un lado, la opinión que parte de la existencia de una única pena correcta adecuada a la culpabilidad (HEINITZ, *ZStW* 70 [1958], 5; Arthur KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 2.ª ed., 1976, p. 261; BRUNS, *Strafzumessungsrecht* [nota 1], pp. 91-92 con ulteriores referencias; SCHAFFSTEIN [nota 4], pp. 100 y s.); por otro lado, la crítica justificada de HENKEL (nota 4), pp. 31 ss.; DREHER, *Fs. für Bruns*, 1978, pp. 153 ss.; el mismo, *Fs. für Bockelmann*, 1979, p. 58; GRASNICK, *Schuld, Strafe und Sprache*, 1987, p. 73 ss.

(11) *Supra*, nota 2.

(*) Jurisprudencia procedente de los Tribunales Superiores de los diferentes Estados federados (Oberlandesgericht –ObLG–) y del Tribunal Supremo Federal alemán (Bundesgerichtshof –BGH–).

so 1.º, en algunas de las nuevas tesis se encuentra una *crítica radical* a la referencia a la culpabilidad. Por ejemplo, Hart-Hönig ha dudado de que el concepto de culpabilidad del Derecho vigente tenga un contenido semántico autónomo independiente de consideraciones preventivas (12). En la medida en que con ello critica a la jurisprudencia, que niega la aplicación en determinados casos de los §§ 20, 21 StGB por razones preventivo-generales claras (13), y en la medida en que considera algunos marcos penales legales excesivos por razones preventivo-generales (14), ha de coincidir con su crítica. No obstante, de tal inconsistencia de la jurisprudencia y el legislador no se infiere todavía la conclusión de que la determinación de una pena adecuada a la culpabilidad sea imposible por razones de principio —también podría tratarse de excepciones en ámbitos concretos de aplicación—. Más profunda es la crítica —expresada, entre otros, desde un punto de vista sociológico— acerca de la ausencia de contornos del concepto de culpabilidad en la medición de la pena. Conforme a esa crítica, la referencia a una ininteligible «culpabilidad en la medición de la pena» únicamente esconde valoraciones subjetivas, en determinadas circunstancias impregnadas de emociones, y parciales del juez penal (15). La fundamentación de una «pena adecuada a la culpabilidad» es sólo el aseguramiento posterior de una decisión que realmente tiene lugar a causa de las necesidades psicológicas de pena (*Strafbedürfnisse*) de quien falla (16).

El hecho de que el Derecho de medición de la pena esté poco perfilado en comparación con la teoría del delito impide excluir con seguridad que esta caracterización del nacimiento de las decisiones sobre la medición de la pena tenga un núcleo de verdad. Pero antes de derivar de ello motivos para la resignación, hay que examinar si es realmente imposible dotar de límites nítidos a las manifestaciones del § 46, párr. 1.º, inciso 1.º. Mientras no estén agotadas las posibilidades de precisión normativa, no puede emitirse ningún juicio concluyente sobre la racionalidad de la medición de la pena.

(12) HART-HÖNIG, *Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung*, 1992, pp. 19 ss.

(13) *Op. cit.*, pp. 25 ss.

(14) *Op. cit.*, pp. 32 ss.

(15) STRENG, *ZStW* 92 (1980), 656 ss.; el mismo, *Strafzumessung und relative Gerechtigkeit*, 1984, pp. 22 ss., 46-47; el mismo, *Strafrechtliche Sanktionen*, 1991, pp. 167, 186; escéptico también MONTADA, en Pfeiffer/Oswald (eds.), *Strafzumessung*, 1989, pp. 138-139.

(16) STRENG, *ZStW* 92 (1980), 656 ss.

II. LA VALORACIÓN RETROSPECTIVA DEL INJUSTO Y LA CULPABILIDAD COMO CONTENIDO DEL § 46, PÁRR. 1.º, INCISO 1.º StGB

1. De *lege lata* hay que encontrar un camino para eliminar la objeción de que la fórmula básica de la medición de la pena dota de apariencia de legitimidad normativa a las necesidades de pena percibidas exclusivamente de forma subjetiva. A la hora de concretar el contenido semántico del § 46, párr. 1.º, inciso 1.º StGB, hay que resaltar ante todo una constatación esencial: la adhesión a una *valoración retrospectiva del hecho* como fundamento de la medición de la pena. Bajo qué circunstancias puede o debe modificarse este fundamento en determinadas constelaciones de casos en un segundo paso, conforme al § 46, párr. 1.º, inciso 2.º StGB («Habrán de tenerse en cuenta los efectos que quepa esperar que la pena tenga sobre la futura vida del autor en la sociedad»), por circunstancias preventivo-especiales u otras específicas del autor no puede ser objeto de este artículo. En especial el examen necesario sobre el ámbito de aplicación del § 46, párr. 1.º, inciso 2.º desbordaría tal marco (17). Pero sí ha de afirmarse que, en cualquier caso, el punto de partida de la determinación de la pena no debería estar determinado por consideraciones preventivas.

El requisito de una valoración retrospectiva del hecho podría haberse formulado de otra manera, por ejemplo, mediante una referencia en el § 46, párr. 1.º, inciso 1.º a la gravedad del hecho. Sin embargo, la dicotomía pena culpable y pena preventiva (*Schuld- und Präventionsstrafe*) es tan usual, que la fijación de una pena adecuada a la culpabilidad significa forzosamente la negación de una medición de la pena orientada de inmediato a la prevención. Por eso, el Derecho alemán de medición de la pena protege al penado de penas drásticamente elevadas en función de fines de intimidación o de aseguramiento, como las que han sido propuestas, por ejemplo, en el ámbito jurídico americano en el contexto del análisis económico del derecho (18) o de la estrategia de la «selective incapacitation» (19). Tam-

(17) Cfr. al respecto, HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 329 ss.

(18) Véase por ejemplo, GARY S. BECKER, *Journal of Political Economy* 76 (1968), 169 ss.; van DEN HAAG, *Rutgers Law Review* 33 (1981), 706 ss.; POSNER, *Columbia Law Review* 85 (1985), 1193 ss.

(19) Conforme a tal principio, el nivel de criminalidad disminuye retirando del tráfico mediante períodos de prisión claramente abusivos a aquellos autores que hayan sido diagnosticados como autores múltiples. Cfr. GREENWOOD, *Selective Incapacitation*, 1982; James Q. WILSON, *The Public Interest*, 1983, pp. 52 ss. Crítico, von

bién para esta prohibición es oportuna la referencia a la culpabilidad. En ocasiones la literatura se ha remitido al principio de proporcionalidad como sustituto del principio de culpabilidad (20). Sin embargo, no permite una limitación eficaz de los intereses penales del Estado en todas las constelaciones de casos. Un principio de proporcionalidad es un proceso de ponderación: el logro de objetivos político-criminales se pondera con las consecuencias negativas de la punición. Pero mediante una relación de medio-fin no puede alcanzarse más que una protección relativa, no absoluta, frente a penas excesivas (21). Si el fin perseguido se valora como especialmente importante, se amplía el ámbito de los medios admisibles. A causa del saldo de consecuencias se puede compatibilizar con el principio de proporcionalidad, por ejemplo, la imposición de una pena draconiana para evitar futuros delitos graves, mientras que la gravedad del delito objeto de la condena no lo justificaría (22).

2. El punto de partida, que el § 46, párr.1.º, inciso 1.º StGB impone una valoración retrospectiva del hecho, conduce a la cuestión de qué circunstancias del hecho son relevantes para tal valoración. La primera posibilidad de interpretar el concepto de culpabilidad del § 46, párr. 1.º, inciso 1.º consistiría en remitirse a la categoría «culpabilidad» en el sistema del delito. La diferenciación entre las categorías injusto y culpabilidad se asume como plena de sentido en la teoría del delito alemana (23). Para el jurista penal educado en estas categorías conceptuales parece sencilla, a primera vista, una interpretación del § 46, párr. 1.º, inciso 1.º StGB en virtud de esos datos. La consecuencia sería eliminar la categoría del injusto de la medición de la pena. De hecho, en trabajos antiguos se defendió que el significado objetivo del hecho no tiene importancia considerado en sí mismo; que, por el contrario,

HIRSCH, *Past or Future Crimes*, 1985, pp. 104 ss.; SCHUMANN, en Lüderssen (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, v. 1, 1998, pp. 456 ss.

(20) Cfr. ELLScheid/W. HASSEMER, en Lüderssen/Sack (eds.), *Seminar: Abweichendes Verhalten*, v. 2, 1975, pp. 281 ss.; BAURMANN, *Zweckrationalität im Strafrecht*, 1987, pp. 269 ss.; el mismo, en Baurmann/Kliemt (eds.), *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat*, 1990, pp. 141 ss.; MOCCIA, en Schünemann/Figueiredo Dias (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts*, 1995, nota 75, pp. 66 ss.

(21) Sobre la diferencia entre la relación medio-fin y motivo-fin, cfr. MAURACH/ZIPF (nota 4), § 7, nm. 5.

(22) Así ocurre por ejemplo con las medidas para la lucha contra la criminalidad organizada: sólo con dibujar de forma suficientemente convincente los peligros amenazantes, deja de ofrecer el principio de proporcionalidad una protección real contra las penas desproporcionadamente elevadas.

(23) Cfr. sobre las ventajas de esta sistematización SCHÜNEMANN, en el mismo/FIGUEIREDO DIAS (nota 20), pp. 149 ss.

depende de la *capacidad individual de evitar* (*individuelle Vermeidemacht*); y que la medida de la pena debe orientarse a la cantidad de «inhibiciones internas» que el autor tuvo que superar (24). El tipo de hecho sólo debería influir en la medición de la pena por medio de una construcción auxiliar: cuanto más grave sea la lesión prevista por el autor, más fuertes son las inhibiciones que tiene que superar (25).

Pero esta argumentación no siempre es correcta. Si se toma en serio la idea de las inhibiciones crecientes y se parte de que los procesos psicológicos de decisión se reproducen de ese modo, la comisión de una lesión de un bien jurídico objetivamente más importante puede ser más fácil que la de uno insignificante (26). Esto es así, por ejemplo, cuando en un homicidio la víctima provoca al autor, mientras que en un delito contra la propiedad o el patrimonio el autor tuvo que superar conflictos de conciencia, porque disfrutaba de la completa confianza de la víctima, que era una persona unida a él. Si sólo se parte de la idea de las inhibiciones, habría que castigar más duramente en un caso de daños financieros objetivamente más pequeños (por ejemplo: el autor robó un broche de su abuela por un valor de 50 DM) que en un caso de un homicidio provocado. Esto no corresponde ni al marco penal legal (27) ni a la práctica valorativa usual.

En conclusión, hoy es indiscutible que el § 46, párr. 1.º, inciso 1.º StGB no puede entenderse como una referencia directa *exclusiva* a la categoría «culpabilidad» en el sentido del sistema del delito: la llamada culpabilidad en la medición de la pena no es idéntica a la culpabilidad como fundamento de la pena (28). Conforme a la fórmula estándar del *BverfG* (Tribunal Constitucional Federal alemán) y del *BGH* (Tribunal Supremo Federal alemán) la pena adecuada a la culpabilidad tiene que orientarse a la gravedad del hecho y al grado de culpabilidad personal del autor (29). Tampoco la doctrina cuestiona

(24) Cfr. por ejemplo von BELING, *Die Vergeltungsidee*, 1908, pp. 62 ss.

(25) Von BELING (nota 24), pp. 64-65.

(26) Cfr. HAFFKE, *GA*, 1978, 46 y s.; ERHARD (nota 1), p. 148.

(27) Para el caso menos grave de homicidio, § 213, el marco penal es de un año a diez de privación de libertad, mientras que el nivel de pena en el hurto está establecida claramente por debajo (multa o privación de libertad de hasta cinco años).

(28) ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, 1974, pp. 13-14; ZIPP, *Die Strafzumessung*, 1977, p. 28; ROXIN, *Strafrecht AT/I*, 3.ª ed., 1997, § 19, nmm 50-51; SCHÄFER (nota 3), nmm. 226; LACKNER/KÜHL (nota 3), § 46, nm. 23; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE (nota 3), § 46, nm. 9 a.

(29) *BverfGE* 25, 269, 286 = *JZ*, 1969, 505, 506 con comentarios de HEIDENHAIN; 27, 18, 29; 45, 187, 260; 50, 5, 12 = *JZ*, 1978, 795, 796; 50, 125, 133 = *JZ*, 1979, 224; *BGHSt* 20, 264, 266 = *JZ*, 1965, 684; *BGH NJW* 1987, 2685, 2686.

ya de modo serio que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma penal objetivamente acaecida influya directamente en la medida de la pena –por supuesto, bajo el presupuesto hoy en día igualmente indiscutible de que el autor ha ocasionado culpablemente las consecuencias del hecho en toda su extensión (30)–. El reconocimiento de que el injusto de un hecho es graduable, de que se trata de un concepto clasificatorio también ha contribuido de forma esencial a esta evolución (31).

3. Evidentemente, la referencia a la gravedad del hecho, en palabras de la jurisprudencia, o, más precisamente formulado, al injusto del hecho, suscita una serie de preguntas sucesivas: conforme a qué criterios debe ser valorado el injusto. Un primer paso es apoyarse en la teoría del delito, en la diferenciación entre *injusto de resultado* e *injusto de acción* (32). Tarea esencial de un Derecho moderno de medición de la pena es el ulterior desarrollo y puntualización de este dato. Deben desarrollarse criterios para averiguar la medida del injusto de resultado y qué facetas de la conducta del autor influyen en el injusto de acción. Especialmente este último punto contiene una gran cantidad de cuestiones concretas problemáticas, cuya clarificación es indispensable para unos estándares precisos de medición de la pena. Hasta ahora, en el Derecho de medición de la pena no se ha discutido con precisión sobre los factores que conforman la extensión del injusto de acción. Precisamente por ello, existe el peligro de que se haga pasar, de forma irreflexiva o decorativa, consideraciones preventivas como valoraciones de injusto. Respecto a muchos factores de medición de la pena frecuentes en la práctica se

(30) BGHSr, 37, 179, 180 = JZ 1991, 571 con comentarios de RUDOLPHI; BGH NSrZ 1986, 85, 86; BRUNS, *Recht der Strafzumessung* (nota 1), pp. 158 ss.; LK-GRIBBOHM (nota 3), § 46, nm. 151; LACKNER/KÜHL (nota 3), § 46, nm 34; TRÖNDLE/FISCHER (nota 3), § 46, nmm. 23 ss; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE (nota 3), § 46, nm. 26; FRISCH, GA, 1972, 321 ss; BLOY, ZStW 107 (1995), 576 ss.

(31) Von BELING también partía respecto al injusto de que el nivel previo a la constatación de la culpabilidad consistía solamente en la aplicación de un concepto-clase: la antijuridicidad (nota 24, p. 63). Véase también sobre la medición de la pena y los conceptos de ordenación OTTE, en Albrecht y otros (eds.), *Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft*, 1972, p. 318; FRISCH, 140 Jahre GA, 1993, pp. 28 ss.

(32) H.-L. GÜNTHER, Fs. für Göppinger, 1990, p. 457; FRISCH, 140 Jahre GA, 1993, pp. 32-33, 35; ERHARD (nota 1), p. 164; SCHÄFER (nota 3), *Gliederungschema*, nm. 232; JESCHECK/WEIGEND (nota 4), p. 887, aunque con un concepto extensivo de injusto de acción. Cfr. también HETTINGER, *Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmbildenden Umständen*, 1982, pp. 90 ss. Crítico con una orientación al desvalor de acción y de resultado MONTENBRUCK, *Abwägung und Umwertung*, 1989, p. 85; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht AT 2*, 7.ª ed., 1989, § 63, nm. 19.

puede debatir si realmente incrementan el injusto o si detrás de su efecto agravante de la pena no están, en último término, consideraciones preventivas. Sólo como ejemplo, sin que sea posible una discusión más profunda, cabe remitirse a la cuestión problemática de si el *status* organizativo «miembro de banda» o la comisión del hecho de forma profesional son relevantes desde la perspectiva del injusto —o si más bien de penas más altas se espera un efecto intimidatorio— (33). Pero, aun cuando deba prestarse atención a las trampas, un análisis intensivo de esta categoría promete criterios, en suma, más claros y más fácilmente revisables para la valoración retrospectiva de lo sucedido.

En este artículo no puede profundizarse más en las cuestiones particulares de la valoración del injusto (34). En lugar de ello, aquí está en primer plano la segunda cuestión básica del Derecho de medición de la pena, es decir, qué debería influir en la valoración del suceso *junto al injusto del hecho*. La valoración no sólo se determina por el resultado del hecho y las circunstancias concomitantes que conforman el injusto de acción, sino también y de manera esencial por el contenido semántico y la importancia que se atribuya a la «culpabilidad personal del autor». Teniendo en cuenta la crítica al concepto de culpabilidad expuesta más arriba (I 3), es de especial relevancia una aclaración de este punto. La constatación de que la medida de la pena está determinada por el injusto de resultado y de acción sería de relativa escasa trascendencia, si este dato fuera socavado por un concepto difuso de «culpabilidad personal». En este punto puede surgir una puerta de entrada a valoraciones morales poco claras, derivadas de preferencias personales. También desde el criterio de la desigualdad de pena, la «culpabilidad personal» es un factor de medición de la pena espinoso: cuanto más factores de medición de la pena se admitan, a la fuerza será mayor la imprevisibilidad y la falta de control de la praxis de la medición de la pena. Así es, especialmente, en aquellos factores en los que la valoración de la personalidad del autor está en un primer plano (35).

(33) Otro factor de medición de la pena extraordinariamente popular, pero en el que puede dudarse de la relevancia del injusto, es la llamada «energía criminal» del autor. Véase al respecto y sobre el carácter de organización del autor HÖRNLE (nota 17), pp. 275 ss.

(34) Cfr. respecto a ello HÖRNLE (nota 17), pp. 196 ss.

(35) Cfr. SCHÜNEMANN, en Eser/Cornils (nota 4), p. 227.

III. LOS VESTIGIOS DE UNA CONCEPCIÓN ANTICUADA DE LA CULPABILIDAD EN LA TEORÍA Y LA JURISPRUDENCIA DE LA MEDICIÓN DE LA PENA

1. La concepción de la culpabilidad en la teoría del delito

a) La tesis que se pretende fundamentar en este artículo es que hay un abismo preocupante entre la concepción habitual y adecuada de la culpabilidad en la moderna teoría del delito y el concepto de culpabilidad que sigue siendo dominante en la teoría y jurisprudencia de la medición de la pena. Para exponerla hay que profundizar antes brevemente en la concepción de la culpabilidad en la teoría del delito. Como es sabido, en la literatura contemporánea se discute vivamente cuál es la base del reproche de culpabilidad, pudiéndose distinguir en la discusión sobre la culpabilidad en la fundamentación de la pena tres corrientes principales. Las dos primeras se diferencian entre sí desde el punto de vista de su posición frente a la cuestión del *libre albedrío*: la posición agnóstica considera suficiente que se pueda presumir en virtud de las imágenes sociales de los roles o de las experiencias compartidas (36), mientras que la opinión más estricta reclama que los juicios jurídico-penales sobre el libre albedrío necesiten por principio una base ontológica demostrable (37). Conforme a ambas posiciones, la comprobación de la culpabilidad en la fundamentación de la pena es una condición necesaria para la imposición de una pena criminal. La punición del autor no puede fundamentarse sólo en que la renuncia a la amenaza e imposición de penas criminales conduciría a un incremento de las formas de conducta hasta ahora penalizadas. Por el contrario, el acto de penar debe legitimarse también frente al autor, constatándose su responsabilidad por el hecho.

Este problema de legitimación no se toma en serio por la *teoría funcionalista de la culpabilidad*, que constituye la tercera gran

(36) Cfr. ROXIN (nota 28), § 19, nmm. 36 ss.; el mismo, *Fs. für Arthur Kaufmann*, 1993, pp. 521 ss.; LK-JÄHNKE, 11.^a ed., 1993, § 20, nm. 20; SK-RUDOLPHI, comentario previo al § 19, nm. 1 (agosto 1995); SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER (nota 3), comentario previo al § 13, nm. 110; JESCHECK/WEIGEND (nota 4), pp. 407 ss.; KÜHL, *Strafrecht AT*, 2.^a ed., 1997, § 10, nmm. 3-4; LACKNER/KÜHL (nota 3), comentario previo al § 13, nm. 23; HIRSCH, *ZStW*, 106 (1994), 746, 763-764.

(37) Arthur KAUFMANN (nota 10), pp. 127 ss.; SCHÜNEMANN, en el mismo (nota 4), p. 163; el mismo, en Hirsch/Weigend (eds.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, 1990, pp. 154-155; DREHER, *Die Willensfreiheit*, 1987, pp. 379 ss.; GRIFFEL, *GA*, 1989, 193 ss.; el mismo, *ARSP*, 1998, 517 ss.; CEREZO MIR, *ZStW*, 108 (1996), 9, 18 ss.

corriente en la teoría del delito contemporánea. La teoría funcionalista también considera un juicio de culpabilidad presupuesto forzoso de la pena criminal, ya que sólo una acción relevante comunicativamente puede cuestionar la vigencia de la norma. En una conducta que pueda reconducirse a la enfermedad, el peligro de muerte o un error inevitable de prohibición, falta esta relevancia comunicativa (38). Sin embargo, la constatación de la culpabilidad se normativiza completamente. Una concepción funcional de la culpabilidad no adopta una posición agnóstica sobre la cuestión de la responsabilidad individual del autor, sino que declara inútil la propia formulación de la cuestión. La culpabilidad se define desde un principio como la imputación de capacidad que se verifica exclusivamente desde una perspectiva externa. Lo importante es el acuerdo alcanzado en la sociedad de que se trate sobre quién es competente por la conducta perturbadora. Depende de en qué medida existan, conforme a las condiciones sociales (por supuesto, variables), posibilidades alternativas de solución del conflicto. La culpabilidad se da cuando la imputación al autor es necesaria para el mantenimiento de la confianza en la norma por falta de tales alternativas (39).

b) No es necesario recoger con todo detalle el debate sobre la concepción correcta de la culpabilidad en la teoría del delito, pues en nuestro contexto no importan tanto las líneas de separación entre las tres corrientes principales descritas como los aspectos comunes. En el Derecho de medición de la pena no repercuten ni la polémica sobre el determinismo ni el debate sobre el concepto funcional de culpabilidad, al menos mientras se someta a debate la funcionalización del concepto de culpabilidad presente en la discusión alemana, que es, en suma, una funcionalización moderada. Conforme a todas las concepciones modernas se trata de *la imputación subjetiva del hecho al autor*, que o hay que afirmar, afirmar atenuadamente o negar. En el caso normal de culpabilidad no limitada del autor, ésta sólo depende de *que* el hecho se le pueda imputar. Conforme a un concepto de culpabilidad ontológico, la desaprobación ético-social vinculada a la condena jurídico-penal se debe a que se le reprocha al autor haber cometido un hecho antijurídico pudiendo haberlo evitado.

(38) JAKOBS, *ZStW* 107 (1995), 863 ss.; asimismo, KINDHÄUSER, *ZStW*, 107 (1995), 713.

(39) JAKOBS (nota 4), 17/21 ss.; el mismo, *Das Schuldprinzip*, 1993, pp. 24 ss.; el mismo, *ZStW*, 107(1995), 843, 860; de acuerdo Achenbach, en Schünemann (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, pp. 148 ss.; STRENG, *ZStW*, 101 (1989), 273, 286 ss. Cfr. también sobre las teorías de la culpabilidad NEUMANN, en Lüderssen (nota 19), pp. 391 ss.

La diferencia decisiva entre el juicio de injusto y el reproche de culpabilidad radica en que el juicio de injusto puede graduarse tanto hacia abajo hasta un valor de cero como ilimitadamente hacia arriba, mientras que esto último es imposible respecto al reproche de culpabilidad. En el caso normal la pregunta sobre «cuánto» pudo actuar de otro modo es absurda. Las graduaciones de la medida de la culpabilidad sólo son posibles en una dirección: en caso de concurrencia de causas de disminución de la culpabilidad, pero no en forma de incremento de la medida de la culpabilidad.

c) Hasta ahora tampoco desde la teoría funcional de la culpabilidad se ha argumentado una culpabilidad que pueda agravar más allá de la simple afirmación de la imputación, aunque, al acentuar la idea de que lo importante es «cuántas cualidades perturbadoras del autor deben aceptarse por el Estado y la sociedad» (40), en principio sería posible (41). Una disminución de la disposición a aceptar cualidades perturbadoras podría tener influencia en la atribución cuantitativa de culpabilidad. Una disposición menguante a la tolerancia y un sentimiento creciente de amenaza en la relación de la mayoría social con el autor, que pertenece a un grupo percibido como desviado, no es sólo una posibilidad teórica. En épocas de creciente deshomogeneización de la población cabe esperar tales evoluciones en creciente medida (42). En consecuencia, partiendo de un modelo de imputación funcional de culpabilidad fuertemente acentuado por consideraciones *psico-sociales*, no sería sorprendente que una necesidad acrecentada de confirmación de la norma condujera a la imputación de mayor culpabilidad a los autores pertenecientes a subculturas (43). Por otra parte, se podría imputar culpabilidad elevada también a grupos profesionales con un prestigio social decadente, por ejemplo si se trata del hurto en una tienda cometido por un miembro del parlamento, porque en tales casos se abre una divergencia especialmente grande, y por ello provocadora de inseguridad, entre las expectativas de conducta y la realidad.

No obstante, los representantes de un concepto funcional de culpabilidad en Alemania llegan a una versión moderada de la imputación de culpabilidad. A las necesidades sociales de pena se contraponen el correctivo normativo de que sólo son admisibles aquellas valoraciones con las que se describe un «déficit de fidelidad al Dere-

(40) JAKOBS (nota 4), 17/21.

(41) Agradezco al profesor Thomas Weigend esta indicación.

(42) STRENG, *JZ*, 1993, 108, 113.

(43) Cfr. sobre un modelo de pena asentado en conocimientos de psicología profunda, por ejemplo, STRENG, *ZStW* 92 (1980), 637 ss.

cho» (44). Jakobs se pronuncia expresamente en contra de que en la determinación de la medida de la culpabilidad se deje espacio para «desvaloraciones etizantes o moralizantes del autor» (45). Mientras se impida mediante tales construcciones normativas que las teorías de la prevención general positiva adopten una orientación empírica seria a las posibles necesidades de confirmación de la norma, no existe, al menos desde el punto de vista de la posibilidad de elevar la culpabilidad, ninguna diferencia esencial entre un concepto funcional de culpabilidad y el clásico (46).

d) De forma distinta a la moderna teoría del delito, que ve en la culpabilidad un principio de imputación, las teorías antiguas defendieron un concepto de culpabilidad más fuertemente enriquecido con un contenido material (47). Por consiguiente, al lado de la valoración del injusto se coloca un *reproche de culpabilidad determinado por criterios definitorios propios* que ha de separarse de aquél. En este sentido habían argumentado las teorías caracterológicas de la culpabilidad que se difunden en las primeras décadas del siglo xx (48). Aun cuando las variantes absolutamente consecuentes de una concepción caracterológica de la culpabilidad, que se desprenden completamente de una valoración del hecho, no tuvieron demasiada importancia (49), sí han influido en la comprensión de la culpabilidad de la primera mitad de este siglo, porque muchos autores conciben el reproche de un carácter defectuoso como componente de la culpabilidad (50). En su monografía de 1947 «*Über die gerechte Strafe*», Dreher recogió y desarrolló el componente caracterológico de que en la evolución consciente hacia lo malo o en la omisión de la autoeducación existe culpabilidad en forma de culpabilidad por el carácter (51). En la literatura de la posguerra, Gallas, Jescheck y Schmidhäuser refirieron el reproche de culpabilidad a *una actitud interna defectuosa del sujeto* (52).

(44) JAKOBS (nota 4), 17/18 ss.; KINDHÄUSER, *ZStW* 107 (1995), 725-726.

(45) En *Strafrecht AT* (nota 4), 17/29. Cfr. también STRENG, *ZStW* 101 (1989), 294, 296: el concepto funcional de culpabilidad deslegitima la realización de necesidades de pena que tengan su origen en la indignación.

(46) Otra cuestión, que no se puede discutir aquí más profundamente, es si ese tipo de adiciones normativas no son cuerpos extraños dentro de la teoría de la prevención general positiva.

(47) SK-HORN (nota 4), § 46, nmm 41 ss.

(48) Cfr. sobre la evolución, ACHENBACH (nota 28), pp. 123 ss.

(49) Así lo estima ACHENBACH (nota 28), p. 126.

(50) Véase ACHENBACH (nota 28), pp. 139-140; HÖRNLE (nota 17), pp. 40 ss.

(51) En *Die gerechte Strafe*, 1947, pp. 52 ss.

(52) GALLAS, *ZStW* 67 (1955), 45; SCHMIDHÄUSER, *Die Gessinnungsmerkmale im Strafrecht*, 1958, pp. 172 ss.; el mismo, *Strafrecht AT*, 2.^a ed., 1975, 6/16 ss.; el

Los autores mencionados presuponen que la actitud interna defectuosa se expresa en el hecho. Pero este límite es sólo una limitación efectuada por motivos político-criminales, no la afirmación central del juicio de culpabilidad. Por principio, un reproche de la actitud interna defectuosa o de la autoeducación (omitida) podría fundamentarse también y concluyentemente aunque no hubiera concurrido en la comisión del hecho punible.

De un reproche de culpabilidad orientado al carácter o a la actitud interna se sigue sin más que *puede aumentar ilimitadamente* (53). Si el reproche de culpabilidad se basa en un modelo de diferencia, que indaga si las actitudes internas se alejan de un tipo ideal –como quiera que se determine–, esto implica la posibilidad ilimitada de cuantificar esa diferencia. La desviación es graduable en ambas direcciones, hacia abajo hasta la ausencia de culpabilidad pasando por el estadio de la culpabilidad disminuida; pero, sobre todo, no se establece ningún límite hacia arriba a la reprochabilidad de la actitud interna. Estas ideas se van a caracterizar aquí como *concepción personalizada de la culpabilidad*, porque lo característico en ella es que la medida de la culpabilidad sólo puede ser constatada en cada caso si se conoce la actitud interna individual del autor. La moderna teoría del delito no presupone, por el contrario, una indagación de las actitudes internas del autor para un reproche de culpabilidad, sino que se conforma con la comprobación de la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad.

2. La concepción personalizada de la culpabilidad en el Derecho de medición de la pena

a) Mientras que la concepción personalizada de la culpabilidad no desempeña ningún papel relevante en la teoría del delito contemporánea, en el Derecho de medición de la pena todavía no ha sido superada. Ya en 1972 reclamaba Stratenwerth sacar la apreciación general de la personalidad del autor fuera de la valoración de la culpabilidad y efectuarla exclusivamente en base a consideraciones preventivas (54) –pero sólo parcialmente encontró eco (55)–. La teoría

mismo, *Fs. für Gallas*, 1973, pp. 93 ss.; el mismo, *Fs. für Jescheck*, 1985, pp. 490 ss.; JESCHECK/WEIGEND (nota 4), pp. 421-422; *vid.* además SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER (nota 3), comentario previo al § 13, nm. 119.

(53) GALLAS, *ZStW* 67 (1955), 45-46; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER (nota 3), comentario previo al § 13, nm. 119.

(54) En *Tatschuld und Strafzumessung*, 1972, pp. 28 ss.

(55) Como STRATENWERTH ya ZIPF, *Die Strafmaßrevision*, 1969, p. 119; el mismo (nota 28), pp. 24-25; SCHÜNEMANN, en el mismo (nota 4), pp. 191-192;

mayoritaria de la medición de la pena no ha cuestionado el papel dominante de la personalidad del autor: en ella prevalecen exposiciones que parten de un «componente caracterológico del concepto de culpabilidad» (56) y que consideran los factores personales como relevantes para la medida de la culpabilidad en la medición de la pena (57). También el BGH parte, en una jurisprudencia constante, de que para la medición de la pena es indispensable la apreciación de las circunstancias personales del autor (58), y no sólo para asegurar las consideraciones preventivo-especiales, sino para constatar la culpabilidad personal (59). No obstante, en la mayor parte de los casos un análisis serio sobre la personalidad del autor es ya del todo imposible por razones de tiempo, por lo que en la práctica son los daños derivados del hecho y los antecedentes penales los que determinan decisivamente la medida de la pena (60). A pesar de ello, sostener una concepción personalizada de la culpabilidad es sin duda importante en cuestiones fundamentales, por ejemplo, cuando se trata del significado del comportamiento postdelictivo. Así, por ejemplo, cuando la vida previa del autor y su comportamiento postdelictivo se estiman relevantes para la culpabilidad –lo que, por cierto, no deja de ser curioso, sobre todo en comportamientos que suceden cronológicamente al delito ya consumado–. La jurisprudencia se sirve de una construcción indiciaria: del comportamiento postdelictivo es posible una conclusión sobre el injusto del hecho o la actitud interna del autor (61).

el mismo, en *Eser/Cornlis* (nota 4), p. 227; FRISCH, *ZStW*, 99 (1987), 349, 381 ss.; ERHARD (nota 1), pp. 235-236.

(56) BURGSTALLER, *ZStW*, 94 (1982), 135.

(57) BRUNS, *Strafzumessungsrecht* (nota 1), pp. 61, 384 ss., el mismo, *Recht der Strafzumessung* (nota 1), pp. 144, 147; el mismo, *Neues Strafzumessungsrecht?* (nota 2), pp. 49 ss.; GRASNICK (nota 10), pp. 228 ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE (nota 3), § 46, nm. 8; LK-GRIBBOHM (nota 3), § 46, nmm. 5, 7, 175; TRÖNDLE/FISCHER (nota 3), § 46, nm. 4; SCHÄFER (nota 3), nm. 269; JESCHECK/WEIGEND (nota 4), p. 889; LACKNER/KÜHL (nota 3), § 46, nm. 47; GÖLLING, *Gs. für Zipf*, 1999, pp. 194-195.

(58) BGHSr 16, 351,353; 24, 268, 270; BGH *NStZ* 1981, 389, *StV* 1984, 190, 192; *NStZ* 1991, 231; BGHR § 46, párr. 2.º, antecedente 15. Asimismo, *OLG Köln StV* 1996, 321.

(59) BGHSr 24, 268, 270; BGH *NStZ* 1981, 389.

(60) H.-J. ALBRECHT, en Kerner/Kury/Sessar (eds.), *Deutsche Forschungen zur Kriminalitätentstehung und -kontrolle*, 1983, pp. 1317 ss.; el mismo, (nota 4), pp. 333 ss; KUNZ (nota 17), pp. 33-34; DÖLLING, *Gs. für Zipf*, 1999, pp. 193-194.

(61) BGH *NStZ* 1984, 259; *NStZ* 1986, 459; *NJW* 1988, 1153, 1154; BGH en Deter, *NStZ* 1990, 221; *NStZ* 1994, 475. Por las mismas razones se estima admisible tener en cuenta los hechos posteriores para agravar la pena.

b) En la teoría dominante de la medición de la pena y en la jurisprudencia no queda claro *por qué* las circunstancias personales del autor deben ser relevantes para la culpabilidad. Tal base teórica sólo existiría en las teorías de la culpabilidad por el carácter o por la conducción de la vida, difundidas durante la época nacionalsocialista y en los primeros años de la posguerra, para lo que ya se aludió a la tesis de Dreher, pero que también fueron sostenidas, por ejemplo, por Welzel, Heinitz, Mezger y Engisch (62). Las tesis particulares de cada autor se distinguen, entre otras cosas, en lo que atañe a la culpabilidad (*Verschulden*) del sujeto por la formación de su carácter o de su personalidad. Algunos exigen al autor «hacerse responsable de lo que es, sin tener en cuenta por qué múltiples causas se ha convertido en lo que es» (63). Otras tesis, sin embargo, construyen una culpabilidad del sujeto por la evolución de su personalidad y de su posición vital, aunque por ello el requisito de la culpabilidad se maneja en parte formalmente, en cuanto que el poder ser de otro modo se contempla como una ficción estatal necesaria (64).

La jurisprudencia moderna, sin embargo, se distancia *expressis verbis* de las teorías de la culpabilidad por el carácter o por la conducción de la vida. El BGH pone de relieve en jurisprudencia constante que hay que partir del principio de culpabilidad por el hecho y no extraer la culpabilidad en la medición de la pena de defectos de carácter que se manifiestan en la conducción de la vida general (65). Consecuentemente, los tribunales de primera instancia son criticados en las modernas decisiones de la jurisprudencia de los tribunales superiores cuando apelan a la conducción de la vida del autor como factor

(62) WELZEL, *ZStW* 60 (1941), 428 ss.; HEINITZ, *ZStW* 63 (1951), 57 ss.; MEZGER, *ZStW* 57 (1938), 675 ss.; el mismo, *ZStW* 60 (1941), 353 ss.; ENGISCH, *Mschrr-Krim* 1967, 108 ss. Una versión particularmente impresionante se encuentra en la monografía de Bockelmann aparecida en 1940 «Studien zum Täterstrafrecht», que, sobre todo, ensalza positivamente la nueva conciencia política que facilita un Derecho penal de la actitud: p. 146.

(63) HEINITZ, *ZStW* 63 (1951), 75; asimismo, el mismo ya *ARWP* 22 (1928/29), 275. La denominación *culpabilidad* por el carácter estrictamente considerada no se ajusta a esta tesis porque conforme a ella también lo no-culpable podría elevar la pena.

(64) Así, BOCKELMANN (nota 62), pp. 150 ss.

(65) Mientras que en *BGHSt*, 51, se admite todavía como posible elemento de medición de la pena el alcoholismo, la conducta licenciosa y la mala fama; la tendencia en sentencias posteriores es restrictiva, cfr. *BGHSt* 5, 124, 131-132; *BGH StV* 1982, 419, 567; *StV* 1983, 332; *StV* 1985, 102; *NSiZ* 1984, 259; *NSiZ* 1986, 494; *NJW* 1988, 1153, 1154; *BGHR* § 46, párr. 2.º, antecedentes 3, 8, 9, 10, 12, 23; *BayObLG NSiZ* 1982, 288.

de medición de la pena (66). Tampoco en la literatura contemporánea se puede encontrar ya defensores de las teorías de la culpabilidad por el carácter o por la conducción de la vida. Con ello falta una conexión consistente entre una concepción personalizada de la culpabilidad y una teoría útil como tesis explicativa.

3. El abismo entre la teoría del delito y la concepción personalizada de la culpabilidad en el Derecho de medición de la pena

a) El abandono de las teorías de la culpabilidad por el carácter y por la conducción de la vida ha de celebrarse, pero debe lamentarse que de ello no se hayan extraído las conclusiones inevitables para la concepción de la culpabilidad en la medición de la pena. En el ámbito de la doctrina desconcierta lo poco que se ha tratado la cuestión del abismo entre la concepción de la culpabilidad en la moderna teoría del delito y la concepción personalizada de la culpabilidad en la medición de la pena (67). En especial llama la atención el vetusto estado de la teoría de la medición de la pena cuando, a pesar de una toma de posición crítica respecto al concepto de culpabilidad orientado a la actitud interna, en la medición de la pena vuelve a recoger sin más la valoración de la actitud interna (68).

b) Se puede objetar a la jurisprudencia que la afirmación de que en la medición de la pena deberían apreciarse siempre las circunstancias personales del autor no convence en su globalidad. Evidentemente, las circunstancias personales son relevantes *en algunas constelaciones* como base de una concepción moderna de la culpabilidad. En tanto se trate de *causas de disminución de la culpabilidad*, las circunstancias vitales personales del autor pueden repercutir en la medida de la pena. Así ocurre, por ejemplo, cuando se dan circunstancias que, aunque no conllevan ninguna atenuación conforme al § 21 StGB, porque no concurre ninguno de los cuadros clínicos psicopatológicos referidos, sí que han influido negativamente en la capacidad de comprender y comportarse. Podría pensarse, acaso, en la procedencia de otro círculo cultural, en procesos de dinámica de grupos o

(66) Véanse las referencias en la nota anterior.

(67) Véase sin embargo también FRISCH, *ZStW* 99 (1987), p. 381 ss.

(68) Especialmente clara es la yuxtaposición de principios incompatibles en BAUMANN/WEBER, *Strafrecht AT*, 9.^a ed., 1985, p. 360, así como CEREZO MIR, *ZStW* 108 (1996), 9 ss.: critica la teoría de la culpabilidad por la actitud interna en la p. 22 y en la página siguiente afirma que la actitud del autor influye en la medida de la culpabilidad.

en estados de excitación. En tales casos entra en consideración, dentro de las consecuencias jurídicas del § 21 StGB, que prevé una disminución del marco y por tanto una disminución importante de la medida de la pena, una eficacia atenuante de la culpabilidad disminuida conforme al § 46 StGB (69). Junto a lo anterior y a pesar de la plena capacidad de comprensión y conducción, también puede trasladarse a la medición de la pena el pensamiento de la inexigibilidad del comportamiento conforme a derecho en determinadas situaciones extremas que inspira el § 35 StGB. Puede haber determinadas constelaciones en las que, sin ser comparables directamente con un peligro actual para la vida, la salud o la libertad no evitable de otro modo, sí está fuertemente limitada la exigibilidad de la conducta conforme a derecho, de modo que se puede partir de una disminución de la culpabilidad y por lo tanto de la pena (70). Es el caso, por ejemplo, de una auténtica situación de necesidad económica del autor, donde, sin embargo, el límite no debe trazarse demasiado abajo si no se quiere devaluar el pensamiento de la «exigibilidad excepcionalmente limitada». Por eso, sólo deberían tenerse en cuenta situaciones de necesidad amenazantes de la existencia, pero no meros empeoramientos graduales del estándar de vida (71).

Las circunstancias personales del autor, como se expuso más arriba, pueden ser relevantes para la medida de la pena al margen de una concepción personalizada de la culpabilidad. Sólo es problemática la formulación de la jurisprudencia de que las circunstancias personales *siempre* tienen que ser incluidas. Como no en todos los casos concurren circunstancias personales que disminuyan la culpabilidad,

(69) Véase sobre socialización desviada BGH StV, 1988, 341; StV, 1997, 183. En BGH NStZ, 1996, 80 se exige además restrictivamente que el ordenamiento jurídico del país de origen debe valorar la conducta como poco grave, en este sentido Tröndle/Fischer (nota 3), § 46, nm. 25 a. Sin embargo, no es convincente, ya que cuando las normas culturales y el ordenamiento jurídico formal difieren, la capacidad de comprensión en duda está más determinada por las primeras. Sobre procesos de dinámica de grupos, BGH StV, 1993, 520; WALTER, *Gs. für Hilde Kaufmann*, 1986, p. 503; STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen* (nota 15), p. 177; SCHÄFER (nota 3), nm. 251; ampliamente (aplicación del § 21) SCHUMACHER, *NJW* 1980, 1880; el mismo, *StV*, 1993, 549; y sobre estados de excitación, BGHSt 16, 360, 362 = JZ, 1962, 253; SK-HORN, StGB, § 213, nm. 3 (mayo 1993); Schönke/Schröder/Eser (nota 3), § 213, nm. 3.

(70) Cfr. sobre la admisión de situaciones de necesidad y de coacción como causa de atenuación de la pena, STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen* (nota 28), p. 175; LK-GRIBBOHM (nota 3), § 46, nm. 182; SCHÖNKE/SCHRÖDER/SREE (nota 3), § 46, nm. 13; SCHÄFER (nota 3), nm. 247; TRÖNDLE/FISCHER (nota 3), § 46, nm. 18.

(71) Véase HÖRNLE (nota 17), pp. 320 ss.

esa afirmación sólo tiene sentido cuando se vincula a una concepción personalizada de la culpabilidad. En la formulación del BGH aquí criticada continúan escondiéndose ideas como las que, por ejemplo, defendía Dreher, según las cuales en cada caso concreto lo importante es la raíz del hecho (72).

También la construcción indiciaria del BGH sobre la relevancia para la medición de la pena de los comportamientos pre y postdelictivos es convincente sólo si se la ve como vestigio de un Derecho penal orientado a la actitud interna. No queda claro cómo pretende el BGH extraer conclusiones sobre el injusto de acción y de resultado del comportamiento postdelictivo (73). Esas conclusiones, más exactamente inferencias, a partir del comportamiento postdelictivo quizás sean posibles en casos extraordinarios en los que la práctica de la prueba sobre el dolo o la conciencia de la antijuridicidad es complicada. Pero, por regla general, la construcción indiciaria sólo tiene sentido cuando descansa sobre la segunda vía de fundamentación y se extraen conclusiones sobre la *actitud interna* del autor hacia el hecho. Esto suscita inevitablemente la pregunta de por qué esta actitud interna debe valorarse adicionalmente al injusto del hecho. A ello no puede responderse sin aludir a un concepto de culpabilidad que incluye la actitud interna personal del autor.

c) De la realidad de la ausencia de defensores de las teorías de la culpabilidad por el carácter o por la conducción de la vida no puede deducirse, sin embargo, que el Derecho de medición de la pena se haya apartado de una concepción anticuada de la culpabilidad. Es más, esos vestigios se siguen pudiendo identificar.

IV. CAUSAS DE LA PERSISTENCIA DE UNA CONCEPCIÓN ANTICUADA DE LA CULPABILIDAD

1. Hay varias explicaciones de la permanencia en el Derecho de medición de la pena de determinados rasgos fundamentales de una concepción anticuada de la culpabilidad. A la perpetuación de tales ideas podría haber contribuido, por un lado, una nada propicia colaboración entre la jurisprudencia y la doctrina de la medición de la pena.

(72) En *Über die gerechte Strafe* (nota 51), p. 85.

(73) FRISCH, *ZStW* 99 (1987), p. 383. Puede considerarse una excepción los efectos reductores del injusto de resultado de la reparación, cfr. HÖRNLE (nota 17), pp. 296 ss.

En la jurisprudencia de la medición de la pena se encuentra un rasgo tradicionalista que se expresa, por ejemplo, en que la judicatura se haya defendido durante décadas frente a los «aleccionamientos científicos» y en que haya visto en la medición de la pena un dominio del juez que conoce en primera instancia (74). Tal posición defensiva frente a las influencias «de fuera» fomenta, a la fuerza, la orientación a esquemas de pensamiento y decisión ya hace tiempo conocidos. Dado el caso, estos se cuestionan superficialmente, como ha ocurrido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con las teorías de la culpabilidad por el carácter o por la conducción de la vida, donde, no obstante, persisten hábitos profundamente enraizados en la valoración. La falta de una formación sistemática en el Derecho de medición de la pena en las universidades y en la formación en prácticas ha facilitado sin duda la impronta especialmente tradicionalista en este ámbito de la administración de justicia. En tanto que la teoría de la medición de la pena bajo la guía de Bruns se había limitado a una forma de proceder inductiva, es decir, a la reproducción y sistematización de la jurisprudencia (75), poco potencial crítico cabía esperar de ese lado. Como agravante hay que añadir, además, que el Derecho de medición de la pena continúa desempeñando un papel marginal en las ciencias penales, concentradas en las cuestiones del hecho punible.

2. Una segunda causa importante del dominio de una concepción personalizada de la culpabilidad radica en las circunstancias de la aprobación del § 46 StGB (§ 13 de la antigua redacción), el precepto legal de la medición de la pena, introducido por primera vez por la 1. StrRG [Primera Ley de reforma del Derecho penal] de 25 de junio de 1969 (76). En la enumeración de los factores de medición de la pena en el § 46, párr. 2.º, inciso 2.º StGB no es difícil identificar la concepción de la culpabilidad orientada a la actitud interna y al carácter que está detrás: el acento descansa sobre factores específicos del autor como móviles y motivos, actitud interna y voluntad, vida anterior, circunstancias personales y económicas. Este establecimiento del centro de gravedad no sorprende si se tiene en cuenta la génesis del § 60 del Proyecto de 1962, que es prácticamente idéntico al actual § 46 StGB. La discusión retomada en la posguerra sobre la introduc-

(74) Véase BRUNS, *Recht der Strafzumessung* (nota 1), p. 2; el mismo, *Neues Strafzumessungsrecht?* (nota 2), pp. 7-8, acerca de las resistencias de la praxis, incluso frente a su teoría esbozada con intención pragmática.

(75) Cit. en nota 2.

(76) BGBl. I, p. 645.

ción largamente proyectada de una regla legal de medición de la pena tuvo lugar en el momento en el que las teorías de la culpabilidad por el carácter o por la conducción de la vida se propagaban todavía con fuerza en la doctrina sobre la medición de la pena. En la gestación del Proyecto de 1962 colaboraron de forma decisiva profesores consagrados de Derecho penal que eran representantes de las teorías de la culpabilidad por la conducción de la vida y para los que, consecuentemente, la apreciación de la personalidad del autor era componente esencial de la valoración de la culpabilidad (77).

Esta continuidad personal tuvo consecuencias materiales. La enumeración de los factores de medición de la pena que típicamente debían tenerse en cuenta, propuesta por Mezger en los años 50 en el origen del Proyecto de 1962, continuaba la línea que ya se defendía desde comienzos de siglo (78). En los proyectos antiguos que no llegaron a ser ley (en los mismos términos que en la propuesta de Mezger, en el proyecto de 1962 y en el § 13 de la antigua redacción del StGB) se iniciaba la enumeración de las circunstancias de la medición de la pena con los móviles, la actitud interna y las circunstancias personales, antes de mencionar hacia el final las consecuencias del hecho. Lamentablemente, los representantes del Proyecto Alternativo a la Parte General del StGB no pudieron evitar el anclaje de la norma de medición de la pena aprobada en 1969 en una concepción personalizada de la culpabilidad esencialmente vetusta. Las objeciones manifestadas en el Proyecto Alternativo frente a factores de medición de la pena como la actitud interna, la contrariedad a deber, la vida anterior y el comportamiento posterior al delito (79) no tuvieron consecuencias. Es probable que el hecho de que una concepción personalizada de la culpabilidad haya encontrado expresión en la ley haya favorecido las tendencias a la inercia de la jurisprudencia y de la doctrina y la falta de disposición para despedirse, definitivamente y con todas las consecuencias, de las teorías de la culpabilidad por el carácter y por la conducción de la vida.

(77) Véanse los informes de MEZGER y BOCKELMANN en *Materialien zur Strafrechtsreform*, vol. I, *Gutachten der Strafrechtslehrer*, 1954, pp. 1 ss. y 29 ss. Para Eberhard Schmidt, como discípulo de Von Liszt, era igualmente evidente que la actitud del autor tenía que desempeñar un papel esencial: el núcleo de la culpabilidad lo constituye la actitud asocial o antisocial del autor, cfr. *Materialien*, pp. 21, 25-26.

(78) Cfr. MEZGER (nota 77), p. 7, con la reproducción del Anteproyecto de 1909 y del Proyecto de la Comisión de 1913 en BRUNS, *Strafzumessungsrecht Allgemeiner Teil*, 1.^a ed., 1967, p. 107.

(79) BAUMANN y otros, *AE-StGB*, 2.^a ed., 1969, fundamentación del § 59, p. 115.

V. PERSPECTIVAS DE FUTURO

1. Ligazón del Derecho de medición de la pena a la teoría del delito también en lo que atañe a la culpabilidad

a) Las objeciones descritas al comienzo, según las cuales el § 46, párr. 1.º, inciso 1.º StGB no puede precisarse adecuadamente y que por eso no puede contraponerse nada a las valoraciones irreflexivas y subjetivas, no están fundamentadas. Con la orientación de la medida de la pena al injusto del hecho se da un primer paso; pero también es decisiva la precisión de los componentes de la culpabilidad. Para ello, la orientación a la moderna teoría del delito vuelve a ser la clave de una teoría adecuada de la medición de la pena. Tampoco en el Derecho de medición de la pena puede haber junto a la plena culpabilidad, concurrente por regla general, una medida graduable hacia arriba de una «culpabilidad personal». Sólo es concebible la gradación hacia abajo. El examen de la culpabilidad tiene que asemejarse, según la metáfora de Horn (80), al uso de un colador. Dado que en el caso normal, sin causas de disminución de la culpabilidad, el peso del hecho se determina exclusivamente por el injusto del hecho, todo el injusto traspasa el «tamiz de la culpabilidad» y cae íntegro en el platillo de la balanza. Por el contrario, si la culpabilidad está disminuida, tiene lugar una criba y no todo el peso del injusto llega a ser eficaz para la medición de la pena. Y al revés, una elevación de la pena como consecuencia del examen de la culpabilidad está excluida, porque no hay circunstancias que incrementen la culpabilidad.

b) La ligazón de las teorías de la medición de la pena y del delito contradice principios básicos de la teoría tradicional, que pretendía escindir la medición de la pena de los presupuestos de la pena (81). Sin embargo, el paralelo con el Derecho de medición de la pena proclamado por parte de la literatura moderna (82) cuenta con buenas razones a su favor. La justificación del criterio de decisión se facilita, si la decisión sobre el «cuánto» de la pena puede remitirse al criterio del «si» de la pena. Por el contrario, una teoría de la medición de la pena

(80) En SK (nota 4), § 46, nm. 41.

(81) BRUNS, *Recht der Strafzumessung* (nota 1), p. 145; el mismo, *Neues Strafzumessungsrecht?* (nota 2), pp. 15 ss.; LK-GRIBBOHM (nota 3), § 46, nm. 5; SCHÄFER (nota 3), nm. 231; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE (nota 3), § 46, nmm. 8-9; TRÖNDLE/FISCHER (nota 3), § 46, nm. 4.

(82) FRISCH, *ZStW* 99 (1987), 386; el mismo, *GA*, 1989, 355-356; el mismo, *140 Jahre GA*, 1993, pp. 1 ss.

que flota libremente tiene que enfrentarse a la cuestión de la posibilidad de legitimar su criterio de decisión, que es más difícil de responder desde una enumeración casuística de los factores de medición de la pena que desde una orientación a la teoría del delito (83). Una concepción personalizada de la culpabilidad debe admitir, además, la crítica de su falta de compatibilidad con las estructuras básicas de las normas jurídico-penales, que prohíben determinadas formas de comportamiento en el mundo exterior. Es difícil fundamentar que en el último estadio de la imposición de normas jurídico-penales deba tener lugar un desplazamiento del peso de estas formas de comportamiento externas a una valoración introspectiva de la personalidad del autor.

A ello se añade que es más complicado desarrollar criterios comprensibles intersubjetivamente y que puedan utilizarse de modo uniforme para la valoración de la personalidad, el carácter o la actitud interna que llegar a un consenso sobre la piedra angular de la valoración del injusto. Con la decisión de situar claramente al injusto del hecho en un primer plano y de limitar la valoración de la culpabilidad a las constelaciones excepcionales de disminución de la misma, se fomenta una medición de la pena previsible y trasladable a la práctica de forma uniforme.

c) Con la puntualización de que el injusto del hecho es normalmente el factor determinante de la medida de la pena, se simplifica la relación entre la culpabilidad en la fundamentación y en la medición de la pena: por regla general, la primera no influye en la segunda, porque concurriendo la plena culpabilidad que fundamenta la pena, carece de importancia para su medición. En el fondo, el concepto de culpabilidad en la medición de la pena es superfluo, aunque pertenezca a la nomenclatura usual; lo mismo cabe decir de la expresión «pena adecuada a la culpabilidad». Sería preferible hablar sólo de «injusto culpable del hecho» o de la «pena adecuada al injusto y a la culpabilidad». Así podrían evitarse las confusiones y vaguedades que surgen de que es poco más o menos que imposible una medición de la pena basada en la cuantificación de la culpabilidad que sea racional o intersubjetivamente comprobable.

2. Obstáculos de *lege lata* a una orientación al injusto del hecho culpable

a) El tenor literal del § 46, párr. 1.º, inciso 1.º no se opone de *lege lata* a una posición central del injusto. En el uso general del lenguaje

(83) FRISCH, 140 Jahre GA, 1993, p. 23.

se emplea la palabra «culpabilidad» también en un sentido amplio, incluyendo el juicio de injusto. Así se expresa en la fórmula «X se ha hecho culpable de un delito conforme al §...» (84). No obstante, las consideraciones anteriores (IV 2) sobre la desafortunada historia, desde la perspectiva actual, del origen del § 46, párr. 2.º, inciso 2.º StGB podrían sugerir que a causa de la enumeración legal de los factores de medición de la pena que deben tenerse en cuenta es imposible un abandono completo de una concepción personalizada de la culpabilidad. Tal conclusión, sin embargo, no es obligatoria. Para casi todos los factores allí mencionados existe un ámbito de aplicación también al margen de una concepción personalizada de la culpabilidad. Las circunstancias enunciadas en el § 46, párr. 2.º, inciso 2.º pueden ser relevantes o para la medida del injusto o en forma de causas de disminución de la culpabilidad. Esto es evidente para la circunstancia del modo de ejecución, que determina el injusto de acción, así como para los efectos culpables del hecho, que integran el injusto de resultado. Pero tampoco las otras circunstancias carecen de significado: los *móviles y fines* del autor pueden traducirse en una disminución de la culpabilidad, así como su *vida anterior* o las *circunstancias personales y económicas* (por ejemplo, la conducta por coacción de grupo ya mencionada o por una situación de necesidad amenazadora de la existencia, véase III 3 b). La *voluntad* empleada en el hecho también puede abarcarse, porque las graduaciones de la intensidad del dolo influyen en el injusto de acción (85). El grado de *infracción del deber* es decisivo para la medición de la pena en los delitos imprudentes.

Sólo para la *actitud* del autor es imposible encontrar un campo de aplicación convincente en una medición de la pena orientada consecuentemente al injusto culpable. Pero no representa un problema insuperable, porque, así y todo, con las palabras «entre éstas han de considerarse» («*dabei kommen namentlich in Betracht*») el legislador sólo ha establecido una vinculación débil. Con tal formulación débil no cabe esperar del operador jurídico que tenga que aplicar en todos los casos los factores enumerados de medición de la pena. Tampoco puede esperarse que exista un deber de fundamentar el que se ignore un factor. Tal deber de fundamentación se da cuando se emplea la técnica de los ejemplos-regla (*), que faculta sólo limitadamente al juez que conoce en primera instancia a no aplicar el marco penal superior

(84) ERHARD (nota 1), pp. 150-151.

(85) Cfr. HÖRNLE (nota 17), pp. 260 ss.

(*) La técnica de los ejemplos-regla (*Regelbeispielstechnik*) designa un método de tipificación que vincula la posibilidad de apreciar un caso especialmente grave y elevar la pena a la concurrencia de una circunstancia o circunstancias como las des-

a pesar de la concurrencia de un ejemplo-regla (86). Pero, en comparación con «por regla general existe» («*liegt in der Regel vor*»), «entre éstas han de considerarse» («*kommt namentlich in Betracht*») es una formulación mucho más indeterminada.

b) Un problema de *lege lata* para una medición de la pena determinada por el injusto radica, sin duda, en otra acentuación legislativa de los motivos subjetivos del hecho. En distintos tipos se encuentran los llamados *elementos de la actitud interna* (*Gesinnungsmerkmale*), que hacen de una determinada actitud interna del autor un requisito de la punibilidad (87). Por ejemplo, en los §§ 90a, 130, párr. 1.º, núm. 2, párr. 2.º, núm. 1, 225, párr. 1.º StGB (*) se exige una conducta maliciosa (*böswillig*). El tipo del asesinato vincula la importante agravación de la pena en comparación con el homicidio, en parte exclusivamente, a la situación de motivación del autor, como en los elementos del asesinato del primer y tercer grupo del § 211, párr. 2.º StGB (**) (88). Una negativa estricta de la inclusión de la actitud

critas ejemplificativamente en el tipo. Tal vinculación, sin embargo, no es definitiva, porque sólo «por regla general» se da esa gravedad que justifica la imposición de una pena superior, de modo que en última instancia es el juez quien decide, pudiendo rechazar la agravación en casos en los que se da el ejemplo legal y apreciarla en casos en los que no se presenta el ejemplo agravatorio. También se ha traducido el término «Regelbeispielstechnik» como «técnica de ejemplos regulares» (Muñoz Conde, en HASSEMER, *Fundamentos del Derecho Penal, Barcelona*, 1984, p. 318 y s.) o «técnica de ejemplos reglados» (Manzanares Samaniego en JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Granada, 1993, pp. 245, 786 y *passim*), pero me inclino por la mencionada de «técnica de los ejemplos-regla», que es asimismo la que emplea Luzón Peña, en ROXIN, *Curso de Derecho Penal. Parte general*, Madrid, 1997, § 9, nm. 15; § 10, nmm. 118 y 133; §12, nmm. 127y 128 [N. del T].

(86) Cfr. SCHÄFER (nota 3), nmm. 442-443; TRÖNDLE/FISCHER (nota 3), nmm. 43 b, 44; críticos con el empleo de la técnica de los ejemplos-regla FREUND, *ZStW*, 108 (1997), 470 ss.; CALLIES, *NJW*, 1998, 929 ss.

(87) Cfr. sobre esta categoría, SCHMIDHÄUSER, *Gessinnungsmerkmale im Strafrecht*, 1958; ROXIN (nota 28), § 10, nmm. 78-79; JESCHECK/WEIGEND (nota 4), pp. 472-473; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER (nota 3), comentario previo al § 13, nm. 122.

(*) El §90a castiga el ultraje al Estado o sus símbolos; el § 130, párr. 1.º, nota 2, párr. 2.º, nota 1, la agitación xenófoba; y el § 225, párr. 1.º el maltrato a sujetos indefensos por parte de aquellos encargados de su cuidado [N. del T.].

(**) § 211 Asesinato. 1. El asesino será castigado con pena privativa de libertad de por vida.

2. Asesino es quien mata una persona por instintos sanguinarios, para satisfacer el instinto sexual, por codicia o por otros móviles abyectos, alevosa o cruelmente o con medios generadores de peligro colectivo o para posibilitar o encubrir otro delito. [N. del T.]

(88) Los elementos del asesinato del segundo grupo, por el contrario, son compatibles con una configuración de la medida de la pena orientada al injusto, porque

interna en la medición judicial de la pena podría parecer inconsistente si, al menos en algunos casos, la elección legislativa de la cuantía de la pena se vincula precisamente a ese elemento. Sin embargo, no todos los elementos de la actitud interna son problemáticos, porque a algunos de ellos sólo les corresponde una función de *limitación de la punibilidad*, no de elevación de la pena. Así ocurre con el mencionado elemento del tipo «maliciosamente». Las formas de conducta descritas en los tipos correspondientes están concebidas ampliamente, y por eso necesitan una limitación. Como ejemplo puede señalarse el § 225 StGB: en el cuidado cotidiano y prolongado de niños o de otras personas necesitadas de asistencia no es tan raro un descuido puntual, esporádico en los deberes propios de tal situación. El adverbio «maliciosamente» tiene la función de seleccionar entre tales lesiones del deber las más graves y por tanto realmente merecedoras de pena (89). Distinto es lo que ocurre con los móviles en el tipo de asesinato. Aquí, la conducta básica, es decir, matar dolosamente, ya es punible como homicidio (§ 212 StGB). A los móviles del primer y tercer grupo del § 211 StGB no les corresponde la función de extraer formas de comportamiento del ámbito de la punibilidad, sino la de agravar la pena para conductas ya punibles.

En tanto no se admitan factores de medición de la pena que eleven la culpabilidad, la agravación de la pena prevista por el legislador en el § 211, párr. 2.º, grupos 1.º y 3.º StGB va a ser problemática. Parte de la doctrina ha intentado suavizar la cuestión evaluando los móviles del § 211 StGB como *incrementos del injusto* (90). Como no hay lími-

los dolores de la víctima en una comisión cruel del hecho aumentan el injusto de resultado, y la puesta en peligro abstracta de un tercero por el empleo de medios generadores de peligro colectivo, cuando menos, incrementa el injusto de acción. La jurisprudencia exige además de matar cruelmente una «actitud insensible, despiadada» del autor (BGHSr 3, 180; BGH NSrZ 1982, 379, lo que, por cierto, carece de importancia si la actitud insensible se infiere sin más del conocimiento de los dolores, cfr. BGH NSrZ 1982, 379; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER [nota 3], § 211, nm. 27). Pero del tenor literal no resulta la relevancia de la actitud, es posible una interpretación referida exclusivamente al injusto de resultado. También respecto a la alevosía se da una referencia al injusto de acción, ya que una limitación de las posibilidades de defensa de la víctima aumenta el injusto.

(89) Desde la perspectiva aquí adoptada sería preferible la limitación a las lesiones de deber especialmente graves desde una perspectiva *objetiva*. No obstante, esto no modifica la argumentación sobre la función de exclusión del elemento «maliciosamente». Cfr. también NIEDERMAIR, ZStW, 106 (1994), 393 ss., quien, sin embargo, no parte de la falta de merecimiento de pena sino de la falta de necesidad de pena, por lo tanto, de que en el caso de conductas no malintencionadas no es necesaria una pena por razones de prevención general y especial.

(90) SK-HORN (nota 69), § 211, nm. 3; JAKOBS (nota 4), 6/97, 8/94 ss.

tes a la valoración del injusto hacia arriba, esta solución parece, a primera vista, la adecuada para resolver las contradicciones entre el § 211 StGB y un modelo moderno de medición de la pena. Pero el precio que hay que pagar para lograr esa consistencia sistemática es muy alto, porque con la hipótesis de móviles que incrementan el injusto hay que tener cuidado. Para una teoría precisa de la medición de la pena es necesario dotar de perfiles claros al concepto de injusto, ya que sólo así puede decidirse qué circunstancias elevan realmente el injusto y en cuáles una agravación de la pena se basa sólo en una desvaloración del autor determinada subjetivamente o en deseos irreflexivos de intimidación. Para precisar el injusto es necesaria, sobre todo, una delimitación lo bastante precisa respecto a la culpabilidad (91). Si se toma para la definición del injusto el punto de partida de la «lesividad social determinada desde la perspectiva de la víctima» (92), es imprescindible una referencia al mundo exterior. Las circunstancias que agravan el injusto deben haber repercutido negativamente en la situación de la víctima (o de un tercero, por ejemplo en el empleo de medios generadores de peligro colectivo) antes o durante la comisión del hecho. No tiene que haber sido necesariamente un menoscabo actual de la concreta víctima afectada: también formas de comportamiento no percibidas por la víctima (por ejemplo, espiar sus costumbres vitales) o puestas en peligro abstractas son suficientes. Pero lo puramente interno al autor, lo que no ha cristalizado en concretas formas de comportamiento, carece de la plasmación necesaria en el mundo exterior. Conforme a tales criterios, los móviles del autor sólo pueden agravar el injusto si se exteriorizan. La simple presencia de «móviles abyectos» no puede suponer una agravación del injusto mientras no hayan cristalizado en una lesión adicional o una denigración de la víctima (que puede ser el caso, por ejemplo, de matar para satisfacer el instinto sexual o por odio racial).

Por lo tanto, es del todo consecuente que los elementos del asesinato del primer y tercer grupo sean clasificados en la literatura como elementos de la actitud interna que incrementan la culpabilidad. El tipo de asesinato no es compatible de *lege lata* con la premisa de que por encima de la plena culpabilidad no se puede tener en cuenta adicionalmente un incremento de la culpabilidad (93). Esta contradicción no debería resolverse de forma que del § 211 se tengan que

(91) Cfr. al respecto HÖRNLE (nota 17), pp. 215 ss.

(92) SCHÜNEMANN (nota 23), p. 160.

(93) Cfr. SCHMIDHÄUSER (nota 87), pp. 193 ss., 223 ss.; ROXIN (nota 28), § 10, nm. 82; Jescheck/Weigend (nota 4.), p. 473.

deducir las estructuras del Derecho general de medición de la pena (94). En su lugar hay que seguir el camino contrario: es de un modelo de medición de la pena correspondiente a los principios fundamentales de la teoría del delito de donde deben extraerse las inferencias para la configuración de un tipo que agrave la pena. En este sentido hay que esperar que el legislador emprenda la necesaria depuración en el tipo de asesinato de ideas características de un Derecho penal de autor, como ya se exigió en 1980 en las 53^a Jornadas de juristas alemanes (95).

(94) Así, por ejemplo, lo propone GRASNICK (nota 10), pp. 231 ss.

(95) DJT-Sitzungsbericht, M 164.

