



# EGUZKILORE

(Flor protectora contra las fuerzas negativas)

Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología  
San Sebastián, N.º 9 - 1995.

• <b>Antonio Beristain.</b> Presentación - Aurkezpena .....	7
• <b>Hans-Jürgen Bartsch.</b> Política criminal contemporánea. Perspectivas europeas .....	9
• <b>Thilo Firchow.</b> Elementos de presentación del sistema legal de protección de la infancia en Francia .....	17
• <b>Hans-Heinrich Jescheck.</b> El principio de culpabilidad como fundamento y límite de la punibilidad .....	25
• <b>Luis Murugarren.</b> Historia de las cárceles donostiarras .....	39
• <b>Luciano Tavazza.</b> El Voluntariado penitenciario en Italia .....	75
• <b>Naciones Unidas.</b> Informe sobre las víctimas del crimen y de abuso de poder .....	83
<b>Manifiesto de Nuremberg</b> .....	93

## **CURSO DE VERANO: "Eutanasia y Criminología: hoy y mañana"**

• <b>Juana Teresa Betancor.</b> El testamento vital .....	97
• <b>José Luis Díez Ripollés.</b> Eutanasia y Derecho .....	113
• <b>José Antonio García-Andrade.</b> La relación médico-enfermo .. Eutanasia y Criminalidad .....	141 153
• <b>Anton M. van Kalmthout.</b> Eutanasia: el ejemplo holandés .....	163
• <b>Ignacio Muñagorri.</b> Negatividad social de la muerte voluntaria .....	195
• <b>Antonio Beristain e Isabel Germán.</b> Preguntas y opiniones acerca del morir con dignidad .....	203
• <b>José Cruz Larrañaga y Luis M<sup>a</sup> Barandiaran.</b> ¿Nuevos horizontes de la eutanasia activa? (Comentario a la encuesta) .....	211

II Promoción de Master y VIII de Criminólogos .....	219
Nombramiento de Miembros de Honor a J.A. Cuerda y J. Pinatel ..	223
Memoria del IVAC-KREI .....	229

EGUZKILORE

Número 9.  
San Sebastián  
Diciembre 1995  
25 - 38

## EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD COMO FUNDAMENTO Y LÍMITE DE LA PUNIBILIDAD EN EL DERECHO ALEMÁN Y ESPAÑOL

Hans-Heinrich JESCHECK

*Presidente honorario de la Asociación  
Internacional de Derecho Penal  
Director Emérito del Instituto Max-Planck  
de Derecho Penal Extranjero e Internacional.  
Friburgo de Brisgovia*

**Resumen:** Partiendo de una delimitación del principio de culpabilidad se estudia este concepto en el Derecho comparado, analizando su sentido y los requisitos reales de la culpabilidad. A continuación se exponen las diferentes formas de manifestación de este principio así como su tratamiento en el Derecho penal alemán en comparación con el Derecho penal español.

**Laburpena:** Erruduntasun printzipioaren mugapen batetik abiatuz, aipatutako kontzeptua Zuzenbide konparatuan aztertu egiten da, bere sentzua eta erruduntasunaren egiazko betekizunak ikertuz. Segidan adierazten dira oinarri honen erakusteko era desberdinak eta bere tratamendua alemaniar Zuzenbide penalean, espainiar Zuzenbide penalarekin konparatuz.

**Résumé:** En partant d'une délimitation du principe de culpabilité on étudie ce concept dans le Droit comparé, en analysant son sens et les requis réels de la culpabilité. Ensuite, on explique les différentes formes de manifestation de ce principe ainsi que son traitement dans le Droit pénal allemand par rapport à le Droit pénal espagnol.

**Summary:** Starting from a delimitation of the culpability principle it is studied this concept in comparative Law, in the same way its meaning and the real requirements of the culpability are analysed. Likewise different manifestation forms of this principle are expounded as well as its treatment in german criminal Law compared with spanish criminal Law.

**Palabras clave:** Principio de culpabilidad, Punibilidad, Derecho penal alemán, Derecho penal español.

**Hitzik garrantzizkoenak:** Erruduntasun printzipioa, Zehagarritasun, Alemaniar Zuzenbide penala, Espainiar Zuzenbide penala.

**Mots clef:** Principe de culpabilité, Penalité, Droit pénal allemand, Droit pénal espagnol.

**Key words:** Culpability principle, Punishment, German criminal Law, Spanish criminal Law.

## I. LA IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL DERECHO PENAL MODERNO

### I.1. El principio de culpabilidad. Concepto

Todo Estado que organiza su Derecho Penal con base en principios modernos se enfrenta a la tarea de establecer los requisitos y límites de la responsabilidad individual por conductas antijurídicas, amenazadas con pena. El legislador que quiera ligar la imputación penal con la calidad moral de la conducta humana colocará el principio de culpabilidad como base de la responsabilidad individual<sup>1</sup>.

El principio de culpabilidad supone que la pena sólo puede estar basada en la constatación judicial de que el hecho puede reprocharse personalmente al autor. De dicho principio resulta, por un lado, que la pena requiera indispensablemente la existencia de culpabilidad, de manera que quien actúa sin culpabilidad resulta impune (culpabilidad como base de la punibilidad) y, por otro lado, que la pena no deba resultar desproporcionada en relación con la culpabilidad (culpabilidad como límite de la punibilidad)<sup>2</sup>. La reprochabilidad de una infracción punible supone en los hechos dolosos que los motivos que llevaron al autor a realizar una acción antijurídica deben valorarse negativamente. En los hechos imprudentes indica que no se ha actuado con la diligencia objetiva que el ordenamiento requiere en una situación dada, aunque el sujeto lo habría podido hacer, a la vista de las circunstancias y de sus aptitudes personales. En cuanto a la determinación de la pena, el principio de culpabilidad supone que la misma debe ser, en calidad y cantidad, proporcional a la culpabilidad del autor; además deben tenerse en cuenta, junto con la culpabilidad, otras circunstancias tales como los efectos de la pena en la posterior integración del autor en la sociedad (prevención especial) o la repercusión que la pena produce en la colectividad (prevención general).

### I.2. El principio de culpabilidad en el Derecho comparado

A partir de la segunda mitad del presente siglo, con ocasión de la reforma de sus respectivos Derechos penales, varios Estados europeos han tomado como base el principio de culpabilidad para la regulación de la responsabilidad individual del autor por los delitos cometidos. Esta coincidencia en nuestro entorno cultural es aún más destacable, cuando no hace mucho, en pleno optimismo de la idea del tratamiento<sup>3</sup>, entretanto abandonado, prevalecía el axioma contrario: el autor recibe como pena, no lo que merece por su culpabilidad, sino lo que se requiera para su reinserción en la sociedad. Esta regla carece hoy en día de validez. Así, el principio de culpabilidad fue reconocido por la Constitución de la República Federal de

---

1. Fundamentalmente Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, 2ª ed., 1976.

2. En este sentido Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts. Allg. Teil*, 4ª ed., 1988, pp. 18 s.

3. Al respecto Inkeri Antila, "Conservative and Radical Criminal Policy in the Nordic Countries", *Scandinavian Studies in Criminology*, vol. 3, 1971, pp. 9 ss.; Lathi, "Zur Entwicklung der Kriminalpolitik in Finnland", en *Festschrift für H.-H. Jescheck*, vol. II, 1985, pp. 876 ss.; Jescheck, "Die Krise der Kriminalpolitik", *ZStW* 91 (1979), pp. 1037 ss.

Alemania<sup>4</sup> y se plasmó en la impunidad del error de prohibición invencible (par. 17, Código penal alemán [StGB]); en el precepto que regula que la culpabilidad es la base para la determinación de la pena (par. 46,1, s.1 StGB) y en otras disposiciones. El nuevo StGB austríaco recoge de manera expresa el principio de culpabilidad en el par. 4<sup>5</sup>, igualmente incluye la impunidad del error invencible de prohibición (par. 9) y los principios formales de determinación de la pena (par. 32,1). Lo mismo rige en Suiza. Aquí el principio de culpabilidad domina la determinación de la pena conforme al art. 63 C.p.<sup>6</sup> y en el art. 20 se establece el beneficio del autor en caso de existencia de motivos suficientes para el error de prohibición. Respecto de este último precepto, Hans Schultz, en el art.23 de su anteproyecto de revisión de la parte general del Código penal suizo de 1987<sup>7</sup>, elevó dicho error a la categoría de causa plena de exclusión de culpabilidad, pero el derecho vigente contempla el error de prohibición excusable en el marco de la dispensa de pena. No debe olvidarse, en el ámbito de la lengua alemana, el nuevo Código penal de Liechtenstein de 1987, que como el austríaco y coincidiendo literalmente en los par. 4 (Disposición general)<sup>8</sup>, 9 (error de prohibición) y 32,1 (determinación de la pena) reconoce el principio de culpabilidad. En Italia se considera el mandato del art. 27,1 de la Constitución “La responsabilità penale è personale” como reconocimiento del principio de culpabilidad<sup>9</sup>. Sobre esa base, el Tribunal Constitucional, en el año 1988, sustituyó en el art. 5 del Código penal el axioma tradicional de “ignorantia juris criminalis nocet”, por la no punibilidad del error de prohibición excusable<sup>10</sup>. En el Código penal español el error invencible de prohibición es, desde 1983, conforme al art. 6 bis a) 3, impune, y el error de prohibición vencible una causa obligatoria de atenuación de la responsabilidad criminal<sup>11</sup>. Además el art. 1,2 del citado texto legal excluye de manera programática la responsabilidad objetiva. El nuevo Código penal portugués de 1982 regula la impunidad del error de prohibición excusable en el art. 17,1 y establece en el art. 72,2-a) que, para la determinación de la pena, deben tenerse en cuenta los motivos y fines del autor, por lo que se reconoce, así, un contenido nuclear del principio de culpabilidad. En Suecia, tras introducir un precepto en 1988 en el capítulo 29, art. 1 del Código penal, para la

4. BVerfGE 20, 323 (331); 28, 386 (390); 50, 386 (391); BGHSt 2, 194 (200); 10, 259 (262 s.); Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz*, 1976, Rdn. 32.

5. *Wiener Kommentar* (Nowakowski), 1984, par. 4 Rdn. 1.

6. Trechsel, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Kurzkommentar*, Vor Art. 63, Rdn. 10.

7. Schultz, *Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches “Einführung und Anwendung des Gesetzes” des Schweizerischen Strafgesetzbuches*, 1987, p. 49.

8. Stotter, *Das neue liechtensteinische Strafgesetzbuch*, 1988 (Comentarios de la propuesta del Gobierno).

9. Alessandri, *Commentario della Costituzione*, 1989, pp. 14 ss.

10. Cfr. Jescheck, “L’errore di diritto penale tedesco e italiano”, *Indice penale*, 1988, pp. 185 ss.

11. Cfr. Cerezo Mir, “Die Regelung des Verbotsirrtums im spanischen Strafgesetzbuch”, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 473 ss.

elección y determinación de la pena, es determinante el “valor penal” del hecho, es decir, su dañosidad y reprobabilidad y, con ello, también la culpabilidad del autor y no ya su necesidad de resocialización. En la práctica se tiene en cuenta el error de prohibición excusable que lleva a la absolución, lo que implica también un reconocimiento del principio de culpabilidad<sup>12</sup>.

Existen en algunas legislaciones ejemplos contrarios a los anteriores. Así, cabe mencionar en el Derecho inglés y en el estadounidense las disposiciones sobre “strict liability”<sup>13</sup> y en el Derecho francés los “délits purement matériels”<sup>14</sup> o “contraventionnels”, casos de pura responsabilidad objetiva. En el mismo sentido, la regla “il n’y a point de contravention en cas de force majeure” (art. 121-3, 3), del proyecto de nuevo Código penal francés de 1986, debe contemplarse como una ampliación de la responsabilidad objetiva hasta el límite de la fuerza mayor, al menos en el campo de las faltas.

También en la dogmática penal nos encontramos en Alemania con una pujante corriente doctrinal que cree poder prescindir del principio de culpabilidad. Según esta teoría, en un Derecho Penal funcional, consecuente hasta el final, no hay sitio para el principio de culpabilidad y éste debe ser sustituido por, o al menos reconducido hacia, la necesidad preventivo-general de pena<sup>15</sup>. Los presupuestos de la punibilidad y la medida de la pena no se establecen en este sistema por el tipo y grado de culpabilidad del autor, sino por la pena que deba ser impuesta desde el punto de vista del mantenimiento de la confianza de la población en el Derecho y del orden público. Por tanto, el error de prohibición podría ser sancionado como en el Derecho francés vigente, sin tener en cuenta la culpabilidad del autor, dado que el rígido axioma “nul n’est censé ignorer la loi”, recomendado por la más alta instancia francesa para su inclusión en el futuro Código penal<sup>16</sup>, asegura mejor la prevención general que la consideración del error de prohibición, que no pocos recomiendan eliminar. El principio de la ideología del tratamiento recibe hoy, con la teoría de la prevención general, una reformulación: “No se trata de determinar lo que se merezca el delincuente según la opinión general, sino lo que se precisa para

---

12. Thornstedt, “Der Rechtsirrtum im schwedischen Strafrecht”, *Festschrift für H.-H. Jescheck*, vol. 1, 1985, p. 512.

13. Bähr, *Strafbarkeit ohne Verschulden (Strict Liability) im Strafrecht der USA*, 1974.

14. Merle/Vitu, *Traité de droit criminel*, vol. 1, 6<sup>o</sup> ed., 1984, pp. 721 s.

15. Asi Jakobs, *Strafrecht. Allg. Teil*, 1983, pp. 394 ss.; Achenbach, “Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld”, en: Schünemann (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 150. En contra de la doctrina dominante cfr. Hirsch, “Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel”, en: *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahrfeier der Universität zu Köln*, 1988, pp. 417 s.; Jescheck (nota 2), p. 194; Roxin, “Was bleibt man von der Schuld im Strafrecht übrig?”, *SchwZStr*, 104 (1987), pp. 365 ss.; Schild, *Alternativ-Kommentar StGB*, vol. 1, 1990, par. 20-21 Rdn. 73. Para un principio de culpabilidad entendido funcionalmente sin conexión socio-ética Hassemer, “Alternativen zum Schuldprinzip?”, en: Baumgartner/Eser, *Schuld und Verantwortung*, 1983, p. 107; Streng, “Schuld, Vergeltung, Generalprävention”, *ZStW* 92 (1980), p. 679 s.

16. Según el anterior Ministro de Justicia francés Robert Badinter en: *Projet de Nouveau Code Pénal*, 1988, p. 45.

el mantenimiento de la confianza”<sup>17</sup>, lo cual puede ser muy injusto para el autor, cuando esa medida se aplica contra él por un poder autoritario.

### I.3. Defensa del principio de culpabilidad

A pesar de lo dicho, los ejemplos de un Derecho Penal sin un principio de culpabilidad pueden carecer de suficiente fuerza. Los casos de “délits purement matériels” del Derecho francés se refieren a contadas excepciones en el campo de la criminalidad de bagatela, donde cabría aceptar la falta del principio de culpabilidad y la determinación del fundamento y límite de la punibilidad con base en las exigencias de prevención general. Las decisiones sobre “strict liability” en el Derecho americano, en la medida en que hay casos que sobrepasan las “public welfare offences”, no son compatibles con el sentimiento jurídico. La sustitución de la idea de culpabilidad por la de la necesidad preventivo-general de pena no es aceptable, al menos en el ámbito nuclear del Derecho Penal, dado que se perdería el necesario punto de conexión entre la medición y determinación de la pena y las categorías generalmente vinculantes de la ética social. Culpabilidad y prevención general pertenecen a dimensiones distintas y tienen significados independientes, por lo que la una no puede englobar a la otra. En la culpabilidad se trata de determinar si se pueden reprochar personalmente y de qué manera los hechos al autor (merecimiento de pena). En la prevención general se trata de determinar si es necesaria y en qué grado una sanción penal contra el autor de una conducta antijurídica y culpable, para preservar la confianza de la colectividad en aquél y el sentimiento de seguridad jurídica (necesidad de pena). La pena, que sirve de puente entre ambas, no puede considerarse como una medida coactiva de valor neutro, sino como un juicio de desvalor ético-social y, por tanto, una censura pública al autor por su delito culpablemente cometido. El principio de culpabilidad sirve también como una protección necesaria del ciudadano contra cualquier exceso en la intervención represiva del Estado y se preocupa de que la pena quede limitada estrictamente a conductas que merecen un juicio de desvalor ético-social<sup>18</sup>. Si (y en qué medida) puede efectivamente alcanzarse un efecto preventivo mediante una sanción ligada al principio de culpabilidad, es algo que ignoramos porque aún faltan ampliamente investigaciones empíricas<sup>19</sup>. Sin embargo, dice mucho a su favor el que el cumplimiento justo y ponderado de la función represiva del Estado, es decir, el orientado al cumplimiento del principio de culpabilidad, pueda ser el medio más apropiado para establecer unos mismos baremos de comportamiento, tanto para la colectividad como para el autor, que sirvan para la paz jurídica general y que permitan produ-

---

17. En este sentido Jakobs, *Schuld und Prävention*, 1976, p. 33. En sentido opuesto, Arthur Kaufmann, “Das Problem der Schuld in strafrechtlich-rechtsphilosophischer Sicht”, en: Köpcke-Duttler, *Schuld-Strafe-Versöhnung*, 1990, pp. 44 s.

18. Sobre la función de protección del principio de culpabilidad Hart, *Punishment and Responsibility*, 1968, p. 44.

19. Al respecto cfr. Schöch, “Empirische Grundlagen der Generalprävention”, *Festschrift für H.-H. Jescheck*, vol. II, 1985, pp. 1081 ss.

cir una acción preventiva eficaz del crimen<sup>20</sup>. De esta manera, cabe esperar, incluso en el Derecho Penal moderno orientado hacia la prevención, que la pena proporcionada a la culpabilidad consiga ser un medio eficaz para la prevención general y especial<sup>21</sup>; las categorías morales se comprenden mejor tanto por la población general como por el propio autor y se consideran vinculantes, pues todos juzgamos y actuamos en la vida cotidiana conforme a esas categorías.

#### 1.4. El sentido del principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad queda ligado, por tanto, a representaciones morales elementales acerca de la responsabilidad de los seres humanos, que se mantienen vivas en la población. La idea de la responsabilidad del sujeto adulto y mentalmente sano es una realidad incuestionable de nuestra conciencia social y moral. Generalmente, se asume la certeza de la libertad como presupuesto de los propios actos y se espera también una actuación libre por parte del resto de las personas. De la misma forma, se da también por supuesta la responsabilidad de todos los seres humanos frente al resto de los miembros de la colectividad. Así queda también ligado el principio de culpabilidad con la autovaloración de las personas de sus actos y omisiones. El sentimiento de libertad de decisión y la conciencia de la responsabilidad por los propios actos está inserta en el fuero interno de cada persona y, por eso, lo comprenden todos, cuando se les hace responsables con base en el principio de culpabilidad. Éste es al mismo tiempo una importante protección para todos. Nadie puede ser responsable penalmente sin culpabilidad y sólo es posible sancionar en el marco de la culpabilidad.

#### 1.5. Los requisitos reales de la culpabilidad

La conducta humana, de cuya libertad parte el principio de culpabilidad, no queda ciertamente determinada por las exigencias de las leyes y normas consuetudinarias existentes. El espectro de posibilidades de que dispone la persona en el momento de la decisión se ve reducido por un sinnúmero de factores causales, como son los siguientes: edad, sexo, origen, vivencias, enfermedades, educación, temperamento, disposición de ánimo, cansancio, excitación, afectos, e incluso mentalidad popular y efectos del paisaje o del clima. No cabe imaginar una sentencia judicial que tenga en cuenta todos y cada uno de los elementos que puedan haber influido en la

---

20. Se reconoce la llamada prevención general de "integración"; vid. Roxin, "Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht", *Festschrift für P. Bockelmann*, 1979, pp. 304 ss.; Schönemann, "Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht", en: Schönemann (ed.) (nota 15) p. 179; Id., "Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung", en: Eser/Cornils (eds.), *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik*, 1987, p. 219. Sobre la legitimación y eficacia de la prevención general pero de carácter "disuasorio" Andenaes, *Punishment and Deterrence*, 1974, pp. 129 ss.

21. Especialmente Gallas, "Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs", *ZStW* 80 (1968), p. 3; *BGHSt* 24, 40 (42). Sobre Finlandia Lappi-Seppälä, *Penal Policy and Sentencing Theory in Finland* (manuscrito), p. 3.

formación de la voluntad del autor. Pero la imposibilidad de una justicia absoluta no conlleva el rechazo de las posibilidades y el valor de una justicia relativa, para cuya realización el principio de culpabilidad resulta lo más adecuado, dado que todos aplican y entienden este baremo. En la práctica, sólo el principio de culpabilidad puede servir de fundamento al Derecho Penal, porque las penas que no se consideran merecidas, no pueden ejercer una influencia positiva, ni sobre el condenado, ni sobre la colectividad y, por tanto, no pueden lograr ni la prevención general ni la especial. En la práctica judicial sólo el principio de culpabilidad puede aplicarse como principio de medición de las penas, en cuanto que obliga a la sentencia judicial a fijarse básicamente en los hechos y no incluye en el proceso penal la completa historia vital del acusado.

## II. LAS FORMAS DE MANIFESTACIÓN DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Para comprender bien el significado del principio de culpabilidad respecto de un precepto particular de la parte general, conviene tener presentes sus diferentes expresiones. Por la función en la que opera cabe distinguir tres planos en el principio de culpabilidad: culpabilidad procesal (*prozessuale Schuld*), culpabilidad fundamentadora de la pena (*Strafbegründungsschuld*) y culpabilidad en la determinación y medición de la pena (*Strafbemessungsschuld*). La *culpabilidad procesal* se basa en la autoría del acusado y en la existencia de todos los elementos objetivos y subjetivos del hecho recogidos legalmente como presupuestos para la punibilidad apreciable a través del fallo judicial condenatorio; en suma, se trata de la condición básica procesal de una condena en el marco del proceso penal. La posibilidad de la constatación de la inocencia del autor, o la imposibilidad de probar su culpa, queda garantizada por la presunción de inocencia<sup>22</sup>, la prohibición de penas por mera sospecha y el principio fundamental "in dubio pro reo". Este apartado del principio de culpabilidad quedará aquí al margen, en cuanto perteneciente al Derecho Procesal Penal. La *culpabilidad fundamentadora de la pena* comprende la totalidad de los presupuestos jurídicos que fundamentan, restringen o excluyen la responsabilidad individual del autor de un comportamiento antijurídico y amenazado con pena. La *culpabilidad en la determinación de la pena*<sup>23</sup> consiste en la totalidad de presupuestos subjetivos de la punibilidad y en la responsabilidad del autor por el injusto culpable cometido por el autor, así como por su comportamiento previo y posterior al hecho, junto con el conjunto de los factores de los que se deriva el grado de reprochabilidad del hecho cara a la determinación de la pena.

---

22. Sobre su significado Kühl, *Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung*, 1983, pp. 77 s.

23. Sobre este concepto Achenbach, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, 1972, pp. 2 ss.; Bruns, *Das Recht der Strafzumessung*, 2ª ed., 1985, pp. 144 ss.; Frisch, "Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik", *ZStW* 99 (1987), pp. 380 ss.; Pallin, *Die Strafzumessung in rechtlicher Sicht*, 1982, pp. 8 ss.; Zipf, *Die Strafzumessung*, 1977, pp. 28 ss.



### III. LA CULPABILIDAD FUNDAMENTADORA DE LA PENA EN EL DERECHO PENAL DE LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA EN COMPARACIÓN CON EL DERECHO ESPAÑOL

El juicio sobre la responsabilidad individual del autor de un delito no se basa en la impresión global que se tenga del acto y de la personalidad, sino que se fundamenta en la comprobación de las características de la culpabilidad establecidas por la ley o el Derecho consuetudinario. Éstas se regulan en la parte general del Código penal y son, por ejemplo, en el StGB alemán: la capacidad de culpabilidad, la exigencia de un comportamiento doloso o imprudente y la conciencia de la anti-juridicidad del hecho. A continuación, se expondrán estos caracteres, procediendo a una comparación con el Derecho español.

#### III.1. La capacidad de culpabilidad

El primer elemento fundamentador del juicio de culpabilidad es la capacidad de culpabilidad<sup>24</sup>, que tiene que estar necesariamente presente para que el autor pueda ser condenado. Sólo el que ha alcanzado una edad determinada y carece de síntomas de alteración mental grave posee el grado mínimo de capacidad de auto-determinación, requerido por el ordenamiento jurídico para la responsabilidad penal. El concepto de capacidad de culpabilidad está ligado primero a la edad. En tanto no se ha concluido un proceso biológico de maduración, no se puede formular un reproche de culpabilidad, o bien se requiere una comprobación adicional de que el autor ha alcanzado un grado de desarrollo intelectual, de madurez moral y de fuerza de voluntad suficientes, que justifican la calificación del hecho conforme a los criterios del, en todo caso, Derecho penal juvenil. Conforme al Derecho alemán son menores los niños, es decir, personas que al tiempo de la comisión del hecho no alcancen los 14 años de edad (par. 19 StGB). Limitadamente capaces son los jóvenes, es decir, personas que han cumplido los 14 años en el momento de cometer el acto, pero aún no han alcanzado los 18 años (par. 1, 2, Ley de los Tribunales para la Juventud [JGG]). Estos sólo pueden ser inculpados, si por su desarrollo ético e intelectual son suficientemente maduros como para comprender lo injusto del hecho y comportarse conforme a este entendimiento (par. 3,1 JGG). La capacidad de culpabilidad hay que ponerla también en relación con la salud mental e intelectual del autor, por lo que debe negarse dicha capacidad en casos de graves carencias (par. 20 StGB). El parágrafo 20 regula la incapacidad de culpabilidad con un criterio mixto. En primer lugar, se requieren síntomas biológicos de deficiencias. La ley las denomina perturbaciones mentales enfermizas (enfermedades mentales), profundas alteraciones de la consciencia (p.e. grandes arrebatos), imbecilidad y anomalías psíquicas graves (psicopatías, neurosis y ansiedades). Estos defectos tienen que haberse traducido en determinados resultados: el autor tiene que haber sido incapaz, por ellos, de discernir el carácter no permitido del hecho, o de actuar conforme a dicho discernimiento. La deficiencia puede afectar tanto a la capacidad de discernimiento como a la de actuación.

---

24. Cfr. Jescheck (nota 2), pp. 388 ss.

El Derecho Penal español excluye, en el art. 8,1 del Código penal la capacidad de culpabilidad en caso de enfermedad mental o de enajenación mental transitoria. Si bien la ley no requiere de manera expresa que el autor sea incapaz, por causa de su enfermedad, de reconocer el carácter no autorizado del hecho o de actuar conforme a dicho discernimiento, la disposición es entendida en tal sentido por la jurisprudencia y la doctrina<sup>25</sup>. Contrariamente al Derecho alemán, no se reconocen como causas de incapacidad de culpabilidad las psicopatías, neurosis y ansiedades. Igualmente, de forma antitética al Derecho alemán, el art. 8,2 del Código penal coloca en los 16 años el comienzo de la mayoría de edad penal<sup>26</sup>. Una causa especial de incapacidad de culpabilidad en el Derecho español es, conforme al art. 8,3 del Código penal, las deficiencias mentales producidas en la percepción desde el nacimiento o en la niñez, por las que queda limitado seriamente el sentido de la realidad (hay que pensar en la sordomudez, en la ceguera de nacimiento u otras deficiencias o padecimientos parecidos).

### III.2. Dolo e imprudencia

Según el par. 15 del StGB alemán, el dolo y la imprudencia son requisitos indispensables para la punibilidad. El comportamiento imprudente sólo es punible cuando la ley expresamente así lo establece. Cuando el tipo penal no dice nada sobre el grado de culpabilidad, se requiere el dolo. La sanción del comportamiento imprudente es, por tanto, la excepción. Dolo significa conocimiento y la voluntad de los elementos objetivos del tipo legal. Si falta ese conocimiento, incurre el autor en error de tipo que, conforme al par. 16 del StGB, excluye el dolo. Se distinguen tres clases de dolo: el dolo directo de primer grado o intención, el dolo directo de segundo grado y el dolo eventual. El dolo directo de primer grado significa que el autor persigue realizar el comportamiento típico y el resultado previsto en el tipo. Dolo directo de segundo grado significa que el autor tiene la certeza de que se dan ciertos elementos de la figura delictiva, o que se van a cumplir durante el acto, en particular, que contempla como cierta la realización del resultado típico, sin que lo persiga directamente. La tercera clase de dolo es el dolo eventual. El dolo eventual supone que el autor considera seriamente como posible la realización del tipo legal y se conforma con ello<sup>27</sup>. No es posible encontrar una definición legal de las tres clases de dolo, pero sí, en cambio, en los par. 16 y 17 del proyecto de 1962. Se remonta a una propuesta de Gallas planteada en la Gran Comisión de Derecho Penal<sup>28</sup>.

---

25. Cfr. Cobo del Rosal/Vives Antón, *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., 1990, pp. 438, 441.

26. Nota del traductor: en 1995 ha sido aprobado un nuevo Código penal que presumiblemente entrará en vigor en mayo de 1996. Dicho Código recoge una propuesta aprobada por unanimidad en el Congreso el 10 de mayo de 1994 por la que la mayoría de edad penal se sitúa en los 18 años. Para la plena vigencia de esta nueva regulación es necesaria la aprobación de una nueva ley de menores.

27. Al respecto, cfr. Jescheck (nota 2), pp. 268 s.

28. Cfr. *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, vol. 12, 1959, pp. 489 s.

La imprudencia se configura a través de un doble baremo. Por un lado, se comprueba qué comportamiento es el objetivamente debido o el objetivamente prescrito para evitar la lesión no querida de un bien jurídico en una determinada situación de peligro. De otro lado, se examina si ese comportamiento era exigible al autor a la vista de sus cualidades y capacidades personales<sup>29</sup>. El resultado antijurídico del tipo, por ejemplo en el caso de muerte imprudente, la muerte de una persona, debe basarse en la lesión de aquella exigencia de cuidado que el ordenamiento jurídico exige en la situación de hecho a los sujetos concienzudos y prudentes que pertenecen al círculo del autor. Además, se requiere que el autor individual pudiera haber previsto semejante resultado y que lo pudiera haber evitado, si hubiera actuado con la diligencia debida. Se deben distinguir dos clases de imprudencia: la consciente y la inconsciente. En la imprudencia inconsciente el autor ignora que, a causa de no haber observado la diligencia requerida, puede dar lugar al tipo delictivo legalmente previsto. En el caso de la consciente, si bien reconoce el autor, en verdad, la presencia de un peligro concreto para el objeto protegido, confía, sin embargo, con infracción de su deber, que debido al menosprecio del grado de peligro o a la sobrestima de sus propias fuerzas, o sencillamente por la confianza en su suerte, el tipo legal no llegará a realizarse. Una variante agravada de la imprudencia, cada vez más aplicada por el legislador, para destacar casos muy graves de imprudencia o para delimitar mejor determinados tipos, es la imprudencia temeraria. Ésta supone que la diligencia debida no ha sido observada de forma inusualmente grave, o bien que el autor no ha tenido en cuenta lo que para cualquier persona en tal caso resultaría evidente. En el examen del contenido de culpabilidad del hecho, la imprudencia temeraria debe medirse en todo caso con un baremo individual, es decir, el autor debía estar en condiciones de percibir, por sí mismo y sin más, las circunstancias que ocasionan que su comportamiento se califique como imprudente. Las definiciones de los distintos tipos de imprudencia no se encuentran tampoco en la ley, como ya hemos mencionado, sino en el proyecto de 1962 (par. 18).

El Derecho español liga estrictamente la punibilidad del autor con el principio de culpabilidad, con la necesidad de dolo o imprudencia. Así, según el art. 1, 1 del Código penal, se consideran delitos y faltas solamente las acciones u omisiones dolosas o culposas y, según el pfo. 2,1 del citado artículo: “no hay pena sin dolo o culpa”. El concepto de dolo se corresponde con el que se utiliza frecuentemente en Derecho alemán: “consciencia y voluntad de realizar el injusto típico”<sup>30</sup>. Además hay que distinguir el dolo directo de primer grado, el dolo directo de segundo grado y el dolo eventual, en el que el autor tiene que haber asumido la alta probabilidad de que se realice el tipo<sup>31</sup>. El error de tipo se regula como en el Derecho alemán (art. 6 bis a) 1 y 2 C.p.).

Contrariamente al Derecho alemán, en el Derecho español la imprudencia ha recibido una regulación autónoma, pues se considera punible con base en un tipo

---

29. Cfr. Jescheck (nota 2), pp. 509 s.

30. En este sentido Cobo del Rosal/Vives Antón (nota 25), p. 461.

31. Al respecto Zugaldía Espinar, “La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1986, pp. 398 s.

general de la Parte especial (art. 565 C.p.), que se conecta con la producción de cualquier resultado típico<sup>32</sup>. Pero, al igual que en el Derecho alemán, se distingue entre la lesión de la diligencia objetiva exigida en el tráfico y la reprochabilidad personal por la lesión del deber de cuidado<sup>33</sup>. Además, el Derecho español distingue, de la misma manera que el alemán, distintos grados de imprudencia: imprudencia temeraria, simple y, como agravante, la impericia o negligencia profesional.

### III.3. La conciencia de la antijuridicidad

Una importante característica de la culpabilidad es el conocimiento de la antijuridicidad<sup>34</sup>. Hay que agradecer su reconocimiento a una decisión del Tribunal Supremo alemán de 1952 (BGHSt 2, 194). El reconocimiento de la conciencia de la antijuridicidad como requisito de la punibilidad por causa de un acto doloso puede considerarse un hito en la historia más reciente del Derecho Penal alemán. Sin embargo, las consecuencias de este reconocimiento son sólo de una importancia práctica limitada, dado que para la punibilidad basta que el autor pudiera haber tenido conocimiento de la antijuridicidad de su conducta mediante la exigible reflexión razonable o el esfuerzo por llegar a su conocimiento, y la jurisprudencia establece estrictas exigencias a este deber de toda persona. A pesar de lo dicho, debe reconocerse que la necesidad del conocimiento de la antijuridicidad para el reproche de culpabilidad ha abierto el camino hacia la plena realización del principio de culpabilidad.

El conocimiento de la antijuridicidad presupone que el autor sepa que su comportamiento contradice las exigencias del orden comunitario y que por eso se prohíbe jurídicamente. Basta un conocimiento lego, es decir, la conciencia de que un determinado comportamiento resulta insoportable para la comunidad y que no puede ser aceptado. El mero conocimiento de que el acto es contrario a la moral o las buenas costumbres no basta en Derecho Penal para el conocimiento de lo injusto. Sin embargo, ese conocimiento obliga a menudo a que el autor piense sobre la valoración jurídica que puede tener su acto o a que indague sobre ella. En la mayoría de los casos, el autor es perfectamente consciente de la antijuridicidad de su actuar. Así ocurre, sin mayores exigencias, en los hechos que cualquiera conoce que están jurídicamente prohibidos (matar a una persona, robo, perjurio, incendio). Pero basta también que el autor considere seriamente la antijuridicidad de su comportamiento y se conforme con la posibilidad de infringir el Derecho. Esto se denomina conocimiento eventual de la antijuridicidad, que se corresponde con el dolo eventual. En el StGB no se regula directamente el requisito del conocimiento de la antijuridicidad, sino el supuesto de falta de dicho conocimiento, el error de prohibición. El par. 17,1 contiene el siguiente mandato: “si al tiempo de la comisión del hecho le falta al autor la conciencia de la antijuridicidad, actúa sin culpabilidad...”

---

32. Cfr. Córdoba Roda, “Die Regelung der Fahrlässigkeit im spanischen Strafrecht”, ZStW 81 (1969), p. 428.

33. En este sentido, según referencia a la jurisprudencia, Córdoba Roda (nota 32), p. 433.

34. Cfr. Jescheck (nota 2), pp. 406 ss.

Esto significa, en principio, que en caso de falta de conocimiento de la antijuridicidad queda también excluida la punibilidad por falta de culpabilidad. El par. 17,2 hace sin embargo una importante salvedad al establecer que la exclusión de la punibilidad sólo tendrá lugar cuando el autor no pudo evitar el error, esto es, cuando se trata de un error de prohibición inevitable o no culpable. Si el autor pudo haber evitado el error cabe, según el par. 17,2, la posibilidad de atenuar la pena, pero sigue siendo también aplicable la pena del delito doloso. La regulación del par. 17,2, es de una severidad manifiesta, en la medida en que la atenuación de la pena sólo es facultativa, por lo que en los casos muy graves de culpabilidad en la falta de conocimiento de la antijuridicidad –casos denominados de ceguera jurídica– cabe aplicar plenamente la pena por dolo. Sería más apropiada una regulación que, al menos como regla general, previera una atenuación de la pena.

Como ya se ha dicho, la regulación del error de prohibición sólo fue introducida en el Derecho Penal español por una ley de 1983 (art. 6 bis a) 3 C.p.)<sup>35</sup>. Si el error de prohibición fuera invencible queda excluida la responsabilidad penal. En caso de un error de prohibición vencible se aplica la pena por dolo<sup>36</sup>, pero queda obligatoriamente atenuada por efecto del art. 66 C.p. Por tanto, la diferencia con el Derecho alemán consiste, sobre todo, en que la atenuación de la pena es obligatoria en el Derecho español, mientras que en Derecho alemán sólo es facultativa.

#### **IV. LA CULPABILIDAD PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA**

##### **IV.1. El concepto de culpabilidad para la determinación de la pena**

La culpabilidad para la determinación de la pena, como ya se ha mencionado, debe distinguirse de la culpabilidad fundamentadora de la pena. La culpabilidad para la fundamentación de la pena trata de los requisitos para la responsabilidad individual del autor, que son decisivos para el nacimiento, delimitación y exclusión de la punibilidad. La culpabilidad para la determinación de la pena va más lejos. Comprende, además, la gravedad objetiva del acto, en la medida en que éste sea culpable. Sobre todo, es importante a este respecto que para la determinación de la pena deben tenerse en cuenta las consecuencias del hecho, en la medida en que se tenga la culpa de ellas. Consecuencias del hecho son efectos causados por el comportamiento típico y que exceden de la descripción del resultado típico, el cual pertenece, en todo caso, al injusto. Asimismo, corresponde a la culpabilidad para la determinación de la pena la valoración de la personalidad del autor, desde luego, no en el sentido de una indagación de culpabilidad por su carácter y forma de vida, dado que su inclusión supondría un arreglo completo de cuentas con el autor, algo que no puede ser función del proceso penal. La valoración de la personalidad del autor debe limitarse a las circunstancias que hayan podido encontrar expresión en el acto mismo.

---

35. Cfr. Cerezo Mir (nota 11).

36. A los efectos de la negligencia (*culpa iuris*) interpretan de manera opuesta la regulación del error de prohibición vencible Mir Puig, *Derecho Penal. Parte general*, 1984, pp. 584 ss. y Cobo del Rosal/Vives Antón (nota 25), p. 514.

Estas circunstancias se denominan comportamientos anteriores y posteriores al acto. A los anteriores pertenecen, sobre todo, delitos y condenas previas que, cuando resulten aplicables, pueden agravar la culpabilidad propia de la determinación de la pena. Los comportamientos posteriores también pueden agravar la culpabilidad propia de la determinación de la pena, por ejemplo, cuando el autor de un delito violento deja a la víctima en una situación de desamparo o cuando el partícipe, tras un accidente de circulación no presta ninguna ayuda al herido y se da a la fuga. Sin embargo, existe también un comportamiento posterior al acto que permite la manifestación de la personalidad del autor de manera más favorable y, en consecuencia, reduce la culpabilidad propia de la determinación de la pena. Esto vale, en particular, en los casos en que el autor se esfuerza por reparar el daño o en compensar a la víctima.

#### **IV.2. La regulación del par. 46 en el Derecho vigente de la República Federal Alemana**

La determinación de la pena en los límites del marco penal es un acto de discreción judicial<sup>37</sup>. Sin embargo, este ámbito discrecional no es libre, como la discrecionalidad de la autoridad administrativa, que debe elegir, sólo con base en el punto de vista de adecuación al fin, entre una variedad de opciones igualmente válidas. Se trata, sin excepción alguna, de una discreción estrictamente ligada, sin excepción, desde el prisma jurídico. El ejercicio de la discrecionalidad judicial en la determinación de la pena depende de principios, en parte, no escritos. Estos principios se remiten a los fines de la pena en su relación con los hechos probados en cuanto a la determinación de la misma. El Derecho vigente ofrece a los jueces dos reglas fundamentales escritas de determinación de la pena: "La culpabilidad es el fundamento de la determinación de la pena, pero el juez debe tener en cuenta también los efectos de la pena para la vida futura del autor en sociedad" (par. 46,1). Fundamento de la determinación de la pena es, según el par. 46,1,1, la culpabilidad del autor. En esta declaración fundamental se reconoce expresamente el principio de culpabilidad y se resalta que el fin de la pena consiste también, en todo caso, en la compensación de la culpabilidad. Pero con el mismo valor que la orientación hacia la culpabilidad, se establece en el par. 46,1,2, la obligación del juez de tener en cuenta, en cada acto de determinación de la pena, los efectos esperables que ésta pueda tener para la vida futura del autor en sociedad (cláusula preventiva especial). Con ello se rechaza toda teoría absoluta de la pena, que encuentra el fin de ésta en la retribución de la culpabilidad. La pena sólo se justifica cuando simultáneamente se presente como un medio necesario de cumplimiento de la función preventiva de protección del Derecho penal. Para la determinación de la pena en cada caso concreto resulta, por tanto, que el juez debe atender a que la sanción sirva a la reinserción del autor en la sociedad, en la medida en que ésta sea necesaria, y que por otro lado, en la medida de lo posible, no produzca su desarraigo social.

---

37. Al respecto, más detalladamente, Jescheck (nota 2), pp. 780 ss.

### IV.3. La regulación de la determinación de la pena en el Derecho español

En España la determinación de la pena se encuentra ligada a dos vetustos preceptos que, sin embargo, son interpretados por la doctrina en el sentido de la vinculación de los tribunales al principio de culpabilidad<sup>38</sup>. Según el art. 2,2 C.p., el tribunal acudirá al Gobierno, proponiéndole un acto de gracia, cuando “atendidos el grado de malicia y el daño causado por el delito” la estricta aplicación de la ley lleve a una pena demasiado elevada. En la línea de significación de este precepto con el principio de culpabilidad, el proyecto de 1980 sustituyó la palabra “malicia” por el término “culpabilidad”. La primacía del principio de culpabilidad llega hasta el punto de que los criterios de prevención general sólo pueden llevar a una sanción que se mantenga en cierta proporción con el injusto culpable. Además, según el art. 61,4 C.p., cuando no se den circunstancias atenuantes ni agravantes, los tribunales deberán fijar la pena en el grado medio o mínimo, “teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente”. La alusión a la personalidad del autor debe entenderse de manera parecida al par. 46,1,2 del StGB alemán, en el sentido de la consideración de aspectos preventivos especiales en el marco del principio de culpabilidad<sup>39</sup>.

El resultado de nuestras reflexiones es inequívoco: tanto Alemania como España, ambas en línea con su gran tradición jurídica y como adhesión al reconocimiento actual de los derechos humanos, han construido su Derecho Penal sobre la base del principio de culpabilidad, como fundamento y límite de la punibilidad.

---

38. Cfr. Cobo del Rosal/Vives Antón (nota 25), pp. 725 s.

39. Al respecto Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, 1976, pp. 100 s. Sobre la compensación de diversos aspectos de la determinación de la pena a los efectos de un equilibrio, Bacigalupo, “La individualización de la pena en la reforma penal”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Complutense de Madrid, 1980, pp. 55 ss.

\* Traducción del artículo de Hans-Heinrich Jescheck, “Das Schuldprinzip als Grundlage und Grenze der Strafbarkeit im deutschen und spanischen Recht”, en J. Caro (Dir.), A. Beristain (Comp.), *Ignacio de Loyola, Magister Artium en París 1528-1535*, Kutxa, San Sebastián, 1991, pp. 405-419, realizada por José Luis Palanco Bührlen, revisada por Gema Varona, Becaria de investigación del Instituto Vasco de Criminología.