

DE NUEVO SOBRE LA RELACIÓN ENTRE PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA Y CULPABILIDAD

Prof. Dr. Fernando J. CÓRDOBA*

Fecha de recepción: 26 de marzo de 2017

Fecha de aprobación: 27 de mayo de 2017

Resumen

En el presente trabajo se analiza la vinculación entre una justificación preventivo-general positiva del castigo y dos temas esenciales para el principio de culpabilidad: los criterios para decidir si corresponde formular un reproche de culpabilidad y aquellos para resolver sobre la magnitud y la gravedad de ese reproche de culpabilidad (y, consiguientemente, de la pena). En particular, se intenta demostrar que el principio de que la culpabilidad debe determinarse con arreglo a las capacidades individuales del autor sólo rige de manera irrestricta en relación con las capacidades físicas e intelectuales del autor. En cambio, no se extiende sobre la capacidad de motivación que queda regida por criterios de prevención. Concretamente, se afirma que la constitución motivatoria individual del autor sólo se toma en consideración si ello no afecta la vigencia de las normas, y esto vale tanto para la pregunta por el “si” como para la pregunta por la “medida” de la culpabilidad.

Palabras clave: Culpabilidad – Prevención general positiva – Motivación – Autodeterminación – Imputabilidad – Exculpación

Title: Once again on the relationship between positive general deterrence and culpability

* Profesor Derecho Penal y Procesal Penal (UBA/UTDT). Doctor en Derecho (UBA). El trabajo reproduce con algunas modificaciones y correcciones la ponencia presentada en el seminario “Prevención e Imputación”, organizado por el Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL), los días 3 y 4 de marzo de 2016, en la Georg-August-Universität Göttingen, República Federal de Alemania. Contacto: fcordoba@mpf.gov.ar.

Abstract

In this paper, I analyze the relationship between positive general deterrence, as justification of punishment, and two main elements of the principle of culpability: the criteria for determining whether to place blame on a person and for deciding the scale and severity of that blame (and, consequently, the scale and severity of punishment). I will specifically attempt to prove that the principle that culpability should be determined in accordance with the individual capacities of the agent only applies unrestrictedly in relation to the physical and intellectual abilities of the agent. However, this principle does not extend over the motive of the agent, which is governed by criteria of positive general deterrence. We purport in particular that the individual motivation of the agent should only be taken into account if this does not affect the validity of the rules and this understanding applies both to the determination of whether to place blame on the agent and to the question of the scale and severity of that blame.

Keywords: Culpability – Positive general deterrence – Motive – Autonomy – Responsibility – Excuses

Sumario

I.; II.; III.; IV.; V.; VI.; VII. Bibliografía

I.

Hace ya más de veinte años que la discusión sobre el concepto de culpabilidad perdió la centralidad que supo tener en otros tiempos en el debate jurídico-penal. Algunas cuestiones, sin embargo, mantienen actualidad. La que será objeto de este trabajo es una de ellas. En efecto, la relación entre culpabilidad y prevención general positiva ha sido expuesta y precisada por JAKOBS, en diversos trabajos, en el marco de su sistema funcionalista de derecho penal.¹ Pero el rechazo a la posición funcionalista ha sido una constante en la doctrina penal que ha contribuido así a la vigencia de esa discusión en particular. Ello, y el tema del seminario para el que hemos sido

¹ Entre estos trabajos, que son ya conocidos por todos, vale la pena mencionar, entre los más antiguos, *Schuld und Prävention*, Tübingen, Mohr, 1976, *Das Schuldprinzip*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1993, y, por supuesto, su manual *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlín (entre otras), Walter de Gruyter, 1991 [1983]. Debería quedar claro, por ello, que la teoría de la prevención general positiva de la que parto en este trabajo es la de este autor; para más referencias, cf., recientemente, por ej., “Strafrechtsschuld und ‘Willensfreiheit’”, en AA.VV., *Interdisziplinäres Plenum Bewusstsein und Willensfreiheit*, Paderborn et al., Ferdinand Schöningh, 2013, pp. 29 ss.; “Drei Bemerkungen zum gesellschaftsfunktionalen Schuldbegriff” en *Kühl-FS*, München, 2014, pp. 281 ss.

convocados, me ha parecido una buena razón para volver la mirada, una vez más, sobre los aspectos centrales de la concepción funcionalista de la culpabilidad.

En las páginas que siguen voy a referirme entonces a la relación entre la teoría de la prevención general positiva de la pena y las dos preguntas que interesan al concepto de culpabilidad; la preguntas por el “si” y por la “medida” de la culpabilidad, es decir, por los criterios para decidir si corresponde formular un reproche de culpabilidad y para resolver sobre la magnitud, la gravedad de ese reproche de culpabilidad y, consiguientemente, de la pena.

En ese marco, primero reseñaré en forma sucinta el modo en que la doctrina responde habitualmente ambas preguntas, especialmente la referida a la medida de la culpabilidad (II). Luego me centraré en este último aspecto e intentaré demostrar que el criterio que postula la doctrina para graduar la culpabilidad no refleja el parámetro de valoración real con arreglo al cual la sociedad resuelve sobre la magnitud de la culpabilidad. Concretamente, expondré que la consideración de las dificultades experimentadas por el autor para motivarse a actuar conforme a la norma (el menor margen de autodeterminación) se halla condicionada a que no implique una desautorización de la norma, es decir, a razones de prevención general positiva (III). A continuación, volveré sobre la pregunta relativa al «si» de la culpabilidad para mostrar que también la capacidad de motivación es atribuida socialmente con arreglo a criterios de prevención general (IV) y, finalmente, señalaré el fundamento de las afirmaciones anteriores, la razón por la cual la constitución motivatoria individual del autor sólo es tomada en consideración si ello no afecta la vigencia de las normas (V). Para el final queda un último apartado a modo de resumen y conclusión (VI).

II.

En cuanto a la primera pregunta, relativa al «si» de la culpabilidad, el punto de partida de la concepción dominante sigue siendo aún hoy que la posibilidad de formular un reproche de culpabilidad presupone que el autor, en el momento del hecho, haya podido motivarse, es decir, haya podido formar su voluntad con arreglo a la norma, en vez de en forma contraria a ella. Pero también hay acuerdo en que esa capacidad de formar la voluntad no hace falta demostrarla en el caso particular, porque con ella no se alude a una realidad natural sino a una construcción social, a un poder que se considera presente en todas las personas que cuadran dentro de un parámetro de normalidad, y del que sólo estarían excluidos quienes son definidos por el orden jurídico como

inimputables (por su condición de niños o padecer un trastorno mental). En definitiva, se parte de la base de que toda persona adulta imputable posee esa capacidad, de modo que una vez descartada en el caso concreto la concurrencia de alguna causa de inimputabilidad se afirma automáticamente la existencia del presupuesto que habilitaría el reproche de culpabilidad.²

Claro que si la pregunta por el “sí” de la culpabilidad queda saldada, en principio, de este modo, esto significa que el centro de gravedad se desplaza a la cuestión de la medida de la culpabilidad, máxime que, como se verá, los criterios desarrollados en este ámbito pueden conducir también finalmente a la exclusión total de la culpabilidad.

¿Y cómo determina la doctrina la medida de la culpabilidad? Como se ha dicho, la regla que oficia como punto de partida en la materia es la que afirma que *la culpabilidad requiere que el autor haya podido motivarse con arreglo a la norma*. Y bien, esta regla es complementada con otra, referida a la medida de la culpabilidad, que sostiene que *la culpabilidad será menor cuanto mayor haya sido la dificultad experimentada por el autor para motivarse con arreglo a la norma* y, en cambio, *será mayor cuanto más fácil le haya sido al autor rendir esa motivación*.³

A primera vista la lógica de esta argumentación suena convincente y parece corresponderse con nuestras intuiciones. Es también la idea a la que se sigue apelando como fundamento central de las causas de inexigibilidad:⁴ en casos de dificultades motivatorias extremas, como las que experimenta el náufrego de *Carnéades*, la culpabilidad resulta tan disminuida que no alcanza ya el

² Cf., por todos, EISELE, “Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff.”, en SCHÖNKE/SCHROEDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29.^a ed., München, C. H. Beck, 2014, previo a los §§ 13, n.º m. 110 y 118; y ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, t. I, 4.^a ed., München, C. H. Beck, 2006, § 19, n.º m. 37 ss., con más referencias. Asimismo, SANCINETTI, *Casos de Derecho penal, Parte general*, t. 1, 3.^a ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 78; RIGHI, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pp. 18 y 315; DONNA, “Culpabilidad y prevención”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año III, n.º m. 4-5, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, pp. 218 ss.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*, 2.^a ed., Buenos Aires, Ediar, 2002, pp. 67 ss. En particular, sobre la discusión acerca de la libertad de la voluntad, las teorías agnósticas, su asunción normativa, y la cuestión de su indemostrabilidad en el caso particular, cf. también CÓRDOBA, *La evitabilidad del error de prohibición*, Madrid *et al*, Marcial Pons, 2012, cap. I, pp. 33 ss.

³ Cf., por ej., KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, Otto Schwartz & Co., 1954, pp. 216 ss.; ÍDEM, “Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum”, en BOCKELMANN *et al.* (comp.), *FS-Schmidt*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1961, p. 33; RIGHI, *supra* nota 2, pp. 344, 522 y 528, asimismo, los mencionados *infra* en nota 5.

⁴ Los argumentos complementarios que la doctrina propone como co-fundamento (disminución del ilícito, falta de necesidad preventivo especial de pena, etc.) no modifican la centralidad del argumento de la disminución, por la presión motivatoria, de la culpabilidad, sino que apuntan antes bien a remediar las carencias de este punto de vista, de las que se dará cuenta enseguida.

límite inferior de merecimiento de pena o, al menos, habilita una exculpación parcial.⁵ Sin embargo, aquí intentaré demostrar que esta regla no refleja el verdadero criterio con el que se mide la magnitud de la culpabilidad del autor en un caso concreto.

En la bibliografía argentina, ZAFFARONI constituye un buen ejemplo de cómo la doctrina razona conforme a la regla mencionada. La exposición de su punto de vista, a la vez que resultará ilustrativa, ofrecerá también una buena base para demostrar la objeción que acabo de efectuar.

También ZAFFARONI adscribe a la posición que sostiene que la libertad de la voluntad que interesa al derecho es la que se verifica en la experiencia social. Dice así que:

“La autodeterminación de la persona no sólo es un dato jurídico y una vivencia, sino que es la base misma de la existencia social: el derecho no puede hacer otra cosa que reconocer empíricamente cómo se desarrollan las relaciones sociales y cómo se formulan reproches y cargas entre los seres humanos [...]. En ningún momento se trata de apelar a un *libre albedrío* romántico que tampoco tiene nada que ver con la realidad social y humana, sino a la autodeterminación que se reconoce en toda relación social, sea de cooperación o de conflicto. El propio lenguaje está permanentemente condicionado por la presuposición de la autodeterminación”.⁶

Según ZAFFARONI, la visión antropológica de la que parte el orden jurídico es entonces la de un ser humano con capacidad de autodeterminarse dentro de ciertos márgenes; y la existencia de esta capacidad no requiere de prueba precisamente por tratarse de una “presuposición jurídica” basada en la observación de la realidad social. Inmediatamente a continuación del párrafo que acaba de ser transcrito, dice así como conclusión de lo allí expresado que:

“Por ello, el derecho no puede menos que reconocer que la autodeterminación es de la esencia de la personalidad y, por ende, no requiere prueba, en tanto que debe ser siempre materia a probar la dimensión de su ámbito en cada

⁵ Cf. SANCINETTI, *supra* nota 2, p. 288 (y nota 76); RIGHI, *supra* nota 2, pp. 344, 522 y 528; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 2, § 49, pp. 672 ss. Asimismo, por ej., JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5.ª ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1996, § 39, IV, 2, y § 43, II, 2, y III, 2, b; STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat*, 6.ª ed., Múnich, Vahlen, 2011, § 10, III, 1, n.º m. 96 ss.

⁶ Cf. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 2, pp. 673 ss.

circunstancia. Esto es consecuencia ineludible del concepto antropológico que presupone el derecho, es decir, de la antropología jurídica o concepto jurídico de lo humano: la ley internacional, la Constitución y la ley nacional presuponen autonomía personal de decisión siempre en un ámbito, tanto en el ejercicio de los derechos políticos como en las decisiones más existenciales...⁷

En cambio, como lo adelanta ya la cita precedente, explica que aquello que sí debe ser siempre materia de prueba es la mayor o menor amplitud de los márgenes de autodeterminación en cada circunstancia, es decir, si el autor tuvo mayores o menores dificultades para motivarse según la norma en el caso concreto.⁸ Esto, para ZAFFARONI, es perfectamente verificable.

“...nadie puede negar que existe una comprobación empírica de la reducción de la autodeterminación de una persona cuando estaba a punto de ahogarse en el mar en medio de la noche. No hay duda y puede verificarse que la libertad de decisión estaba seriamente comprometida y que se hallaba por debajo del umbral que requiere la culpabilidad”.⁹

Según él, para determinar la magnitud del margen de autodeterminación se deberá apelar a “comparaciones y experiencias con otros seres humanos y con el mismo sujeto valorante, pues esto es lo corriente en las ciencias de la conducta”, y se deberá computar, indudablemente, entre las circunstancias que condicionan el ámbito de autodeterminación, las características personales del autor, esto es, “el carácter y la personalidad, la vida y las experiencias anteriores de la persona”. “[T]eniendo en cuenta estas características personales —dice—, resulta perfectamente verificable la existencia de sujetos a los que en una situación dada les es mucho más ardua que a otros la realización de la conducta debida”.¹⁰

Establecida la verificabilidad de las circunstancias que facilitan o dificultan la motivación, esta afirmación se complementa con la siguiente, a la que subyace la regla para la medida de la culpabilidad aquí comentada:

⁷ Cf. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 2, p. 674.

⁸ Cf. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 2, pp. 672 ss.: “No hay inversión alguna del principio de inocencia cuando se parte del presupuesto de que toda persona tiene un ámbito de autodeterminación en cada circunstancia, porque eso no es más que una condición indispensable del *ser persona*: corresponderá a la acusación probar que fue más amplio y a la defensa que fue más estrecho, pero *el ámbito en sí mismo nadie tiene que probarlo, pues sin éste no podría haber sujetos procesales*”.

⁹ Cf. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 2, p. 672.

¹⁰ Cf. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 2, p. 675.

“Los ámbitos de autodeterminación pueden ser sumamente amplios, en cuyo caso corresponde una reprochabilidad mayor, y pueden llegar hasta grados o umbrales mínimos en que, aún cuando no estuvieran ni se pudiera asegurar que fuesen cancelados, la reprochabilidad desaparece porque todo indica que el agente debía haber realizado un esfuerzo que no le era jurídicamente exigible”.¹¹

Por último, ZAFFARONI afirma que el legislador no deja librada esa apreciación al libre criterio judicial, sino que:

“...el mismo orden jurídico emite pautas para establecer los umbrales mínimos, por debajo de los cuales la autodeterminación remanente no es relevante. Cada vez que, conforme a estos criterios de valoración, se concluya que el ámbito de autodeterminación no alcanza el umbral mínimo, esto significará que, en el caso, jurídicamente no se le pudo exigir al agente una conducta diferente de la efectivamente realizada...”.¹²

III.

Un repaso de las soluciones legales revela, sin embargo, que no es cierto que la ley acople el criterio para valorar la medida de la culpabilidad (y de la exigibilidad) al mayor o menor margen de autodeterminación del autor. Por el contrario, hay reprochabilidad plena aunque el autor hubiese experimentado grandes dificultades para motivarse según la norma, así como también hay exculpación en circunstancias de gran facilidad para motivarse con arreglo a ella.

Así, por ej., desde un puro punto de vista de la plausibilidad psicológica, no cabe duda de que la codicia y el odio racial son circunstancias que dificultan la motivación conforme a la norma y, sin embargo, agravan la culpabilidad y la pena a su límite máximo (art. 80, inc. 4, CP arg.¹³, § 211, StGB). Y lo mismo cabe decir de la reincidencia.¹⁴

¹¹ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 2, p. 674.

¹² ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 2, p. 674.

¹³ El artículo 80 contiene los homicidios agravados (asesinatos) y, entre otros supuestos, en su inciso 4.º, establece que: “Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, al que matare por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión”. A su vez, en el último párrafo, se dispone que: “[c]uando en el caso del inciso 1º de este artículo [que contempla el parricidio], mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el

También la regulación del estado de necesidad exculpante exhibe el mismo desacople: el miedo a morir del náufrago dificulta en extremo el seguimiento de la norma y exculpa, pero el miedo a morir del soldado no exculpa a pesar de que, desde el punto de vista psicológico, es idéntico; y es más, ni siquiera el miedo del náufrago exculpa si él mismo causó el peligro (§ 35 StGB, art. 34, inc. 2, CP arg.¹⁵). A la inversa, conforme al mismo § 35 StGB, la exculpación opera si concurren los requisitos de la norma, aunque el autor no haya experimentado ninguna dificultad motivatoria.¹⁶

Otro tanto sucede con la regulación del homicidio en estado de emoción violenta (art. 81, párr. 1, inc. “a”, CP arg.¹⁷, § 213 StGB): el menor margen de autodeterminación que tiene el autor que se halla en un estado de emoción violenta¹⁸ no conduce necesariamente a una disminución de la culpabilidad, sino sólo cuando las circunstancias hacen excusable el hecho.

Podría seguir mencionando ejemplos, pues, como se verá, se repiten en todos los tópicos de la culpabilidad, pero creo que éstos bastan para introducir el punto que quería consignar. Me refiero a lo siguiente:

La medida de la culpabilidad no se determina en función de la mayor o menor dificultad experimentada por el autor para hacer uso de su capacidad de autodeterminación. El autor puede alegar grandes dificultades para rendir una motivación conforme a la norma, y ser verosímil, pero la decisión última acerca de si pueden ser tomadas en cuenta esas dificultades para excusarlo parcial o totalmente se rige por consideraciones de prevención general positiva.

juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho (8) a veinticinco (25) años. Esto no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima”.

¹⁴ Como señala JAKOBS “... pues es más difícil abandonar un hábito que ni siquiera llegar a adquirirlo” (*Strafrecht, Allgemeiner Teil*, supra nota 1, 17/26).

¹⁵ Art. 34. “No son punibles: [...] 2º. El que obrare violentado por [...] amenazas de sufrir un mal grave e inminente”. Como se puede apreciar, la disposición es bien escueta y deja librada al intérprete la tarea de precisar las condiciones y excepciones que tan detalladamente contiene el § 35, StGB. Esto, ciertamente, deja abierta la discusión de hasta qué punto se está obligado a interpretar que la ley argentina establece los mismos requisitos. En todo caso, lo que es indiscutible es que también establece algunos, y relevantes para el punto tratado en el texto, porque es seguro que nadie postula su aplicación al soldado que deserta por miedo a morir, ni al imputado inocente en prisión preventiva que para recuperar su libertad comete el delito de evasión.

¹⁶ Cf. JAKOBS, “Über die Behandlung von Wollensfehler und von Wissensfehler”, en *ZStW* 101, 1989, pp. 520 ss.; ÍDEM, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, supra nota 1, 17/71 ss.

¹⁷ Art. 81. 1º: Se impondrá reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años: a) Al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable.

¹⁸ Con esta expresión se hace alusión a los estados pasionales esténicos.

El denominador común de los criterios particulares que rigen los casos mencionados puede ser enunciado del siguiente modo: el plano motivatorio sólo puede ser tenido en cuenta, para excusar total o parcialmente al autor, cuando el déficit motivatorio puede ser explicado sin que se afecte la vigencia del orden jurídico. Y esto sólo es posible cuando el responsable de que se haya llegado a la dificultad para motivarse a seguir la norma no fue el autor, sino la víctima, o un tercero, o bien la dificultad es imputable al infortunio. Y no es posible cuando el autor es el responsable o cuando una institución sólo puede ser garantizada no tomando en cuenta esas dificultades (deberes especiales de tolerar el peligro).

Esto último es lo que sucede con el miedo del soldado, mientras que el caso base de estado de necesidad exculpante es el ejemplo prototípico de posibilidad de explicar el déficit motivatorio no como cuestionamiento a la norma, sino como producto de una fatalidad excepcional; algo que ciertamente ya no es posible cuando el autor no ha sido ajeno al conflicto, sino el responsable de la situación de necesidad (como el naufrago que hundió el barco).

A su vez, en la regulación del homicidio en estado de emoción violenta se puede ver con claridad hasta qué punto la exculpación parcial del autor que perdió el control por un estado pasional esténico depende de la posibilidad de responsabilizar a la víctima por la provocación de la situación. Ésta es también la lógica que gobierna la otra causa de inexigibilidad que contempla el StGB: el exceso en la legítima defensa. Así, el legislador alemán exculpa en el § 33 al autor que sobrepasa los límites de la legítima defensa por confusión, miedo o temor, es decir, por estados pasionales asténicos ocasionados por la agresión; pero, por eso mismo no hay exculpación —al menos, por esta disposición— cuando la legítima defensa es putativa, pues entonces no hay agresor a quien responsabilizar por la situación.

En cuanto al error de prohibición, un buen ejemplo lo ofrece la regulación del exceso en la legítima defensa del art. 35 del Cód. Penal arg.¹⁹ La norma tiene en mira principalmente²⁰ al

¹⁹ Art. 35: El que hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia.

²⁰ Esta afirmación se basa en lo que surge de los antecedentes de la norma que se transcriben en el texto a continuación. La doctrina argentina, probablemente mayoritaria, se inclina, sin embargo, por su aplicación también a los casos de exceso por estados emocionales (cf., por ej., SANCINETTI, *Sistema de la teoría del error en el Código penal argentino*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990, pp. 253 ss.; RIGHI, *supra* nota 2, pp. 339 ss.; DOMÍNGUEZ HENAIN, “Art. 35”, en BAIGÚN/ZAFFARONI (dirs.), *Código Penal y normas complementarias*, 2.^a ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2007, p. 35, entre otros. A favor de su restricción a casos de exceso por error de prohibición, en cambio, BACIGALUPO, *Tipo y error*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973, pp. 83 ss., y 90.

exceso producto de un error evitable sobre presupuestos objetivos de justificación, concretamente, sobre la magnitud de la agresión, y dispone que el autor sea castigado sólo con la pena del delito imprudente, es decir, siempre con una importante reducción de la culpabilidad y la pena. Lo interesante aquí empero son los fundamentos de la solución escogida por el legislador. En palabras de HERRERA que, según informa MORENO (h), fueron antecedentes decisivos de este art. 35:

“Como lo reconocen los códigos que antes hemos citado y el proyecto de Stoos y la generalidad, por no decir la universalidad de los autores, el hombre que se defiende no se encuentra en la situación del juez en su gabinete, de poder apreciar con exactitud el peligro del ataque y la naturaleza de los medios que se le deben oponer. Su ánimo se encuentra forzosamente turbado por el temor, por la exaltación propia de quien lucha y, por lo tanto, se hace muy difícil no exagerar el peligro y los medios empleados. Como lo ha dicho Firetti, castigar el exceso de defensa es una ventaja que se le da al bribón que asalta, contra el hombre honrado que, víctima de una agresión injusta y con su espíritu profundamente perturbado, tendrá que exponerse a ser considerado como un homicida común, como un verdadero criminal.

Sin embargo, no pensamos que se deba suprimir toda pena en caso de exceso, como hace el proyecto ruso, pero creemos que se debe dejar al juez latitud bastante para eximir de pena al agente o aplicarle una pena análoga al del delito culposo, con el cual tiene semejanza.

...Como dice Carrara, hay un error de cálculo en la apreciación del peligro y en los de los medios necesarios para rechazarlo, producido por la emoción de la lucha, y que se hubiera tal vez evitado con mayor atención. El exceso, pues, tiene analogía con la culpa, sin poderse confundir con ella, porque en ésta no se quiere el hecho producido y la imprudencia no ha sido provocada por el hecho ilícito de otro, como sucede en el exceso de defensa”.²¹

Como se puede apreciar, en estos antecedentes queda de manifiesto hasta qué punto la posibilidad de trasladar a la víctima la responsabilidad por el estado asténico que determina el

²¹ Cf. MORENO (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, t. II, Buenos Aires, Tommasi Editor, 1922, § 284, pp. 483 ss.

error es lo que permite aplicar un parámetro más indulgente con el autor.²² Y también está claro que esa indulgencia puede conducir, o bien a una exculpación parcial (art. 35, CP arg.), o bien, en situaciones extremas, directamente a una exculpación total por la vía de considerar inevitable al error (art. 34, inc. 1, CP arg.).²³ Sólo debe quedar claro que de lo que se trata aquí no es ya de la dificultad para motivarse a actuar conforme a la norma, sino de los factores que dificultan al autor *motivarse* a examinar detenidamente si están presentes los presupuestos de la justificación, es decir, a tomar conocimiento de la situación: es el momento volitivo de la “capacidad de conocer”.²⁴

Hay dos tópicos más que habría que mencionar. Por un lado, no cabe duda de que el conflicto entre las propias convicciones y las normas jurídicas es otro factor que hace que para el autor sea más difícil motivarse a actuar conforme a derecho. Pero en el tratamiento del autor por convicción puede verse nuevamente que la posibilidad de una exculpación (parcial) no depende de la intensidad de la dificultad, sino de razones de prevención general positiva: una ideología compatible en términos generales con el orden jurídico podría atenuar la culpabilidad (por ej., testigos de Jehová, activistas ecológicos, etc.), pero la férrea convicción a favor de una ideología hostil al sistema la agrava (por ej., terroristas por convicción, delitos por motivaciones racistas, etc.).²⁵ La excepción la constituye, una vez más, la posibilidad de responsabilizar a un tercero por el déficit de socialización, como sucedió en el conocido caso *Stachynskij* (BGHSt 18, 87).²⁶

Finalmente, un supuesto peculiar —y éste es el segundo tópico— lo ofrece ahora también la reciente introducción del delito de “femicidio” como nueva hipótesis de homicidio agravado, en el

²² Cf., así, también, SOLER, *Derecho Penal Argentino*, t. I, 11.^a reimpresión total, Buenos Aires, TEA, 1999, p. 478: “El principio en que se funda la disminución de pena para el caso del exceso, reduciéndose la escala penal a la que corresponde al hecho cometido por culpa o imprudencia suele encontrarse, en especial para las situaciones de legítima defensa y de estado de necesidad, en el temor que suscita en el necesitado la situación misma de peligro, en la cual no es justo ni humano exigir un discernimiento preciso de los medios de salvación. El temor, la sorpresa, la agitación del ánimo pueden determinar un error de cálculo...”.

²³ Art. 34. “No son punibles: 1°. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por [...] o por [...] error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto”.

²⁴ Cf., en detalle, e *in extenso*, CÓRDOBA, *supra* nota 2, caps. II, IV y VII.8, pp. 49 ss., 89 ss., y 192 ss.

²⁵ Cf. JAKOBS, “Über die Behandlung von Wollensfehler und von Wissensfehler”, en *ZStW 101*, 1989, p. 522.

²⁶ Se trata de un conocido caso de un agente soviético, que asesinó por orden de su gobierno a dos exiliados políticos que vivían en Múnich, pero que, por aplicación de la teoría subjetiva de la autoría, fue condenado como cómplice en los hechos cometidos por quienes impartieron la orden. Como fundamento del menor reproche que significó esa caracterización, el BGH tomó en cuenta el adoctrinamiento político a que había sido sometido *Stachynskij* desde joven y la subordinación a sus mandos derivada de ello. Cf., al respecto, JAKOBS, *Das Schuldprinzip*, *supra* nota 1, p. 32.

art. 80, inc. 11, CP arg., por la ley 26.791.²⁷ En los antecedentes parlamentarios se puede advertir con claridad que la premisa que subyace a las consideraciones y a la decisión del legislador es la convicción de que el femicidio es un delito culturalmente condicionado: sería la subsistencia de fuertes patrones socio-culturales ancestrales, machistas y patriarcales en amplios sectores de la sociedad lo que explicaría la violencia contra las mujeres, así como su consecuencia y forma de manifestación más extrema: el femicidio.²⁸ En una de las intervenciones se puede incluso leer que “...en el reverso de este fenómeno de homicidio encontramos operando al patriarcado en su forma más retrógrada, porque estos varones han sido testigos de la violencia de género a lo largo de las décadas en las que la identidad argentina se fue conformando”.²⁹

Ahora puede quedar de lado la cuestión de si se está de acuerdo o no con esta visión, pues de nuevo, como en los ejemplos anteriores, lo que aquí me interesa señalar es la relación entre las premisas y la solución adoptada por el legislador. Nadie discutiría que un condicionamiento cultural ancestral favorece la comisión del hecho y dificulta el seguimiento de la norma. Sin embargo, pese a la responsabilidad que le cabría por este alegado condicionamiento también a la sociedad, esta circunstancia no sólo no es tenida en cuenta para atenuar la culpabilidad, sino todo lo contrario pues ahora incluso la agrava hasta llevarla a su límite máximo (prisión o reclusión perpetuas). Más aun, los antecedentes de la reforma revelan también la pretensión del legislador de que situaciones que en el marco del paradigma anterior eran consideradas como de reacción por “justo dolor” y merecedoras de la atenuación por emoción violenta,³⁰ pasen a ser valoradas ahora con arreglo al nuevo parámetro como circunstancias que “no hacen excusable el hecho”, en los términos del art. 81, párr. 1, inc. «a», Cód. Penal arg.³¹ La razón no explicitada para la no

²⁷ Art. 80: Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua [...] al que matare: [...] 11. A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género.

²⁸ Véase los antecedentes legislativos de la ley 26.791, por ej., Dictamen de las Comisiones de Legislación Penal y de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Cámara de Diputados, Orden del Día n.º 202, 3/4/12, fundamentos de la disidencia parcial de los diputados Gambaro y Ferrari, pp. 3 ss. También, Acta de la 4.ª Sesión Ordinaria de la Cámara de Diputados, del 18/4/12, intervenciones de los diputados Albrieu, Risko, Ferrari, y esp. Milman, Regazzoli, Segarra, Mirkin. Asimismo, por ej., Dictamen de la Comisión de Justicia, Asuntos Penales y de la Banca de la Mujer de la Cámara de Senadores, Orden del Día n.º 983, 13/09/12, Antecedentes, fundamentos de los proyectos de los senadores Fellner (S.-382/11) di Perna (S.-162/12), Filmus (S.-535/12), y esp. Corregido (S-1872/12), Osuna (S.-383/11) y Riofrío (S.-110/12). También, Acta de la 11.ª Sesión Ordinaria de la Cámara de Senadores, del 3/10/12, intervenciones de las senadoras Higonet (p. 105) y esp. Escudero (pp. 100 y s., p. 115) y Riofrío (pp. 113 ss.).

²⁹ Acta de la 4.ª Sesión Ordinaria de la Cámara de Diputados, del 18/4/12, intervención de la diputada Regazzoli.

³⁰ En especial, el caso de sorpresa en adulterio y análogos.

³¹ Véanse los antecedentes legislativos de la ley 26.791, por ej., Acta de la 4.ª Sesión Ordinaria de la Cámara de Diputados, del 18/4/12, esp. intervenciones de las diputadas Comelli, Rodríguez y Bullrich. Asimismo, Dictamen de la Comisión de Justicia, Asuntos Penales y de la Banca de la Mujer de la Cámara de Senadores, Orden del Día n.º 983,

consideración de la realidad interna del autor (aunque no necesariamente para la severidad de la sanción) es otra vez de prevención general: lo contrario sería disfuncional al cambio de la identidad cultural y normativa que, según surge de esos mismos antecedentes parlamentarios, se quiere lograr (no sólo pero también) con ayuda del derecho penal.

IV.

Todo lo que hasta aquí se ha venido diciendo no vale sólo empero para la «medida» de la culpabilidad. Es también el criterio que rige para la atribución de la capacidad de formar la voluntad, es decir, de motivarse a actuar conforme a la norma, que es el parámetro inicial para el «sí» de la culpabilidad.

Al comienzo de esta exposición se mencionó que la interpretación en la doctrina actualmente vigente es que con el requisito de que el autor haya dispuesto de esa capacidad no se alude en verdad a una realidad natural, sino a una construcción social, a un “poder” que nos atribuimos recíprocamente en la sociedad con el único límite de que la persona cuadre en un patrón de normalidad mental. Pues bien, también la conformación de ese patrón es funcional a la vigencia del orden jurídico. Para ilustrarlo con un ejemplo: en una sociedad de niños náufragos atrapados en una isla, como sucede en la novela *El señor de las moscas*, la minoría de edad no podría ser una causa de inimputabilidad, pues entonces todos serían inculpables frente a las normas y sería imposible contar con un orden jurídico vigente. Un ejemplo más de la vida real: en los años posteriores a la segunda guerra mundial los tribunales alemanes debieron aplicar un parámetro más estricto para una declaración de inimputabilidad pues, dados los horrores vividos durante la guerra, prácticamente no había quien no sufriese alguna perturbación mental.³² En definitiva, en

13/09/12, Antecedentes, fundamentos de los proyectos de los senadores Corradi de Beltrán (S.-267/11), Osuna (S.-383/11), Sanz (S.-18/12), Riofrío (S.-110/12) y Filmus (S.-535/12). También, Acta de la 11.ª Sesión Ordinaria de la Cámara de Senadores, del 3/10/12, intervenciones de los senadores Guastavino (p. 97), Escudero (p. 101) y Riofrío (pp. 115 ss.).

³² Referido oralmente por JAKOBS, que también lo mencionó, aunque de modo más genérico, en una de sus publicaciones más recientes: “Las deformaciones generales de la subjetividad, por ejemplo: las vivencias de los horrores de la Primera y de la Segunda Guerra Mundial compartidas por millones de personas no impiden la imputación, porque la estructura normativa de la sociedad no podría, en caso contrario, administrarse en modo alguno”, cf. JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt am Main, Klostermann, p. 63. Esto fue advertido y señalado también por NINO, con apelación también a un ejemplo similar al mencionado en primer término: “...supongamos una sociedad en que todos sean niños, o todos sean insanos o todos estén sometidos a la presión de la necesidad o a una amenaza externa. Sería absurdo y autofrustrante que en esa sociedad todos los delitos se excusaran y todos los contratos se anularan por vicios de la voluntad. Esto sugiere que estas excusas sólo juegan un papel cuando se refieren a situaciones que afectan *desigualmente* a

contra de lo que sugiere la palabra utilizada (“capacidad”) la realidad motivatoria interna del autor no es tenida en cuenta para fundar el reproche de culpabilidad, y en su lugar se opera con un “poder” que es atribuido desde afuera por la sociedad con arreglo a criterios de prevención general (positiva).

V.

La pregunta que a esta altura puede formularse es por qué para juzgar sobre la capacidad de motivación del autor no se toma en cuenta su individualidad, como sí se lo hace con sus capacidades físicas e intelectuales. La respuesta es que la constitución motivatoria individual del autor queda fuera de consideración porque ello es una condición necesaria para que pueda tener vigencia un ordenamiento jurídico. Es que una individualización total, que se extendiera también al plano de la motivación, desembocaría en la comprobación de que el autor, al cometer el hecho, se hallaba motivado de manera dominante a cometer el hecho y que, por ello, no podía evitarlo; cualquier otra consideración sería ajena a la realidad interna del autor. Por eso, si se permitiese que el individuo invocara su realidad motivatoria individual para eximirse de responsabilidad, la vigencia de la norma quedaría condicionada a que el autor, subjetivamente, encontrase sentido y valor, esto es, buenas razones, para actuar conforme a sus exigencias; y ello, por cierto, en una medida tal que terminara dominando en él el motivo para actuar según la norma, algo que evidentemente no ocurrió en la psiquis del infractor de la norma. Entonces, una vez cometido el hecho, sólo quedaría constatar que la observancia de la norma no fue la alternativa con más sentido para el autor, y cualquier consideración acerca de que habría podido serlo significaría abandonar su realidad individual, los motivos realmente existentes en él y la intensidad de cada uno de ellos, y remitiría a la hipótesis de un sujeto modificado, al menos, en alguna de sus circunstancias (sus impulsos, intereses, valoraciones, etc.). Ante esta situación, sólo queda un camino para garantizar la vigencia de un orden jurídico: se le impone a las personas la tarea de procurarse por sí mismas razones para que les sea preferible conocer y seguir las normas,³³ en otras palabras, se les impone el deber de procurarse motivación para seguir el derecho y tomar

sólo un grupo social...”, cf. “La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos”, en ZIFFER/ROMERO VILLANUEVA, *Summa Penal* (dir.), t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 876.

³³ Cf. JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, *supra* nota 1, § 1, n.º m. 7a; § 6 n.º m. 22; § 9, n.º m. 13; IDEM, “Über die Aufgabe der subjektiven Deliktsseite im Strafrecht”, en WITTER (comp.), *Der psychiatrische Sachverständige im Strafrecht*, Berlín-Heidelberg, Springer, 1987, pp. 278 ss., y, más recientemente, “Individuum und Person, Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung”, en *ZStW* 117 2005, p. 260; y *System der Strafrechtlichen Zurechnung*, *supra* nota 32, pp. 59 ss. Cf., asimismo, TIMPE, “Normatives und Psychisches im Begriff der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums”, en *GA* 1984, pp. 65 ss.

conocimiento de las normas que lo componen, y la cuestión relativa a si el autor podía rendir esa motivación, en principio, queda fuera de consideración, porque ello es una condición necesaria para que pueda tener vigencia un ordenamiento jurídico.

Es cierto que en contra de lo expresado en los párrafos anteriores se podría objetar que la capacidad de motivarse (de formar la voluntad), entendida ahora como realidad natural, también podría ser computada como uno de los componentes de la constitución motivatoria individual del autor; precisamente como aquel que posibilitaría la alternativa de comportamiento en que consiste la libertad. Pero el problema de esta argumentación es que hoy ya no se discute que la libertad de la voluntad (aun si existiera como capacidad del ser humano en general) es indemostrable en el caso particular,³⁴ de modo que no podría ofrecer ningún parámetro seguro para la imputación de culpabilidad. Y, si a falta de una demostración positiva categórica, se replicara que la realidad interna del autor debería al menos ser tomada en cuenta para decidir en función de un cálculo de probabilidad psicológica, es decir, en función de cuán cerca habría estado el autor de poder rendir otra motivación, ello desembocaría en los mismos problemas ya señalados al tratar la medida de la culpabilidad. No es cierto que a mayor dificultad para motivarse a actuar conforme a la norma (menor probabilidad) se excluya, o siquiera se disminuya, necesariamente la culpabilidad, sino todo lo contrario.

Como ya se ha visto, también en este punto deciden razones de prevención general positiva: las dificultades motivatorias experimentadas por el autor sólo pueden ser tenidas en cuenta cuando una exculpación total o parcial, fundada en ellas, puede ser interpretada de un modo que no implique una desautorización de la norma. Y ello sólo es posible cuando la dificultad puede ser atribuida a la fatalidad o a la responsabilidad de un tercero o incluso de la propia víctima, y no lo es cuando el responsable ha sido el autor (como el náufrago que hundió el barco) o cuando una institución sólo puede ser garantizada no tomando en cuenta esas dificultades (deberes especiales de tolerar el peligro).

Sólo tres observaciones más para finalizar. Primero: el desarrollo argumental efectuado permite revelar en qué medida la culpabilidad es un concepto que toma en cuenta las capacidades individuales del autor, y a partir de dónde es un concepto determinado por razones de prevención. Ciertamente, también en el concepto de culpabilidad halla expresión el principio *ultra*

³⁴ Al respecto, con más referencias, cf. CÓRDOBA, *supra* nota 2, esp. pp. 36 ss. (y notas 10 y 11).

posse nemo obligatur (a nadie se le puede exigir más allá de sus capacidades).³⁵ Es el fundamento por el que se reclama, como presupuesto para la imputación jurídico-penal, que el autor, *en virtud de sus capacidades individuales*, haya tenido la posibilidad de conocer la norma y de actuar conforme a ella. Pero este principio que reclama individualización sólo rige de manera irrestricta, como se ha visto, para las capacidades físicas e intelectuales del autor; en cambio no se extiende sobre la capacidad de motivación, que queda regida por criterios de prevención. Permítaseme repetirlo una vez más: la constitución motivatoria individual del autor sólo se toma en consideración si ello no afecta la vigencia de las normas, y esto vale tanto para la pregunta por el «si» como para la pregunta por la «medida» de la culpabilidad.

Segundo: sería esperable en el marco de esta exposición que no quedara ninguna duda acerca de que el planteamiento que acabo de reseñar no supone ninguna amenaza para el derecho penal liberal, sino que consiste tan sólo en una reformulación, con otro ropaje conceptual, de criterios de atribución de responsabilidad compartidos desde antaño (quizás con más sustento en intuiciones de justicia que en una sistematización teórico-conceptual) por la doctrina penal. La cita de HERRERA y MORENO, de comienzos del siglo veinte, es reveladora en este sentido, pero también lo es, por ej., el tratamiento que hace SOLER del homicidio pasional en su manual.³⁶

La ventaja del enfoque aquí propuesto es que sincera la discusión al exponer las verdaderas razones que guían la decisión por la cual se toman (o no) en cuenta las dificultades para motivarse experimentadas por el autor (el menor margen de autodeterminación). Como bien ha señalado ROXIN, el problema de seguir hablando de la “capacidad de motivarse” es que: “[e]l parámetro valorativo con arreglo al cual se establecen estas exigencias queda [...] en la oscuridad y sólo es enmascarado con el criterio *aparentemente descriptivo* del poder actuar de otra manera”.³⁷

³⁵ O bien: “nadie está obligado a más de lo que puede”. Este principio es formulado en ocasiones también con el aforismo: *impossibilia nulla est obligatio*.

³⁶ Por ej., puede leerse, entre otros párrafos, en *Derecho Penal Argentino*, t. III, 11.ª reimpresión total, Buenos Aires, TEA, 1999, p. 60: “...la emoción es considerada en sí misma por el derecho como un estado psíquico en el cual el sujeto actúa con disminución del poder de los frenos inhibitorios, de manera que cuando esa situación sea excusable por otros motivos que la emoción misma, la ley, en realidad, atenuará la pena en razón de cierta atenuación de la culpa, porque cabe muy distinto reproche para aquel que mata sin culpa alguna de la víctima y para aquel que fue llevado a ese hecho irritado por gravísimas ofensas”.

³⁷ Así se expresaba ROXIN, en “‘Schuld’ und ‘Verantwortlichkeit’ als strafrechtliche Systemkategorien”, en ROXIN *et al.* (comp.), *FS-Henkel*, Berlin (entre otras), Walter de Gruyter, p. 175, en el año 1974. Luego iría variando su concepción inicial hasta llegar a la propuesta actual de su manual (*supra* nota 2 § 19, n.º m. 36 ss.), donde el acento recae en el concepto, supuestamente empírico, de la motivabilidad a través de normas. En sentido similar, ACHENBACH, “Individuelle

De nuevo un buen ejemplo lo ofrece la ya mencionada introducción del delito de femicidio en el Código Penal argentino. Desde el punto de vista de la consideración o no de las dificultades motivatorias, se podría reflexionar si es razonable la drástica pena perpetua, prevista para ese delito por el legislador, sin la posibilidad siquiera en la práctica de la atenuación extraordinaria del art. 80, *in fine*,³⁸ frente a los argumentos expuestos en los antecedentes parlamentarios como fundamento de esa decisión.³⁹

Tercero: la subordinación de la capacidad individual de motivación a la vigencia del orden jurídico no significa que la libertad carezca de importancia para la fundamentación de la culpabilidad. Por el contrario, es correcto partir del principio de que la responsabilidad presupone la libertad. Lo que sucede es que no se trata de la capacidad humana de formar la voluntad, sino de la libertad que es también constitutiva de la persona en un orden jurídico de libertades: la libertad jurídica de auto-administrarse, es decir, de administrar sin injerencias el propio ámbito interno, del que forma parte también la motivación.⁴⁰ En palabras de JAKOBS:

“...también en la concepción que aquí se propugna hay una relación entre responsabilidad y libertad, pues aquello por lo que el autor ha de responder no precisa, en la medida en que se ha de responder, de control alguno por parte de otras personas. Quien tiene que hacerse cargo de su motivación defectuosa puede rechazar la intromisión de otras personas en su motivación aduciendo su responsabilidad. El ámbito en el que se puede ser culpable es, por lo tanto, al mismo tiempo, un espacio libre para la autodeterminación, ésta, sin embargo, no

Zurechnung, Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld”, en SCHÜNEMANN (comp.) *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlín-New York, Walter de Gruyter, 1984, p. 150: “Pero entonces debería abandonarse también la forma de hablar, como mínimo equívoca, en términos de poder actuar de otra manera o poder en lugar de ello, y reconocerse que se trata de una *imputación social de poder...*” (destacado en el original).

³⁸ Recuérdese (*supra* nota 13) que para el caso del homicidio en la persona del “ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia” (inciso 1.º), se prevé, en la última parte del art. 80, la posibilidad de atenuar la pena, aplicando la escala del homicidio simple, cuando mediaren circunstancias extraordinarias. La ley 26.791 que introdujo el femicidio, sin embargo, agregó una última oración en la que se aclara que esa atenuación “no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima”.

³⁹ Cf., *supra*, en el punto II, *in fine*.

⁴⁰ Cf. JAKOBS, *Das Schuldprinzip*, *supra* nota 1, p. 34.

en el sentido de una libertad de la voluntad, sino en el sentido de una falta de impedimentos jurídicamente relevantes para los propios actos de organización”.⁴¹

Responsabilidad y autodeterminación son conceptos inseparables;⁴² es cierto. Pero las partes del sinalagma son la libertad jurídica de autodeterminación y la responsabilidad por la propia motivación.⁴³

VI.

1) La opinión general condiciona la imputación de culpabilidad a que el autor haya sido capaz de formar su voluntad, de motivarse, a actuar conforme a la norma, pero a la vez postula que esa capacidad se halla presente en todas las personas que cuadran dentro de un parámetro de normalidad.

2) La conformación de ese patrón es funcional a la vigencia del orden jurídico. De modo claro y sencillo: en una sociedad de niños la minoría de edad no podría ser una causa de inimputabilidad, pues entonces todos serían inculpables frente a las normas y sería imposible contar con un orden jurídico vigente.

3) Las dificultades motivatorias experimentadas por el autor sólo pueden ser tomadas en consideración para disminuir o excluir la culpabilidad cuando una exculpación, total o parcial, fundada en ellas, puede ser interpretada de un modo que no implique una desautorización de la norma. Y ello sólo es posible cuando la dificultad puede ser atribuida a la fatalidad o a la responsabilidad de un tercero (como en el caso *Carnéades*) o incluso de la propia víctima (como en el homicidio en emoción violenta), y no lo es cuando el responsable ha sido el autor (como el náufrago que hunde el barco) o cuando una institución sólo puede ser garantizada no tomando en cuenta esas dificultades (deberes especiales de tolerar el peligro).

⁴¹ Cf. JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, *supra* nota 1, § 17, n.º m. 24; también, “Strafrechtsschuld und ‘Willensfreiheit’”, *supra* nota 1, pp. 37 ss.

⁴² Cf. ya ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR., *supra* nota 2, pp. 641 ss.

⁴³ Cf., así también, JAKOBS, *ZStW 117*, *supra* nota 33, p. 266; y *System der Strafrechtlichen Zurechnung*, *supra* nota 32, p. 66.

4) En definitiva, la constitución motivatoria individual del autor sólo se toma en consideración si ello no afecta la vigencia de las normas, y esto vale tanto para la pregunta por el “sí” como para la pregunta por la “medida” de la culpabilidad.

5) El principio de que la culpabilidad debe determinarse con arreglo a las capacidades individuales del autor (*ultra posse nemo obligatur*) sólo rige de manera irrestricta en relación con las capacidades físicas e intelectuales del autor. En cambio, no se extiende sobre la capacidad de motivación, que queda regida por criterios de prevención.

VII. Bibliografía

ACHENBACH, Hans, “Individuelle Zurechnung, Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld”, en Bernd SCHÜNEMANN (comp.) *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlín-Nueva York, Walter de Gruyter, 1984, pp. 135 ss.

BACIGALUPO, Enrique, *Tipo y error*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973.

CÓRDOBA, Fernando, *La evitabilidad del error de prohibición*, Madrid *et al*, Marcial Pons, 2012.

DOMÍNGUEZ HENAÍN, Daniel, “Art. 35”, en BAIGÚN, David/ZAFFARONI, Eugenio (dirs.), *Código Penal y normas complementarias*, 2.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2007.

DONNA, Edgardo, “Culpabilidad y prevención”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año III, n.º 4-5, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, pp. 204 ss.

EISELE, Jörg, “Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff.”, en SCHÖNKE/SCHROEDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29.ª ed., Múnich, C. H. Beck, 2014.

JAKOBS, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlín *et al.*, Walter de Gruyter, 1991 [1983].

- , *Das Schuldprinzip*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1993.
- , “Drei Bemerkungen zum gesellschaftsfunktionalen Schuld begriff” en *Kühl-FS*, Múnich, 2014, pp. 281 ss.
- , “Individuum und Person, Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung”, en *ZStW 117* (2005), pp. 247 ss.
- , *Schuld und Prävention*, Tübingen, Mohr, 1976.
- , “Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit?”, en Dieter HENRICH [comp.], *Aspekte der Freiheit*, (Schriftenreihe der Universität Regensburg), Regensburg, Mittelbayerische Druckerei- und Verlagsgesellschaft, 1982, pp. 73 ss.
- , “Strafrechtsschuld und ‘Willensfreiheit’”, en AA.VV., *Interdisziplinäres Plenum Bewusstsein und Willensfreiheit*, Paderborn et al., Ferdinand Schöningh, 2013, pp. 29 ss.
- , *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2012.
- , “Über die Aufgabe der subjektiven Deliktsseite im Strafrecht”, en Hermann WITTER (comp.), *Der psychiatrische Sachverständige im Strafrecht*, Berlin-Heidelberg, Springer, 1987, pp. 271 ss.
- , “Über die Behandlung von Wollensfehler und von Wissensfehler”, en *ZStW 101*, 1989, pp. 516 ss.
- JESCHECK, Hans-H./WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5.^a ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1996.
- KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, Otto Schwartz & Co., 1954.

—, “Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum”, en BOCKELMANN, Paul *et al.* (comp.), *Festschrift für Eb. Schmidt zum 70. Geburtstag* (citado como FS-Schmidt), Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1961, pp. 319 ss.

MORENO (h), Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, t. II, Buenos Aires, Tommasi Editor, 1922.

NINO, Carlos, “La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos”, en Patricia ZIFFER/Horacio ROMERO VILLANUEVA, *Summa Penal* (dir.), t. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, pp. 876 ss.

RIGHI, Esteban, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

ROXIN, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, t. I, 4.^a ed., Múnich, C. H. Beck, 2006.

—, “‘Schuld’ und ‘Verantwortlichkeit’ als strafrechtliche Systemkategorien”, en ROXIN, Claus *et al.* (comp.), *Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. Sept. 1973* (citado como FS-Henkel), Berlín *et al.*, Walter de Gruyter, 1974, pp. 171 ss.

SANCINETTI, Marcelo, *Casos de Derecho penal, Parte general*, t. 1, 3.^a ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

—, *Sistema de la teoría del error en el Código penal argentino*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990.

STRATENWERTH, Gunter/KUHLEN, Lothar, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat*, 6.^a ed., Múnich, Vahlen, 2011.

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. I y III, 11^a reimpresión total, Buenos Aires, TEA, 1999.

TIMPE, Gerhard, “Normatives und Psychisches im Begriff der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums”, en *GA*, 1984, pp. 51 ss.

ZAFFARONI, Eugenio/SLOKAR, Alejandro/ALAGIA, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, 2.ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2002.