

Áyax culpable. Un mito con variaciones penales¹

Hans-Ulrich Eckert

Bergische Universität Wuppertal, Wuppertal, Alemania

h.u.eckert@googlemail.com

El caso de Áyax, datos esenciales sobre los hechos

COMO BIEN NOS RECUERDA LA charla inaugural del encuentro que dio lugar al presente libro, Áyax, hijo de Telamón, mató a un rebaño de animales al encontrarse en un estado de furia desenfrenada, confundiéndolos con sus enemigos. Una vez que recuperó la conciencia, se dejó caer sobre su espada, avergonzado por la pérdida de su honor. Tras la muerte de Aquiles, Áyax había ganado fama y reconocimiento por su papel en la recuperación del cadáver del héroe, y había solicitado a cambio la armadura y las armas del caído, tal como se lo había prometido su madre, la diosa Tetis. Dado que Odiseo, un protegido del alto mando del ejército, había formulado una petición similar, fue necesario un laudo arbitral para evitar el duelo que, de otro modo, habría tenido lugar entre ambos contendientes. La asamblea militar responsable² falló a favor del elocuente Odiseo. Áyax

1 Eckert, Hans-Ulrich. "Aias in Der Schuld. Ein Mythos Mit Strafrechtlichen Variationen." En: *Schuld und Scham*. Eds. Pontzen, Alexandra y Heinz-Peter Preusser. Heidelberg: Winter, 2008. 39-58. Traducido por Matías Afanador Laverde y revisado por William Díaz Villarreal. El traductor agradece a Melissa Villegas Briceño y Jennifer Fonseca por su asesoría en el manejo de la terminología jurídica y el léxico griego del texto original. Para facilitar la lectura, se ha optado por usar la transliteración de los términos que el autor usa en griego en el original, y poner entre paréntesis rectos la traducción más adecuada según el contexto. En algunos casos, bien sea porque el término en cuestión ya es moneda corriente o porque su sentido es claro por el contexto, no se ha agregado la traducción. En cambio, cuando el término y la comodidad del lector lo ameriten, se agregarán notas explicativas al pie [N. del T.].

2 Compuesta por los *basileis* [reyes] al mando de los contingentes militares participantes en la campaña de Troya. De acuerdo con otras versiones (Arctino de Mileto y Esquilo), el tribunal decisorio debió estar compuesto por prisioneros troyanos; según el poeta épico Lesques de Pirra, la votación debió revelarse bajo las murallas de Troya, pues los aqueos no se atrevían a tomar una decisión por sí solos. Para más detalles, véase Friedrich Gottlieb Welcker: *Über den Aias des Sophokles*. En: *Kleine Schriften zur Griechischen Literaturgeschichte. Parte 2*. Bonn: Weber 1845, pp. 264-355, aquí 272-276; Otto Rossbach:

aceptó inicialmente la decisión, pero fue incapaz de asimilar la pérdida de su pretendido derecho; por ello, la siguiente noche se acercó sigilosamente a las tiendas de campaña de Agamenón y Menelao, comandantes supremos del ejército aliado, con el fin de asesinarlos para vengar la humillación sufrida. Sin embargo, la diosa Atenea le provocó un ataque de locura³ y, en lugar de asesinar a sus enemigos, Áyax mató a un rebaño de ovejas (que era parte del botín de guerra sin repartir) junto con sus pastores.

La culpabilidad en tiempos arcaicos

Dentro de su naturaleza mítica, resulta difícil reducir este acontecimiento delictivo a los marcos de percepción propios de nuestro Estado constitucional moderno.⁴ A pesar de ello, el proceso sigue siendo provechoso para la comprensión histórico-jurídica de las líneas evolutivas del derecho penal.

A nivel temático, la dramaturgia de la acción está determinada por la lucha por la *dikē* [justicia] negada a Áyax, es decir, por el arquetipo de lo que alguien tiene derecho a exigir. Para el noble *basileus* [rey]⁵ ante Troya, en

Aias. En: Paulys *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, primer volumen. Nueva edición. Editado por Georg Wissora. Stuttgart: Druckenmüller 1893, columnas 930-936, cada uno con citas detalladas de las fuentes.

- 3 No hay indicios sobre esta pérdida de control en los antiguos textos homéricos, ni siquiera en las obras de Arctino y Píndaro. El término, introducido por Lesques en la trama, sirve en la tragedia políticamente ambiciosa de Sófocles para hacer evidente el estatus marginal de quien desafía las normas de la *patrios politeia* [el orden político tradicional]. Citas de las fuentes en: Rossbach, *Aias* (nota 1), columna 933; Welcker, *Über den Aias* (nota 1).
- 4 Ante todo, es difícil comprender los preceptos públicos arcaicos sobre la sucesión mediante las categorías modernas del derecho penal militar. Pero incluso una mirada más bien civil del intento fallido de asesinato por venganza contra los dos Atridas, así como de Odiseo y sus seguidores, junto a los daños materiales al ganado capturado (incluyendo graves abusos en materia de protección animal y el no menos importante asesinato de los pastores) apenas si puede reflejar, aunque sea de manera aproximada, la estructura social del acontecimiento. En consecuencia, resulta marginal el asunto de si la *theia mania* [locura divina] ya había afectado al perpetrador antes de emprender el crimen, o si la decisión de cometerlo se tomó únicamente bajo la influencia de este estado psíquico excepcional: de ello depende la cuestión central de la conducta punible, pues en el derecho penal contemporáneo, los estados psíquicos alterados pueden excluir el elemento volitivo de la conducta, lo que a su vez afecta la posibilidad de atribuirle culpabilidad. El contenido mítico del evento como destino en cualquier caso inevitable solo varía por el colorido con el que se desarrolla la acción.
- 5 Aunque “rey” es la traducción más literal del término *basileus*, cabe aclarar que su significado no concuerda siempre con la noción de un rey o monarca absoluto, propio de épocas posteriores. En tiempos homéricos, *basileus* era un líder político-militar de

primera instancia, esta consiste en la armadura de Aquiles, pero en el contexto de su *timē* [honor] particular, también es una reivindicación irrestricta de reconocimiento, la cual le impide aceptar que siendo el guerrero más fuerte de los aqueos, pueda estar por debajo de Odiseo en su sociedad heroica arcaica. Por eso, el laudo arbitral le parecía sin duda corrupto,⁶ y Odiseo, en cuanto responsable de esa perversión de la justicia, debía rendir cuentas por ello. Sófocles hace que Áyax le diga a la diosa Atenea: “Aquel (es decir, Odiseo) debe otorgarme una *tisis* [retribución] por lo que me corresponde (*dikē*)”. Solo así podrá restablecerse su sentido de justicia.⁷

Por lo tanto, la pretensión sigue siendo materialmente aplicable, pues en cuanto acto de desagravio, la *tisis* [retribución] toma de manera incondicional el lugar de la *dikē* denegada,⁸ y con esta estricta perspectiva de equilibrio adquiere el carácter de una restitución en especie. Como Áyax no solo se vio afectado en sus intereses materiales, sino que también sufrió una pérdida de respeto aún mayor en su *timē* [honor] en general a raíz del laudo arbitral, la compensación mediante el simple intercambio de bienes ya no puede ser suficiente. El fallido intento de asesinato no es, por eso, un simple acto de venganza, sino una pena retributiva, sobre todo si se tiene en cuenta que en la antigüedad era difícil separar, en el proceso penal, los aspectos derivados del interés egoísta de aquellos derivados de la soberanía del individuo, pues ambos tendían a coincidir con lo *physei dikaion* [lo justo por naturaleza] del más fuerte.⁹ Aunque desde una perspectiva moderna,

gran prestigio, una especie de jefe tribal que antecede a los funcionarios con poderes ejecutivos propios de la época de consolidación de la *polis* [N. del T.].

6 cf. Sófocles, *Aj*, 449: “En otras circunstancias no se habría podido tomar una decisión así”. Traducción según Erik Wolf (*Griechisches Rechtsdenken 2. Rechtsphilosophie und Rechtsdichtung im Zeitalter der Sophistik*. Frankfurt/M Klostermann 1952, p. 209), cuya interpretación también se sigue en lo sucesivo. La valoración expresada por Áyax coincide plenamente con la tradición común, pues las múltiples versiones literarias de la historia ya habían destacado tempranamente que Áyax en realidad había sido deliberadamente perjudicado o incluso engañado —por Atenea, como castigo por su arrogante falta de respeto hacia los dioses—, cf. Roszbach, *Aias* (nota 1), pp. 932 ss. En este sentido, la valoración del perpetrador sobre sus propios actos es completamente “objetivable” para el espectador de la tragedia ática, por lo que no se reduce a un simple intento subjetivo de justificación.

7 Ibid., p. 113.

8 Wolf, *Griechisches Rechtsdenken* (nota 4), pp. 209 ss.

9 En la medida en que surjan dudas sobre si el brusco tratamiento de Odiseo, quien debe otorgar una reparación, aún satisface de verdad la equivalencia inherentemente jurídica entre la pretensión violada y la indemnización —véase al respecto Wolf, *Griechisches*

e incluso desde el punto de vista sofista, se podría lamentar una falta de conciencia jurídica, la desmesura de Áyax se revela en esencia como una expresión de la excepcionalidad de su *physis* [naturaleza], determinada por su noble linaje. En términos homéricos, se trata del *kalos kai agathos* [bello y bueno] heroico, cuya única medida es la *aretē* [virtud] guerrera.

Así, el planteamiento arcaico de Áyax parece estar completamente dentro del derecho, al menos de su derecho. Su caída se presenta como la consecuencia lógica de una lucha de poder perdida —o sea, un riesgo profesional del héroe homérico, ya que las normas de conducta para la victoria y la derrota le imponen rituales de aceptación que dejan muy poco espacio para la valoración personal o incluso para el ejercicio de la influencia—. ¹⁰ Áyax está *obligado*, por su posición social, a reclamar la *tisis* [retribución] compensatoria, pero no asume culpa alguna por la agresión. Tras el fracaso de su empresa, está *obligado* a restaurar su *timē* [honor] herido de alguna manera, pero con ello no expía ninguna culpa. La nobleza del *basileus* [rey] heroico es demasiado indiscutible, y la interpretación arcaica de los acontecimientos resulta excesivamente elemental al estar subordinada al automatismo del ritual como para permitir un acceso diferenciado a la cuestión de la responsabilidad. Incluso el desinterés de Áyax por la simpatía divina hacia su *physei dikaios*¹¹ [carácter naturalmente justo] no es todavía objeto de acusación en el contexto arcaico; antes bien, el abandono del vencido por parte de los olímpicos se agota en un mero simbolismo del escenario de la caída. La culpa no es una categoría de la existencia heroica¹² y no porque esta sea tan “heroica”, sino porque en realidad no tiene alternativa.

Rechtsdenken (nota 4), pp. 209 ss.—, estas se basan en la interpretación de Sófocles (influida por los sofistas), y no en el diseño arcaico de la figura mítica.

10 Véase Sófocles, *Aj*, 479 ss: “Vivir con gloria o encontrar gloria en la muerte / es la predisposición bajo la que se encuentra un hombre de noble linaje”.

11 *Ibid.*, 767–775.

12 Este vínculo de la grandeza monumental con la ausencia arcaica de culpa también permite entender la razón por la cual Pausanias (110–180 d.C.) informaba que, en su época, Áyax era venerado en Atenas y que en Salamina había un templo consagrado a él, en cuanto este culto se basaba en una imagen completamente diferente de la del Áyax de Sófocles. Pausanias: *Beschreibung Griechenlands*. Edición en dos volúmenes. Traducido del griego y anotado por Ernst Meyer. Zürich: Ex Libris 1967, pp. 93 ss. (Ática 35.3).

Lo culpable en un contexto de cambio social

Ante un escenario completamente diferente, se presenta el acontecimiento como dramatización de la *patrios politeia* [el orden político tradicional] en la tragedia de Sófocles. Contra todo pronóstico, el grande, el incomparablemente único y desmesurado Áyax se enfrenta al *nomos* [la ley] de la *polis*, en el que se han establecido “los muchos” (*hoi polloi*)¹³ de tiempos antiguos, quienes reclaman un derecho diferente. La implacable asertividad del héroe y su arrogancia son puestas en entredicho bajo un orden legal de orientación colectiva que pone límites estrechos al despliegue desenfrenado de lo *physei dikaion* [lo justo por naturaleza]. Tras este cambio de escenario, el régimen de honor para el *basileus* [rey] en la sociedad heroica se vuelve muy desfavorable, pues ahora debe afirmarse en el campo de tensión por la pugna entre la gloria heroica y el derecho de la *polis*, e incluso reposicionarse allí de nuevo. Lo que se le exige es nada menos que alinear su concepto de *dikē* [justicia] con posiciones jurídicas en competencia.

Antes que nada, esto implica la aceptación de la institución del poder jurídico. En este sentido, Sófocles hace que Agamenón declare lo siguiente en la discusión sobre la admisión del suicida en los ritos funerarios:¹⁴ “Ninguna constitución (*katastasis*), ningún orden jurídico (*nomos*) pueden surgir y perdurar si alguien que ha ganado un litigio puede volver a ser despojado de su derecho”.¹⁵ Así, la *dikē* [justicia] se convierte en una pretensión del conjunto social, y *obliga* a quienes comparten la misma ley a someterse la decisión judicial una vez emitida. Sin embargo, también la contraparte tiene consideraciones por asumir: en contra de la resistencia de los poderosos, Teucro impone la *dikē* [el derecho] del muerto (¿y su clan?) al cumplimiento total de los rituales funerarios.¹⁶ Estos están protegidos por el *daimonōn nomos* [la ley divina], es decir, por las costumbres sagradas transmitidas desde tiempos inmemoriales.¹⁷ Así, la *hybris* [soberbia] impía no es solo la furia de

13 cf. Sófocles, *Aj*, 683, 686 ss.

14 En la pieza de Sófocles, el suicidio de Áyax produce una disputa sobre si el cadáver debe sepultarse o no. Teucro sostiene que el héroe merece los funerales correspondientes, mientras que Menelao y Agamenón sostienen que el cadáver debe permanecer insepulto [n. del t.].

15 Ídem, 1246-1248.

16 Ídem, 1110 ss., conforme al aporte de Odiseo, 1342, 1344, 1363.

17 Ídem, 1130 ss.: pregunta de Menelao, confirmada por Teucro; Odiseo 1343 ss.

Áyax contra Odiseo y los suyos,¹⁸ y su atentado contra los comandantes,¹⁹ sino también la negación del entierro por parte de Menelao,²⁰ y la posible amenaza de los aqueos a Eurísaces, el hijo de Áyax.²¹

En este entorno, donde el equilibrio de intereses parece haberse convertido en el tema central, la consideración por el deber heroico del hombre noble es más bien reducida. Lo que el honor exigía antes como obvio, aquí se convierte en un crimen, y el héroe pasa de modelo a seguir a ejemplo disuasorio. No cabe duda: Áyax ha perdido la orientación, como un fósil que se aferra a tradiciones obsoletas, incapaz de imponerse frente al creciente poder colectivo de la *polis*, y sucumbe finalmente por el conflicto cultural y normativo. Desde el punto de vista de la historia del derecho —que incluye el tratamiento literario del mito heredado en la tragedia ática—, el texto destaca la instauración del carácter obligatorio de enunciados normativos y de valor nuevos, durante y después de un cambio social.

La *polis* tiene interés en limitar el desarrollo del individuo a su *metron* [medida] y *meson* [medio], es decir, a su justa medida de moderación y equilibrio. Por ello, cualquier transgresión de este límite es inculpada. Así, Áyax cae ahora —aunque solo ahora y desde esa perspectiva— en la culpa de no querer someter su singularidad a la ley de “los muchos”.²² Constructivamente, la culpa no es entonces el resultado de una determinación, sino su componente táctico *atributivo* en el conflicto entre dos sistemas normativos en competencia. Así pues, ella debe definirse ante todo solo por el choque de posiciones y demandas sociales; de esta manera, surge del contexto civil por la naturaleza vinculante de las obligaciones jurídicas. Lo ausente del repertorio arcaico de Áyax se le exige aquí como culpa: la *dikē* [justicia] de su igual en la ley, con quien debe reconciliarse.

Tales contrastes normativos tampoco son ajenos a las estructuras de criminalidad “modernas”. Así, en el ámbito macrosocial, Thorsten Sellin desarrolló una *teoría del conflicto cultural* a partir del fenómeno migratorio

18 Ídem, 304, 1061.

19 Ídem, 1081 ss.

20 Ídem, 1092 (coro).

21 Ídem, 560.

22 Ídem, 761 ss: todo aquel que es de *physis* [naturaleza] humana está obligado a comportarse principalmente de acuerdo con su humanidad; por eso, dado el caso, no puede agotar esa *physis*, sino que debe someterse a los dioses.

norteamericano.²³ A mediados del siglo pasado, la criminalidad de bandas se explicaba a menudo por las contradicciones *subculturales* entre los sistemas de valores generales y los específicos de cada grupo.²⁴ Estudios más recientes sobre los orígenes de la criminalidad financiera constatan también una *fragmentación de valores* a nivel intrapersonal, es decir, una disposición diferente, de acuerdo con la situación y las expectativas según el rol desempeñado, para adherirse incondicionalmente a normas que se reconocen como fundamentalmente vinculantes —en especial, con el apoyo de las correspondientes redes sociales—.²⁵ El monopolio de la violencia por parte de los estados contemporáneos suele restar contundencia normativa a las estructuras divergentes en el trato diario, pero no así al potencial de conflicto, de modo que la situación sigue coincidiendo con la que describe Sófocles, al menos en términos del tipo de control.

La mayor presión de legitimación *post statum nascendi* [después de nacer] se deriva de la interpretación sacerdotal y mítica de la cuestión —y por supuesto, de su distorsión mítica— a partir del potencial de intervención de la familia de los dioses. En tiempos más arcaicos esta no se perfilaba necesariamente como una instancia mediadora; ahora, sin embargo, se vuelve imperiosa para la reorganización del *nomos* [derecho], entendido originalmente como *theios* [sagrado], que debía ser reemplazado por posiciones más flexibles. El mortal despojado de su singularidad y autonomía debe tener *aidōs*, es

-
- 23 Thorsten Sellin: *Culture Conflict and Crime*. Nueva York: Social Science Research Committee Bulletin 41, 1938. La contribución a este volumen de Ramona Katrin Buchholz sobre el discurso de afrontamiento en Alemania del Este también señala un contraste disruptivo de normas, típicamente macrosocial y de carácter “secundario” —es decir, por un desfase temporal—, en la medida en que se trata de desviaciones que solo se criminalizan a partir de una valoración actual. El reconocimiento de un error de prohibición, exculpatorio e invencible, sigue siendo una rareza; véase, sin embargo, el caso BGH 5 str 137/96 (disparo mortal contra un desertor armado y no uniformado).
- 24 Véanse las teorías subculturales de William Foote Whyte: *Street Corner Society. The Social Structure of an Italian Slum* [1943]. 2ª edición. Chicago: Univ. of Chicago Press 1955; y Albert K. Cohen: *Delinquent Boys. The Culture of the Gang*. Glencoe III: The Free Press 1955, o Richard A. Cloward y Lloyd E. Ohlin: *Delinquency and Opportunity. A Theory of Delinquent Gangs* [1960]. Londres: Routledge & Paul 1961.
- 25 Karstedt y Farrall: *The Moral Maze of the Middle Class*. En: *Images of Crime II. Representations of Crime and the Criminal in Politics, Society, the Media and the Arts*. Editado por Hans-Jörg Albrecht, Telemach Serassis y Harald Kania. Friburgo de Brisgovia: Schriftenreihe des Max-Planck-Institutes für ausl. u. int. Strafrecht. Serie K, Vol. K 113, 2003, pp. 65-94; Kai-D. Bussmann y Steffen Salvenmoser: *Internationale Studie zur Wirtschaftskriminalität*. En: *nstz* 26 (2006), número 4, pp. 203-209, aquí p. 207 con citas.

decir, un temor sagrado a los dioses, debe encontrarse con ellos, pues de lo contrario, en su desmesura, se precipitará a la *hybris* [soberbia]. “En este encuentro, un ser humano experimenta sus límites, y con ello el fundamento en el que se basa y el tiempo en que madura su esencia”.²⁶

Áyax pierde esta oportunidad. En su famoso “discurso del engaño” deja pasar sin crítica alguna las principales instituciones jurídicas de la *polis* y le da a entender al coro que quiere honrar a los dioses²⁷ y volver al *kosmos* —es decir, a la unidad del todo con los dioses—, pero en realidad no abandona sus pretensiones de singularidad heroica. Tras su viaje temporal al mundo sofista de la *polis*, no logra reconocer los signos de *este* tiempo.

Obligatoriedad y dependencia

Por qué esto es así, todavía no tiene importancia. Incluso ahora, Áyax no es realmente culpable. En la *polis*, se convierte ciertamente en *deudor* de esa *polis*, pues niega su primacía y, por lo tanto, está *en deuda* con ella, pero no se trata de la acusación de una falta personal. De igual forma, la dimensión mítica del proceso aún está demasiado presente; la competencia y pluralidad de las *nomoi* [leyes] humanas están demasiado cerca en términos históricos, como para que la *polis* se imponga a sí misma en *hybris* [soberbia]. No se le reprocha la fijación de su *physis* [naturaleza] en la autonomía existencial, sino que se pone de manifiesto que tal fijación conduce a la *hybris* y la perdición cuando no se encuentra y se mantiene la justa medida (*metron*) —y esto no se da a entender de manera personal—. A fin de cuentas, Moira, la providencia que dispone, y Ate, el destino que impone, controlan de cerca el marco que condiciona los acontecimientos —al tiempo que le muestran al que fracasa la vía para hacerse valer como *anēr dikaios* [hombre justo] en el cumplimiento de su destino—. Esto, por supuesto, según el derecho antiguo, lo cual descalifica automáticamente la solución elegida como opción secundaria a pesar de, o debido a su efecto heroico.

²⁶ Wolf, *Griechisches Rechtsdenken* (nota 4), p. 201.

²⁷ Sófocles, *Aj*, 710-713. Áyax había “vuelto a honrar a los dioses con todos los sacrificios (apropiados), tal y como son *thesmios* [apropiados a la ley divina]; de este modo, restauró la *eunomia* [el buen orden] con el mayor respeto [*sebōn megista*]”. —traducción de Wolf, *Griechisches Rechtsdenken* (nota 4), p. 207.

Sin embargo, realmente no había espacio para un *happy end*. La arrogancia y la locura demoníaca del héroe le debían parecer demasiado desmesuradas incluso al espectador de la *polis* ática, como para que una *exculpación* sin una sanción drástica pudiera ser considerada seriamente.²⁸ Estructuralmente, liberarse de una *adikia* [injusticia] definida por la *polis* era casi imposible en vida, y en la muerte queda como un regreso al mundo arcaico. Solo la distancia mítica hacía que el personaje fuese soportable en general, y permitía una exageración que le daba contorno perceptible a su tragedia: su falta de flexibilidad social.²⁹

La base de esta concepción de la culpa es siempre un *conflicto de integración*; sus numerosas reproducciones literarias sugieren que la figura trágica del “culpable sin culpa” puede considerarse incluso como esquema rector para la resolución efectiva de las pérdidas de control. Característico de ello es no solo la relación de intercambio entre exigencia y mérito —que más tarde se repite en el sistema de acciones del derecho penal romano³⁰— sino también, consecuentemente, la implacabilidad con la que las determinaciones externas del comportamiento se oscurecen ante de la construcción de la necesidad de reacción.

En el texto de Sófocles, esto aparece con especial nitidez —lo cual es también una muestra de su fina ironía al tratar con adversarios normativos de la *polis* —, cuando tiene un efecto exculpatorio en el sentido del derecho

28 La doctrina y la jurisprudencia penales alemanas contemporáneas también tienen dificultades con el tratamiento de la figura equivalente del sujeto criminal por convicción: según el artículo 17 del Código Penal Alemán (StGB), el reconocimiento de un error de prohibición exculpatorio e invencible está sujeto generalmente a requisitos más estrictos que los que se aplican para evitar una acusación de conducta negligente. Véase Thomas Fischer: *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 55ª ed. Múnich: Beck 2008, Art. 17 Rdn. 8. El arraigo en un contexto cultural ajeno únicamente se considera como atenuante en delitos por omisión —véase igualmente la nota 25—.

29 Si la interpretación literaria busca elevar el suicidio de Áyax a una “síntesis entre los anhelos humanos de autonomía y la exigencia divina de subordinación”, porque “con él se completaría la unidad de los opuestos y el individuo se integra con el cosmos” —según Reinhart Grütter: *Untersuchungen zur Struktur des sophokleischen Aias*, disertación, Kiel 1971, pp. 42 ss.; 150 ss.; citado por Rainer Rauthe: *Epílogo*. En: Sófocles: *Aias*. Traducido del griego y editado por Rainer Rauthe. Stuttgart: Reclam 1990, pp. 163-171, aquí 169—, tal visión puede integrarse sin dificultad en la evolución de la historia de las ideas, pero hace que la pieza teatral pierda su agudeza política al tiempo que no logra captar adecuadamente los aspectos dogmático-jurídicos de la obra.

30 Fundamentalmente, véase Hilde Kaufmann: *Strafenspruch. Strafklagrecht. Die Abgrenzung des materiellen vom formellen Strafrecht*, Gotinga: Otto Schwartz & Co. 1968.

de la *polis*, esto es, en la debacle del intento homicida. Según su propio relato, Atenea “arrojó ideas engañosas ante los ojos (de Áyax)”,³¹ de manera que él “creyó que asesinaba a los dos atridas con su propia mano”³² —en la terminología actual, algo así como una alucinación o una afección de alta intensidad, pero en cualquier caso una alteración profunda de la conciencia que hace incontrollable el entramado de motivaciones del perpetrador y que, desde un punto de vista actual, excluye su responsabilidad individual por falta de culpabilidad—.³³

Esta restricción es lógicamente obligatoria para una norma sancionatoria típica del derecho penal, porque una pérdida de control solo puede imputarse cuando el sujeto de la norma estaba en condiciones de recibir y acatar el llamado de conducta. Pero aquí, como los innumerables epígonos y precursores literarios de una concepción acusatoriamente neutral de la culpa, no se trata de un derecho penal narrado. Su concentración superficial en un control social estáticamente organizado —es decir, obligado a asegurar la existencia de normas protegidas—, deja poco espacio para la interpretación del comportamiento humano. De ahí que sea muy probable que los encuentros perturbadores con el destino se representen también, o sobre todo, en otros niveles, bajo perspectivas completamente diferentes y con facetas muy diversas de lo permitido por el marco de percepción tradicional de la transgresión legal.

El carácter simbólico —es decir, idealmente exagerado— del tratamiento del material en Sófocles es evidente. Su forma extraña y su distanciamiento mítico son precisamente las que le otorgan un perfil inconfundible al conflicto normativo esbozado. La rutina pormenorizada del procedimiento fiscal sería un obstáculo, sobre todo porque la concisión jurídico-dogmática del procedimiento en el marco del antiguo proceso penal ático no puede seguir el ritmo de la reconstrucción literaria de los hechos. El derecho penal no tiene un monopolio sobre el concepto de culpa, aunque ciertamente ha hecho méritos para precisarlo.

31 Sófocles, *Aj*, 51 ss.

32 *Ibid.*, 56 ss.

33 Véase, por ejemplo, el artículo 20 del actual Código Penal Alemán.

La estructura personal de la responsabilidad penal

En el *Áyax* de la tragedia ática, la culpa se consideraba como atributo de una posición social; la responsabilidad por el patrimonio propio aún no se había inventado, o por lo menos no desempeñaba ningún papel. La interpretación específicamente *penal* del fenómeno comienza cuando la categoría de derecho civil de lo culpable trasciende su contexto del derecho de obligaciones —es decir, civilista— y empieza a revelar la relación personal del sujeto activo y la conciencia de la antijuridicidad en el momento de dañar un bien jurídico protegido por el Estado.

Según la legislación vigente, el autor de un delito es en principio responsable penalmente del daño causado solo si podía reconocer la ilicitud de su acción y poseía voluntariedad, es decir conciencia de la acción y voluntad a la hora de actuar.³⁴ Por supuesto, esta exoneración no es a cambio de nada: hace que, allí donde ya no cabe la exclusión de la culpa, la infracción de la norma sea ahora un asunto exclusivo del infractor en cuyo poder está la comisión del delito, y así —como mecanismo de un control social resistente al cambio— reclama la “inocencia”, es decir, una afirmación de la validez legal de las condiciones que hicieron posible el delito.

Valor de éxito, valor de acción, desaprobación socioética

Estructuralmente, la imputación del perpetrador comienza usualmente con una incriminación del daño causado, es decir, una delimitación factual del *valor de éxito*. El uso indebido de patrones de control personal pasa al primer plano como *valor de acción*, donde una comprensión más bien instrumental de la sanción comienza a desplazar gradualmente a la víctima de su rol de demandante. Usualmente, los primeros efectos de este enfoque se manifiestan como una *personalización del agravio*. Incluso la diferenciación

34 Esto se aplica sin restricciones a los adolescentes y menores de edad — véase el Artículo 3 de la Ley de Justicia Juvenil—; para los adultos, sujetos a una presunción refutable de responsabilidad penal, la falta de voluntariedad debe partir de alguna de las características especiales delineadas en el inventario de trastornos de personalidad del artículo 20 del Código Penal Alemán (trastorno mental patológico, trastorno profundo de la conciencia, demencia), siempre y cuando la alteración en la capacidad de autocontrol no se deba a la situación, como cuando hay un error de prohibición inevitable (artículo 17 del Código Penal Alemán) o en un estado exculpatorio de necesidad.

de la infracción en formas de comisión dolosa y culposa muestra claramente que la valoración del éxito no depende únicamente —ni siquiera en primer lugar— de la magnitud del daño, sino sobre todo de la resonancia afectiva con la que el perpetrador percibe el interés de protección de los bienes jurídicos lesionados.³⁵

Sin embargo, este desplazamiento de énfasis del valor de éxito al de acción no se logra del todo, pues la protección de los bienes jurídicos orientada al éxito del delito sigue siendo la preocupación central del proceso de control, incluso cuando se lleva a cabo constructivamente a partir del rasgo de conducta en la violación del deber. Así, la imputación por el delito culposos sigue dependiendo del éxito, aunque su realización efectiva tras la violación del deber de cuidado ya no esté bajo el control del perpetrador.³⁶ El intento consumado participa del privilegio de retractación, aunque el hecho ya se haya completado mediante el último acto parcial del curso de acción proyectado. Y el delito de omisión impropia permanece fijado a la violación del bien jurídico protegido, pese a que el garante solo haya podido neutralizar el momento de amenaza de su inacción ignorando, irrevocablemente el llamado de conducta del orden jurídico tan pronto como expiró su última oportunidad de intervención salvadora, por mencionar apenas algunos ejemplos.

No obstante, cuando fracasa una estructuración completa de la prohibición debido al perfil del bien jurídico protegido, resulta lógico convertir la transgresión misma en el objeto de la imputación. El derecho penal alemán ha incorporado este enfoque constructivo, y hoy distingue de forma estricta entre *ilegalidad*, que marca las exigencias del orden jurídico, y *culpa*, que convierte la infracción jurídica comprobada en objeto de una acusación individual. Los inicios de esta evolución se remontan a la recepción del derecho romano, y el debate más reciente se orientó en la doctrina del derecho natural de Samuel von Pufendorf,³⁷ quien en los *Pensamientos sobre*

35 Véanse, por ejemplo, los marcos penales de muerte por negligencia (Art. 222 del Código Penal Alemán), homicidio intencional (Art. 212 del Código Penal Alemán) y asesinato con alevosía (Art. 211, 2º grupo de casos del Código Penal alemán), cuya escala de sanciones solo considera la perspectiva de la víctima como algo secundario.

36 La denominada doctrina del aumento del riesgo pretende que la responsabilidad penal solo dependa de si la conducta negligente ha incrementado la probabilidad de que se produzca el resultado, y, de este modo —desde una perspectiva procesal— traslada la carga de la prueba al perpetrador, lo cual, sin embargo, no es compatible con el derecho vigente.

37 Samuel von Pufendorf: *De iure naturae et gentium. Libri octo* (1672). Reimpresión de la edición de Fráncfort 1711. Hildesheim: Olms 2001.

la *imputación* presentó por primera vez un concepto cuyo enfoque flexible parecía asegurarle una actualidad casi atemporal. Inicialmente, la imputación se basaba en la capacidad del perpetrador para controlar sus actos. La acción entonces se consideraba obra de este, en función de la libertad con la que se había cometido; y en consecuencia, él solamente era considerado destinatario de la sanción si había hecho uso indebido de dicha libertad.

La principal marca orientativa es, por lo tanto, la *desaprobación* —entendida en términos *socioéticos*— *del perpetrador*, quien ha demostrado con su acción una deficiencia reprensible en la conciencia jurídica adecuada. Desde el punto de vista dogmático esto significa un cambio de época, aunque no verdaderamente una *ventaja* para el héroe homérico. Este nuevo enfoque en el derecho penal solo le aporta una verdadera ganancia en la valoración del intento fallido de cobrar por mano propia su *tisis* [recompensa] perdida, ya que en este caso la pérdida de control conduce directamente a la exclusión de la culpa. Pero tal exoneración solo sería relevante dentro de una valoración específicamente personal / subcultural de Áyax, porque la exigencia normativa definida por la *polis* se ve menos lastrada por el fracaso —del intento de asesinato— que por la consumación total del plan delictivo. Entonces, si su ejecución hubiese comenzado antes del inicio de la *theia mania* [locura divina], solo se suprimiría la punibilidad de la tentativa del asesinato si el fanático se presentase como *criminal por convicción* —algo que, incluso en el ordenamiento jurídico extranjero se considera hoy una proeza forense que solo se consigue excepcionalmente—.

El problema del libre albedrío

El principio de culpabilidad, así concebido, tiene sin duda una debilidad central. Presupone, en términos normativos, que el ser humano realmente está en condición de decidir en contra del llamamiento de la ley penal. Mientras el racionalismo, con su inquebrantable confianza en la razón humana, dominaba la escena de la historia intelectual, las dudas con respecto a la fuerza modeladora de la voluntad apenas tenían cabida. Sin embargo, una vez que el modelo de libre albedrío comenzó a cuestionarse, difícilmente podía seguir usándose para reclamar responsabilidad personal, pues, como se sabe, la prueba existencial de la libertad no puede establecerse con los instrumentos de la ciencia social ni con su contraparte determinista. Por lo tanto, solo es empíricamente perceptible como una *cualidad de la experiencia*, y de momento se escapa de cualquier

explicación posterior que, como un impulso fugaz, es siempre reactivado de nuevo en la complejidad infinita de la acción social, capaz de teñir los hechos de un matiz personal, entre la legalidad y el deseo caprichoso, que, sin embargo, difícilmente puede controlarlos.³⁸

El concepto de acusación también se vio afectado comprensiblemente bajo esta relativización de la idea de imputabilidad. Durante el cambio del siglo XIX al XX, las primeras reacciones de pánico lo desvirtuaron y lo convirtieron en una comprensión *descriptiva* que reducía el contenido de la culpabilidad al aspecto interior del delito que cubre el proceso de control; en otras palabras, a la intención y otros elementos subjetivos.³⁹

Áyax debe haberse sentido desconcertado, ya que el renacimiento de un concepto de culpa entendido de manera objetiva parecía inconfundible. No obstante, la discusión pronto se centró en una *doctrina de la culpa* que pasó a ser descrita como *normativa*: la culpa de nuevo como un juicio de valor sobre el contenido psicológico de la formación y la actividad de la voluntad, que se identificaba nuevamente con la reprochabilidad del comportamiento.⁴⁰ Sin embargo, el modelo ya había perdido su fuerza persuasiva ante la duda irrefutable e innegable que pesaba sobre el libre albedrío del perpetrador. La discusión posterior tuvo que limitarse a cerrar, de la mejor manera que se podía, la brecha de legitimidad abierta.

38 Por cierto, el dogma del libre albedrío también está sometido a la presión de los resultados recientes de la investigación neurológica. Según estos, los impulsos que desencadenan acciones aparecen más bien como resultado de conexiones neuronales, y por tanto evaden el control de la conciencia desde el momento mismo de su formación. Sobre la relevancia de este aspecto para el concepto de control en el derecho penal, véase en resumen, por ejemplo, a Fischer, *Strafgesetzbuch* (nota 25), párrafos 9-11 antes del Art. 13, con una extensa revisión bibliográfica en el párrafo 11.

39 Maximilian v. Buri: *Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen* (1873). Stuttgart: Enke 1885; Franz v. Liszt: *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. 8. Aufl. Berlin: de Gruyter 1897, p. 154 –aunque con formulaciones diferentes en las 21 ediciones de su obra entre 1884 y 1919; Alexander Löffler: *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung*, Leipzig: Hirschfeld 1895, p. 5; Eduard Kohlrausch: *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, Berlin: Guttentag 1903, pp. 1- 6, 24-37; Gustav Radbruch: *Über den Schuldbegriff*. En: ZsAv 24 (1904), número 2, pp. 333-348.

40 Reinhard Frank: *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*. En: *Festschrift für die Juristische Fakultät in Gießen zum Universitätsjubiläum*. Editado por Reinhard Frank. Gießen: Alfred Töpelmann 1907, pp. 519-547; James Goldschmidt: *Der Notstand, ein Schuldproblem. Mit Rücksicht auf die Strafgesetzentwürfe Deutschlands, Österreichs und der Schweiz*, Viena: Manz 1913. Berthold Freudenthal: *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*. Tübinga: Mohr Siebeck 1922, p. 7.

Esto se logró mediante una ampliación de la base de información relevante sobre la culpa. La mera decisión reprochable de cometer el acto ya no podía considerarse como el único parámetro de referencia de la acusación si no se aseguraba su control operativo; ahora debía ceder su posición monopólica a la “*convicción jurídicamente errónea del autor del delito*” que la sustentaba.⁴¹ Sin embargo, este recurso al contexto de origen del dolo no solo enfatizó la independencia de la acusación individual en la configuración del delito, sino que la cuestión del origen existencial del veredicto de culpabilidad amenazó de nuevo con perderse en un patrón de requisitos neutrales respecto a la personalidad. Una limitación verbal a la “actitud del momento”,⁴² es decir, a un estado meramente pasajero, tampoco es de gran ayuda aquí, pues una vez introducido el elemento de la convicción, siempre queda espacio necesariamente para otras consideraciones, incluso para introducir el ámbito disposicional en el concepto de la acusación.

La idea de culpabilidad del perpetrador

En términos fácticos, se trataba de escoger entre la idea, aún ampliamente aceptada, de culpabilidad de hecho —que también buscaba centrarse completamente en el conjunto real de los hechos al abordar el desarrollo motivacional del delito— y el concepto de culpabilidad del perpetrador, más accesible a consideraciones deterministas. También en este caso, la acusación seguía centrándose formalmente en la persona del autor, aunque vinculaba el contexto motivacional de forma tan libre con respecto al espacio y al tiempo de su génesis, que el acto delictivo corría el riesgo de degenerar en una mera muestra del repertorio desarrollado.

41 Wilhelm Gallas: *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*. En: ZStW 67 (1955), número 1, pp. 1-47, aquí p. 45 [énfasis H.-U. E.]; Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weigend: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil* (1969). 5ª edición completamente revisada y ampliada. Berlín: Duncker & Humblot 1996, § 38 II 5; Johannes Wessels y Werner Beulke: *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau* (1970). 34ª edición. Heidelberg: Müller 2004, párrafo 401.

42 Eberhard Schmidhäuser: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch* (1970). 2ª edición. Tübinga: Mohr Siebeck 1975, p. 369 [énfasis H.-U. E.]; Günther Jakobs: *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. Berlín: de Gruyter 1991, p. 497; Gallas, *Zum gegenwärtigen Stand* (nota 38), p. 45.

Engisch, con su *Doctrina de la culpa de carácter* siguiendo a Schopenhauer,⁴³ desarrolló un concepto de culpa basado en los fundamentos complejos del desarrollo personal, que trataba de distanciarse del problema de la libertad al interpretar acto y actor a partir de su *ser así*. El objeto de la acusación ya no era, entonces, la estructura episódica de la violación de la ley; el reproche jurídico recaía sobre la persona que actuaba en cuanto estructura integral de formas vivenciales y patrones de comportamiento, que habían dado lugar al ilícito. En este sentido, la culpa significa que el acto punible se remite a defectos del carácter, que pueden describirse como una carencia de las posibilidades de control que hubiesen sido necesarias para evitar el resultado inculpativo. El autor del delito debe ser responsable de estas deficiencias, independientemente de si las había adquirido de forma culpable o si algo diferente “habría podido” llevarlo a ser así. De este modo, la posibilidad de actuar de otra manera ya no presupone una alternativa real: basta que el resultado no se hubiese producido si el autor del delito hubiera empleado esa capacidad de acción y diligencia cuya falta se le imputa. La culpa se presenta *así*, de nuevo, como un destino que se vive pero no se domina necesariamente, evocando con ello asociaciones con el pecado original, que conceptualmente no deja espacio a atribuciones individuales de culpabilidad.

Desde un punto de vista más modernista, esta construcción desplaza la figura de Áyax del foco de la responsabilidad personal de vuelta a la ambigüedad existencial de sus orígenes. No se volvió intransigentemente arrogante porque así lo quisiera, sino porque era de la nobleza, de la aristocracia militar homérica. Fueron condiciones de origen de una tragedia personal que no sobrevinieron de repente, sino que se integraron en el curso de su vida y se volvieron todo menos manejables; por eso, entendidas como algo personal, tampoco pueden compensar una falta de motivación en el comportamiento real —según del modelo de una *actio libera in causa* [acto libre en su causa]—. Si, desde la perspectiva de una comprensión personal de la culpa, Áyax parece ser víctima fatal de un (auto)error judicial, ahora regresa al ámbito del derecho colectivo de la *polis* cuya pretensión de validez apenas cambia según se defina la implicación del perpetrador como una demanda contra su estatus, o como acusación, resistente a la exoneración

43 Karl Engisch: *Zur Idee der Täterschuld*. En: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (zstw), volumen 61 (1942), número 2, pp. 166–177, aquí pp. 170–177.

de no haberse opuesto a la socialización como *basileus* [rey], dirigida inmediatamente contra la persona.

Con una exageración existencial de la culpa entendida de esta manera, el principio de culpabilidad *per se* habría perdido cualquier oportunidad de acercarse siquiera a cumplir su cometido original de limitar su intervención sancionadora —por no hablar de la carga constructiva del concepto de imputación todavía favorecido—.⁴⁴ Ni la teoría de la culpa de carácter ni otras variantes de la culpabilidad del perpetrador han podido imponerse frente al principio selectivo de la culpabilidad de hecho individual.⁴⁵ Sin embargo, la idea de imputabilidad individual no estaba en absoluto de vuelta y clausurada. Para compensar las lagunas probatorias en materia de libre albedrío, hubo que redefinir, desde su base, el alcance de la elaboración, hasta entonces entendida de un modo meramente escénico, del delito.

La comprensión funcional de la culpa

La ocasión propicia para ello vino con la superación definitiva de la ley del talión kantiana mediante la idea de finalidad:⁴⁶ Si la acusación —entendida como anuncio— reivindicaba la prevención futura de la ilicitud imputable, no se agotaba —sin perjuicio de su organización retrospectiva— en un mero balance del inventario de control, sino que condicionaba de nuevo al autor del delito en su papel como miembro de una comunidad de iguales ante la ley. Este impacto preventivo vincula inextricablemente la sentencia

44 Aprox. Ernst Heinitz: *Strafzumessung und Persönlichkeit*. En: *zstw* 63 (1951), volumen 1, pp. 57–82, aquí p. 74. Alexander Graf zu Dohna: *Ein unausrottbares Mißverständnis*. En: *zstw* 66 (1954), volumen 3, pp. 505–514, aquí p. 508.

45 Karl Binding: *Die Normen und ihre Übertretung*. Volumen 2, parte 1, 2ª edición. Leipzig: Engelmann 1914, p. 283. Claus Roxin: *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*. En: *jus* 6 (1966), Volumen 10, pp. 377–387, aquí p. 378. Hans-Joachim Rudolphi: *Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*. Gotinga: Schwartz 1969, p. 206. Arthur Kaufmann: *Tatbestand, Rechtfertigungsgrund und Irrtum*. En: *JZ* 31 (1976), volumen 12, pp. 353–358; Ídem: *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*. Heidelberg: Winter 1961, pp. 187–197.

46 Históricamente, esto se situaba en la así llamada disputa de escuelas entre la concepción clásica del positivismo por un lado (en particular, Binding, v. Birkmeyer, Kahl), y por el otro la escuela moderna (Franz von Liszt, Enrico Ferri, Raffaele Garofalo, entre otros), que buscaba comprender el crimen a partir de su estructura social. En general, hoy hay consenso alrededor de que la idea de finalidad le da su verdadero sentido social al concepto de la pena. El enfoque retributivo mantiene la función de limitar la intervención contra los intereses de la razón de Estado, de acuerdo con el Estado de derecho.

inculpatória con patrones de orden social, y ofrece así la oportunidad de aprovecharla para fines de legitimación.

En este marco de definición, la culpa puede entenderse como una función de la *responsabilidad*. En este sentido, el infractor de la ley no es declarado culpable por el delito cometido; él perturba más persistentemente la paz jurídica porque ha quebrantado la confianza en su responsabilidad. Su falta de confiabilidad es lo que desencadena realmente la demanda de reacción, que es más amenazante cuanto más dependa la estructura social —a partir de la división del trabajo— de que cada cual actúe responsablemente en su respectivo ámbito de actividad. Para la superación de este trastorno funcional, no es relevante que el infractor de la ley *sea* realmente responsable a título personal, si con ello puede lograrse un efecto de control *haciéndolo* responsable. En este contexto —determinado socialmente—, el veredicto de culpabilidad solo tiene el objetivo funcional de confirmar al delincuente en el ámbito de su responsabilidad, no de convencerlo de la inevitabilidad de su error de conducta. Para legitimar la acusación ya no se necesita una culpa real comprobada; basta con la suposición de que su *atribución* ejerce presión de conformidad sobre el autor del delito y el público, y con ello emite un impulso independiente de control.⁴⁷

Bajo la presión del problema no resuelto de la libertad, la idea de culpa se distancia definitivamente del constructo de desaprobación socioética. Entretanto, una opinión generalizada busca incluso sustituir toda la acusación personal por una notificación de deficiencia más neutral, que ya no presupone el abuso de las capacidades de control realmente disponibles, sino que solo marca la desviación de los estándares de diligencia socialmente válidos.⁴⁸ En cualquier caso, la acusación ahora se define, principalmente y

47 Véase Eduard Kohlrausch: *Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung*. En: *Homenaje a Karl Güterbock*. Editado por la Facultad de Derecho de Königsberg. Berlín: Vahlen 1910, pp. 3-34, aquí p. 26.

48 Filippo Gramatica: *Grundlagen der Défense sociale* (1961). Traducción del italiano de Armand Mergen y Gottfried Herbig. Hamburg: Kriminalistik Verlag 1965, pp. 41-57; Alesandro Baratta: *Strafrechtsdogmatik und Kriminologie*. En: *zstw* 92 (1980), cuaderno 1, pp. 107-142, aquí 140-142; Franz Streng: *Schuld, Vergeltung, Generalprävention*. En: *zstw* 92 (1980), cuaderno 3, pp. 637-681, aquí 656 ss. En cuanto al contenido, se trata nada menos que de una nueva objetivación del concepto de culpa en el derecho penal, cuya impronta civilista apenas deja margen para variantes individuales de la responsabilidad.

sobre todo, por su idoneidad para eliminar en el público las conmociones en la confianza jurídica derivadas de la infracción de la ley.⁴⁹

Esta alienación *funcional* del acto de imputación ciertamente apoya la concepción personalista de la estructura de reacción penal con énfasis en lo personal; pero también deja que el principio de culpabilidad se degrade en una fórmula dogmática vacía, lo que socava su propósito original de limitar la pena, casi tanto como la teoría de la culpabilidad de carácter de Engisch. Porque incluso la acusación funcionalizada ya no tiene que hacer justicia al infractor de la ley de manera individual.

Por otro lado, tal acusación no deja de convertir el crimen en un asunto del perpetrador. Como resultado de esta doble estrategia, se fuerza drásticamente el alivio de estructuras colectivas, ya de por sí típico del control. Dado que la perspectiva de control sigue formalmente limitada al carácter episódico del acto delictivo, las partes sociales en el origen del crimen quedan excluidas de la evaluación y se proyectan sobre la persona del criminal —por el contenido, no diferente de la perspectiva de culpabilidad del perpetrador, aunque en un nivel de abstracción moderadamente más elevado—. Puesto que no se dispone del trasfondo socioético necesario para ello, la atribución de la culpa ya no hace culpable al perpetrador, sino que reivindica con más claridad la inocencia de las circunstancias a partir de las que surgió el acto delictivo.⁵⁰

49 Siguiendo los conceptos de la teoría de sistemas de Luhmann, véase Günter Jakobs: *Schuld und Prävention*. Tübingen: Mohr Siebeck 1976, pp. 31-33; Friedrich Nowakowski: *Freiheit, Schuld, Vergeltung*. En: *Festschrift für Theodor Rittler*. Editado por Sigfried Hohenleitner, Ludwig Lindner y Friedrich Nowakowski. Aalen: Verlag Scientia 1957, pp. 55-888, aquí 64, 70-77; Bernhard Häffke: *Problemaufriß: Die Bedeutung der sozialpsychologischen Funktion von Schuld und Schuldunfähigkeit für die strafrechtliche Schuldlehre*. En: *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, volumen 3. Editado por Winfried Hassemer y Klaus Lüderssen. Múnich: Beck 1978, pp. 153-180, aquí 166 ss., 171; Claus Roxin: *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*. En: *Festschrift für Paul Bockelman*. Editado por Arthur Kaufmann, Günter Bemann, Detlef Krauss y Klaus Volk. Múnich: Beck 1979, pp. 279-309, aquí 304; Hans Achenbach: *Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld*. En: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Editado por Bernd Schünemann. Berlín, Nueva York: de Gruyter 1984, pp. 135-151, aquí 142.

50 Esta instrumentalización del derecho penal puede entenderse estructuralmente como una exageración de su función estática de control. Un ejemplo práctico de ello es la impactante representación del manejo de los incidentes de Abu Ghraib, analizada por Niels Werber en este volumen ("Torture or only Mistreatment?" Normativität, Normalismus und Normenreflexion nach Abu Ghraib. En: *Schuld und Scham*, pp. 239-252).

Áyax tampoco permanece indiferente a este giro al final. En cuanto heredero de la idea de culpabilidad de hecho, su trastorno profundo de la conciencia como condición excepcional relevante para la voluntad controlada sigue bloqueando cualquier consecuencia jurídica punitiva, en la medida en que su efecto se extienda. Sin embargo, la disociación fundamental de la acusación de la capacidad real de control relativiza esta exención y da lugar a responsabilidades más amplias, incluso allí donde su exigencia queda suspendida excepcionalmente por la falta de dotación específica del inventario de la personalidad. En ese orden de ideas, el sacrificio purificador del suicidio ya no carece de sentido, sino que es una renuncia a hacer uso del alivio excepcional que se le ofrece. La valoración no se ve afectada en su núcleo, sino que adquiere matices que difícilmente pueden eludir una consideración dogmática, y hunden el proceso nuevamente en la incomprensibilidad mítica.

Variantes de la culpa definidas organizacionalmente

Acto seguido, si la idea de imputación pierde gran parte de su atractivo, emergen otras lagunas de atención, entre ellas, en particular, sus debilidades en el manejo de formas de criminalidad más complejas. El patrón normativo de reprobación personal, todavía se ajusta totalmente al perfil de la cultura criminal del delito callejero, que define claramente el acto delictivo como un ataque contra el sistema de valores burgués y aleja de tal manera al delincuente (solo o en asociación con sus secuaces), que apenas pueden surgir dudas sobre su estatus marginal. Esto funciona sin problemas cuando los casos controlados permanecen poco conectados socialmente y, por lo tanto, los responsables directos pueden ser aislados fácilmente.

Sin embargo, el crimen organizado actual ha desarrollado en gran medida un nivel tan alto de interconexión de la división del trabajo, que al delincuente individual le queda muy poco espacio para la iniciativa personal si no quiere sustraerse por completo de los hechos. En la delincuencia ambiental y financiera de grandes corporaciones anónimas, sobre todo, la contribución individual está tan estrechamente integrada a una estructura confusa de poderes directivos y formas de dependencia, que el lugar de la responsabilidad, incluso para el delito, tiene más carácter institucional que personal.

Los miembros involucrados del aparato ya no están vinculados entre sí por un plan delictivo común en el sentido clásico, sino que son absorbidos y

controlados inmediatamente por el plan organizacional de la corporación. La consecución del éxito general se descompone en tantas acciones individuales y se distribuye entre tantos agentes, que al observar unas y otros de forma aislada parecen más bien inofensivas o, al menos, pueden interpretarse como tan inevitables por su integración interna, que su realización casi no está sujeta a obstáculos significativos, sobre todo bajo la presión de lealtad por la pertenencia a la corporación.

En un estado de densificación social, el poder de definición sobre las estructuras de responsabilidad se traslada en gran medida a conglomerados cuya función es determinar los elementos de control de la estructura de reacción sin desencadenar directamente el acto delictivo. Más allá de cualquier consideración ideológica, la determinación externa de la acción se hace aprehensible como realidad social, ya no mediante la interiorización previa de patrones de conducta dentro de un proceso de socialización, sino directamente como fenómeno de un control externo cuya dinámica procesal aliena cada vez más la estructura personal del dominio de la acción con perspectivas colectivas. Las condiciones estructurales de la situación criminal ejercen un efecto de atracción tan fuerte en estos conjuntos, que la integración del agente individual parece depender más de su posición en la estructura que de su afinidad con el éxito o incluso sus competencias socioéticas.

No es sorpresa que Áyax —a pesar de su avidez por los trofeos y de ser, en el mejor de los casos, marginalmente sospechoso de delito financiero— también atraiga sobre sí toda la atención en el campo de ruinas del concepto de imputación individual. Se siente como el gran solista, pero incluso en la interpretación arcaica sigue siendo una marioneta de sus normas de clase; se derrumba en la *polis* ática bajo el “peso de su culpa”; apenas se recupera como criminal por convicción bajo el primado de la idea de imputación personal; en cuanto afectado por la culpabilidad de perpetrador, cae de nuevo en la miseria del abandonado; y finalmente, en el contexto funcional, hace perfecta su catástrofe como fracasado. Sin embargo, sigue siendo dependiente, también y sobre todo, por la insistente reivindicación de su independencia. La inmovilidad destacada aquí también caracteriza un tipo básico de la criminalidad (financiera) contemporánea: el criminal realmente no puede hacer nada, pero está justo en el medio. Es solo una parte del todo, pero en cuanto individuo debe cumplir con el deber para que el aparato,

el todo, siga funcionando. Así, parece que la infracción individual, la más personal, tampoco tuviera realmente importancia.

Debido a esta anonimización de las estructuras de responsabilidad, el derecho penal contemporáneo enfrenta una necesidad constructiva que no puede ser satisfecha ni de lejos por el principio de culpabilidad de impronta clásica. Las soluciones reales apenas están a la vista. En el plano procesal, desde hace algún tiempo se intenta controlar el torrente de información mediante una elaboración típica de cada parte; en el ámbito material, se ha popularizado la designación de delegados responsables autónomos, y también se está discutiendo el traslado de la sanción penal hacia la corporación implicada misma, como ya se acostumbra en otros países europeos. Sin embargo, una reforma integral del concepto de imputación parece estar, si acaso, en ciernes en estos enfoques; en el mejor de los casos con la sanción orgánica, la cual, no obstante, amplía la construcción de la culpa individual a las llamadas personas jurídicas, es decir, a las meras unidades organizativas, y así se diluye nuevamente el papel del individuo en el colectivo.⁵¹

La confrontación del derecho penal con manifestaciones delictivas cada vez más complejas e interconectadas ha dotado al principio de culpabilidad de una variante específicamente organizacional que —todavía— se ciñe al marco constructivo de la concepción individualista; pero el programa de intervención, en su contenido, trata de orientar las condiciones estructurales hacia las condiciones estructurales de criminalidad potencial. Así, parece más un instrumento de gestión de la crisis sociopolítica, y se concentra menos en una revisión —urgentemente necesaria— de la estructura de reacción de impronta tradicional. De este modo, el concepto predominantemente socioético de incriminación del derecho penal básico no se abandona, sino que se retrocede a un constructo que tiene alcance limitado en el mejor de los casos y que, por eso, transmite la impresión de arbitrariedad. La marcada orientación a fines de la actual vanguardia del derecho penal (financiero, particularmente) ya no se detiene en la imputación preventiva de sanciones típicamente retributivas, legitimadas por ejemplo en la dirección “moderna” de la disputa entre escuelas de pensamiento. Busca establecerse en el control

51 Esto es incluso más válido si se la considera bajo aspectos de la teoría de la comunicación como un constructo de captura de las partes de la culpa en la violación de la ley que ya no se pueden adjudicar individualmente. La culpa entonces solo simula la responsabilidad del aparato, convirtiéndose en ficción ella misma.

directo de la fuente del peligro y entra así en competencia directa con el derecho administrativo de orden normativo, el cual enfrenta al ciudadano de manera igualmente soberana, aunque alinea sus demandas de diligencia debida y su visión de la responsabilidad con estándares objetivos, como el derecho civil.

Por el momento, es difícil estimar si este repliegue desde posiciones que fueron firmes en su momento, pero que se han vuelto remotas, es una maniobra táctica o si ya preludia el fracaso esencial del derecho penal actual. Sin embargo, deja un espacio casi discrecional para manipulaciones del principio de culpabilidad.

Un mito vuelve a casa

Bajo esta situación, es casi imposible contar con un procesamiento empírico del concepto de culpa. Formado a partir de la oscuridad mítica como exigencia colectiva de la capacidad de integración del individuo, este concepto —en cuanto idea de la responsabilidad— debería haber dado testimonio de la naturaleza racional y autosuficiente de la existencia humana. Sin embargo, debe reconocerse que fracasó por la parcialidad de sus presupuestos existenciales. El mito no llegó jamás a convertirse en logos, y la idea vuelve al lugar del que surgió: parece que solo tiene alguna oportunidad real en su forma mítica.

Si es cierto que cualquier afirmación puede convertirse en mito,⁵² entonces también lo es, en cualquier caso, el dogma de la culpabilidad humana. Pues al menos su poder sugestivo parece intacto. “La razón fundamental de la acusación de culpa radica en que el ser humano está hecho para la autodeterminación libre, responsable y moral, y por eso es capaz de decidir en favor de lo justo y en contra de lo injusto”, anuncia el Tribunal Supremo.⁵³ Con un mensaje muy claro: cuando la constitución promueve una imagen del ser humano cuya principal pretensión es el libre desarrollo de la persona, la interpretación penal del comportamiento no puede basarse en el principio de su carencia de control. Y en general: la forma más segura de afrontar el abolicionismo emergente, que perjudica sobre todo la función limitadora del castigo, propio del principio de culpabilidad, es recurrir al postulado de la autonomía moral del perpetrador. A primera vista, el principio de culpabilidad

52 Roland Barthes: *Mythen des Alltags* (1957). Traducido del francés por Helmut Scheffel. Fráncfort del Meno: Suhrkamp 1964, p. 85.

53 BGHSt 2, pp. 194-212, aquí p. 200.

parece presentarse más como símbolo del ideal constitucionalmente obtenido de la persona que se desarrolla libremente. Peor aún: como es evidente que, al menos desde una perspectiva criminológica, se le han puesto límites estrechos, la constatación se convierte en una coartada para la necesidad ineludible de regular procesos sociales a pequeña y gran escala mediante la adjudicación de responsabilidades —independientemente de si el individuo puede ser considerado responsable por sus propios medios—. Por cierto, Áyax tampoco se libra de un último encuentro con “los muchos” (*hoi polloi*), que ya le habían dado bastantes problemas en la antigua *polis* ática, cuando el estándar de diligencia individual debía proyectarse sobre la facultad de “la mayoría de personas”, para determinarse según la norma⁵⁴ —es decir, un montón anónimo del que no se puede saber con certeza cómo consigue mantener el rumbo entre los numerosos mojones del orden jurídico—. Ligado a su forma mítica, el dogma de la culpabilidad tendría la oportunidad de no ser ejemplo, símbolo o coartada, y podría ascender a construcción “verdadera”, aunque irreal al mismo tiempo: la idea podría seguir presente allí donde su pretensión de validez se haya vuelto insostenible hace tiempo, ya no como motivo sino como justificación, no como posición empírica vulnerable sino como autoridad “natural” que, más allá de cualquier demostrabilidad racional, sustrae las realidades sociales a la presión de legitimación empírica.⁵⁵

¿Y Áyax? Si su culpa se agota al final en la marcación de un conflicto social pero las situaciones de control deben aliviarse de todos modos, entonces ¿por qué no se agota también la suya propia por el poder imperioso del decreto divino? Él reconoce su impotencia. Pero en su impotencia todavía no se reconoce a sí mismo. Así, ¿sigue siendo la exoneración excepcional apenas una coartada para un ataque aún más imprudente contra todos los demás competidores normativos, y la función limitadora un pretexto para servirse de la causa policial para un ataque más vehemente?

Aún como “mito cotidiano”, resulta claro que el principio de culpabilidad no gana credibilidad.⁵⁶ Ciertamente, sigue siendo necesario al menos

54 En lugar de muchos: Theodor Lenckner: *Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit*. En: *Handbuch der forensischen Psychiatrie*, volumen 1, Editado Por Hans Göppinger y Hermann Witter. Berlin, entre otros: Springer 1972, pp. 3-286, aquí pp. 90-97; Jescheck u Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts* (nota 38), § 37 I 2 b; Dohna, *Mißverständnis* (nota 43), pp. 511-514.

55 Véase: Barthes, *Mythen des Alltags* (nota 51), pp. 11 ss.

56 La determinación de la pena, para la cual el principio de culpabilidad debería haber permitido un repertorio particularmente amplio de fundamentos, se considera

para proteger al ciudadano ante la arbitrariedad más flagrante por parte de la autoridad; sigue siendo posible, porque la aceptación del concepto de *imputabilidad* en la conciencia colectiva parece inquebrantable; sigue siendo legítimo, porque la estructura social apenas parece funcionar sin una protección continua, estáticamente organizada, de sus normas —solo que “más justa”: algo que su desarrollo dogmático-jurídico no ha logrado.

Sobre el autor

Hans-Ulrich Eckert nació en Alemania en 1943. Doctor en jurisprudencia y Magister en Derecho Económico, fue profesor asociado en el Centro de Investigaciones Criminológicas de la Universidad de Colonia, en la entonces Alemania Federal. Además, es profesor honorario en la Bergische Universität Wuppertal en Wuppertal, Alemania, donde impartió clases de Derecho Penal y Procesal en el programa de Ciencias Sociales y, tras la reestructuración de este, se centró en el Derecho Penal Económico y el Derecho Penal Europeo. En 1978 se doctoró en la Universidad de Colonia con la tesis *Zur systematischen Zuordnung jugendrechtlicher Interventionen im Bereich der Kriminalitätskontrolle* (Sobre la asignación sistemática de intervenciones legales juveniles en el ámbito del control de la criminalidad). Entre sus traducciones al castellano destaca el texto *Formación y Retribución en el Derecho Penal*, publicado en la revista bonaerense *Doctrina Penal* en 1982.

Sobre el traductor

Matías Afanador Laverde es historiador de la Universidad Nacional de Colombia y estudiante de filología alemana en la misma universidad. Ha colaborado en trabajos de traducción, como la edición de los volúmenes del proyecto *A dos siglos de diferencia: fuentes para una lectura de las independencias colombianas*, con apoyo del ICANH y el Centro Editorial de la Facultad de Ciencias Humanas.

extremadamente indiferenciada en la investigación criminológica. Véase: Wolfgang Heinz: *Strafzumessungspraxis im Spiegel der empirischen Strafzumessungsforschung*. En: *Individualprävention und Strafzumessung. Ein Gespräch zwischen Straffjustiz und Kriminologie*. Editado por Jörg-Martin Jehle. Wiesbaden: *Kriminologische Zentralstelle* 1992, pp. 85–150, aquí pp. 113–118, 134.