

XIII. Asesinatos por honor en el derecho penal alemán*

Luis Greco

1. Introducción

La apertura de la sociedad alemana, surgida sobre todo en las últimas décadas, hacia grupos culturales hasta la fecha extraños, plantea nuevos desafíos al derecho penal.¹ Como consecuencias concretas de esta cambiante situación social, aparece en el ámbito del derecho penal clásico, por ejemplo, la cuestión sobre si la circuncisión de los niños fundamentada en la religión debería permanecer impune

* Trad. del original alemán a cargo de la Fundación Giménez Abad. Primera publicación in: Elósegui Itxaso (Hrsg.), *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania*, Zaragoza, 2012, p. 227-251.

¹ El artículo se refiere únicamente a la situación en Alemania, pero ello no quiere decir que otros países no tengan que luchar con problemas similares: en Italia, las monografías más importantes sobre el tema parecen defender un tratamiento tendencialmente atenuante de los delitos culturalmente influenciados (cf. PASTORE, en Pastore/Lanza, *Multiculturalismo e giurisprudizione penale*, Torino, 2008, pág. 5 y sig., especialmente 34 y sig., 43; BERNARDI, *Modelli penale e società multiculturali*, Torino, 2006, pág. 128 y sig.; ÍBIDEM, *Il 'fattore culturale' nel sistema penale*, Torino, 2010, pág. 98 y sig.; DE MAGLIE, *Los delitos culturalmente motivados*, trad. del italiano por Macías Caro, Madrid, 2012, pág. 192 y sig., 272 y sig.). En la zona anglosajona existe una amplia discusión sobre la llamada “*cultural defense*”: véase RELTELN, *The cultural defense*, Oxford, 2005; FOBBLETS/RELTELN (comps.), *Multicultural jurisprudence. Comparative perspectives on the cultural defense*, Oxford/Oregon, 2009; DE MAGLIE (n. 1), pág. 135 y sig. Para España véase la (desde el punto de vista jurídico muy insatisfactoria) contribución de TRUFFIN/ARJONA, *The Cultural Defense in Spain*, Íbid., pág. 85 y sig.

como supuesto de un comportamiento “socialmente adecuado”,² así como el problema de si los homicidios premeditados que se cometen para salvaguardar una concepción de honor de la familia³, de difícil comprensión según los modernos conceptos occidentales, pero muy presente en algunos grupos de la población, se tengan que clasificar no sólo como homicidio (§ 212, Código Penal alemán), sino como asesinato por móvil abyecto (§ 211, Código Penal alemán). Esta cuestión sobre la valoración de los llamados actos de venganza de sangre y asesinatos por honor, en Alemania ya fue objeto de varias sentencias del Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán) y ha provocado extensos debates científicos.

Se demostrará que los debates se mantienen de modo tan polarizados debido a que todavía no se han establecido las necesarias inferencias de una premisa principal del derecho penal del hecho, a saber, la diferenciación de Kant entre legalidad y moralidad.

A) Sobre la terminología

El Bundeskriminalamt (Oficina Federal de Investigación Criminal) define en sus estadísticas criminales los asesinatos por honor como homicidios "que se cometen por una supuesta obligación cultural dentro de la propia unidad familiar para satisfacer el honor de la familia".⁴ Pero parece más adecuado un término más extensivo que renuncie a la restricción a los homicidios dentro de la propia unidad familiar y, de este modo, incluya también los homicidios de personas ajenas a la

² Según la opinión dominante: véase T. EXNER, *Sozialadäquanz im Strafrecht. Zur Knabenbeschneidung*, 2011, pág. 58 y sig., 190; y JEROUSCHECK, *Beschneidung und das deutsche Recht*, en *NSiZ* (Neue Zeitschrift für Strafrecht, *Nueva revista del Derecho Penal*) 2008, pág. 313 y sig. (pág. 317 y sig.); FATEH-MOGHADAM, *Religiöse Rechtfertigung? Die Beschneidung von Knaben zwischen Strafrecht, Religionsfreiheit und elterlichem Sorgerecht*, en: *Rechtswissenschaft* 2010, pág. 115 y sig. (127 y sig., 141: “consentimiento en representación”); HERZBERG, *Rechtliche Probleme der rituellen Beschneidung*, en *JZ* (Juristenzeitung, *Revista de los Juristas*) 2009, pág. 331 y sig. (quien aboga por delito de lesiones). Por contra, la criminalidad de la mutilación genital femenina está fuera de cualquier discusión, véase solamente LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, en: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch* 28ª edición 2010, Vor §§ 32 ff. n. m. 41. Más áreas problemáticas en HILGENDORF, *Strafrecht und Interkulturalität*, en *JZ* 2009, pág. 139 y sig. y en VALERIUS, *Kultur und Strafrecht*, 2011, pág. 59 y sig.

³ Para una descripción de este concepto del honor: NEHM, *Blutrache – ein niedriger Beweggrund?*, en: J. Arnold entre otros (comp.), *Festschrift für Eser*, 2003, pág. 419 y sig. (422 y sig.); RUMPF, *Die Ehre im türkischen Strafrecht*, <http://www.tuerkei-recht.de/downloads/ehre.pdf> (solicitada el 19 de julio del 2011); BAUMEISTER, *Ehrenmorde*, 2007, pág. 23 y sig.; CÖSTER, *Ehrenmord in Deutschland*, 2009, pág. 35 y sig.; KRAIS, *Blutrache und Strafrecht*, 2009, pág. 6 y sig.; POHLREICH, „Ehrenmorde“ *im Wandel des Strafrechts*, 2009, pág. 23 y sig.; GRÜNEWALD, *Tötungen aus Gründen der Ehre*, en *NSiZ* 2010, pág. 1 y sig. (8 y sig.); desde una perspectiva sociológica YAZGAN, *Morde ohne Ehre*, 2011, pág. 31 y sig.

⁴ BKA (Oficina Federal de Investigación Criminal), Información de prensa sobre los resultados de una consulta coordinada sobre el fenómeno de los "Asesinatos por honor en Alemania", pág. 3 (disponible en http://www.bka.de/pressemitteilungen/2006/060519_pi_ehrenmorde.pdf, solicitada el 20 de julio del 2011). En contra del término por sus supuestas connotaciones positivas: SINN en *SK-StGB* 2010 § 211 n. m. 27.

familia, ejecutados por obligación familiar, es decir, aquellos casos que frecuentemente se denominan como "venganza de sangre"^{5,6}. *Los asesinatos por honor* en su sentido amplio y también en el sentido que aquí nos interesa son, por lo tanto, homicidios premeditados que se cometen por una supuesta obligación cultural para satisfacer el honor de la familia.

B) Fenomenología de los casos

En los últimos años se ha registrado una cantidad nada insignificante de estos asesinatos por honor.⁷ La siguiente configuración parece representar el prototipo⁸: Una mujer⁹ que vive en Alemania, pero que ha crecido en una familia de procedencia turca¹⁰ con orientación tradicional, prefiere un estilo de vida occidental –p. ej., ella se niega a rendir obediencia ilimitada a su marido,¹¹ desobedece la prohibición paterna de casarse con un determinado hombre,¹² mantiene una relación con otro hombre después de un divorcio considerado sin efecto desde el punto de vista del infractor¹³ o rechaza un matrimonio forzado¹⁴– y es asesinada por un familiar masculino por la deshonra de la familia, relacionada con este comportamiento.

Muchos casos se diferencian de este prototipo en puntos secundarios: no sólo los turcos, sino también los extranjeros de otras nacionalidades han aparecido como

⁵ Véase las definiciones de BKA, *supra* nota 4, pág. 6; KRAIS, *supra* nota 3, pág. 12, 18.

⁶ Sobre esta oposición: VALERIUS, Der sogenannte Ehrenmord, en *JZ* 2008, pág. 912 y sig. (913); KRAIS, *supra* nota 3, pág. 9 y sig.; GRÜNEWALD, en *NSiZ* 2010, pág. 2.

⁷ Datos estadísticos de BKA, *supra* nota 4, pág. 7 y sig. Explicaciones sobre los casos en CÖSTER, *supra* nota 3, pág. 109 y sig.

⁸ GRÜNEWALD, en *NSiZ* 2010, pág. 2 habla de un "esquema básico".

⁹ DIETZ, „Ehrenmord“ als Ausweisungsgrund, en *NJW* (Neue Juristische Wochenschrift, *Nuevo Semanal Jurídico*) 2006, pág. 1385 y sig. (1385) habla de un "fenómeno de violencia masculina contra las mujeres"; POHLREICH, *supra* nota 3, pág. 53 y sig. ve en estos casos una personificación de la violencia patriarcal.

¹⁰ El hecho de que se trate principalmente de turcos lo observan también KUDLICH/TEPE, Das Tötungsmotiv „Blutrache“ im deutschen und im türkischen Strafrecht, en: *GA* 2008, pág. 92 y sig. (93); y GRÜNEWALD, en *NSiZ* 2010, S. 1; demostración empírica en BKA, *supra* nota 4, pág. 12, 14.

¹¹ BGH (Bundesgerichtshof, *Tribunal Federal Supremo*) *NJW* 2004, pág. 1466: El acusado procedente de Anatolia Oriental esperaba de su víctima, una esposa de procedencia turca, pero educada en Alemania, "obediencia y que le pidiera continuamente permiso, incluso sólo para ir a comprar. Le prohibió verse a solas con una amiga o con sus hermanas y le ordenó como debía vestirse, la controlaba y supervisaba en cualquier ocasión."

¹² BGH *StV* (*Strafverteidiger*) 2003, pág. 21 *NSiZ* 2002, S. 369): El padre turco de origen kurdo consideraba que la víctima A, siendo miembro del "Partido de los Trabajadores del Kurdistan" (PKK) y tetrapléjico, no era el marido adecuado para su hija, la otra víctima D.

¹³ Según BGH *StV* 1981, pág. 399; *StV* 1997, pág. S. 566; similar a BGH *NSiZ*-RR (Revista: *Neue Zeitschrift für Strafrecht - Rechtsprechungsreport*) 2004, pág. 44.

¹⁴ Como el caso de la víctima "Hatın Sürücü" que despertó la atención, BGH *Streit* 2008, pág. 12.

infractores y víctimas.¹⁵ En algunos casos anteriores se trata también de cristianos europeos del Sur.¹⁶ En algunos casos también estaban afectadas como víctimas, únicas¹⁷ o adicionales,¹⁸ hombres ajenos a la familia, que habían participado en la “deshonra”.

Más bien atípicos son los casos de *castigos privados* por un miembro de la familia de la víctima por violaciones anteriores de los derechos de un miembro de la familia del infractor. Así ocurrió en un caso, en el que después de varias ofensas mutuas entre ambas familias enemistadas -las cuales encontraron su provisional culminación en alcanzar una condena por lo civil al pago de una indemnización- se volvieron a producir nuevos enfrentamientos que acabaron con un muerto.¹⁹ En otro caso, la víctima fue el patriarca de una familia enemistada que supuestamente había participado como instigador en el homicidio de un miembro de la familia de los infractores.²⁰

C) La cuestión legal en Alemania: ¿Asesinato por motivos abyectos?

La cuestión primordial que también representa el punto central de la presente ponencia es la clasificación de estos hechos como asesinatos por “motivos abyectos” (§ 211, Código Penal alemán).

En el derecho penal alemán, el *asesinato* es una cualificación del tipo del homicidio, es decir, del homicidio doloso (§ 212, Código Penal alemán). Si el infractor comete un homicidio y, además, con un de los elementos indicados en el § 211 del Código Penal alemán -es decir, que mata “con alevosía” (*Heimtücke*), “cruelmente”, por “codicia” (*Habgier*), “instinto asesino” (*Mordlust*), “para permitir o encubrir otro delito” o “por otros motivos abyectos” (*sonstige niedrige Beweggründe*)-, incurre en un delito de asesinato que es penado con pena de prisión perpetua. *Los motivos abyectos* son, según jurisprudencia constante y doctrina dominante, aquellos que desde una

¹⁵ BGH *StV* 1997, pág. 566: Infractor y víctima eran ciudadanos iraníes de creencia shií; BGH *NSZ-RR* 2004, S. 44: Chinos; BGH *NSZ-RR* 2004, S. 361: Paquistaneses musulmanes integristas.

¹⁶ BGH en HOLTZ, en *MDR* 1977, pág. 809 y sig.: el infractor era italiano. BGH *StV* 1981, pág. 399: Infractor y víctima eran italianos. El autor, cuya inteligencia se situaba “en el borde inferior de la media” tenía un “concepto autoritario - patriarcal del mundo”. BGH *NJW* 1983, pág. 55: Infractor y víctima eran griegos.

¹⁷ BGH *JZ* 1980, 238 (= *NJW* 1980, pág. 537): La víctima del intento de homicidio era un estudiante turco que había dejado embarazada a una mujer turca y no se quiso casar con ella; BGH *NJW* 1983, pág. 55: el interfecto había desflorado a la esposa del infractor antes de contraer matrimonio ésta; BGH *NSZ-RR* 2004, pág. 361: La víctima de los hechos, que permanecieron en la fase de tentativa, era un ciudadano paquistaní que poseía fotos de la hija del infractor, en las que se la podía ver sin pañuelo o velo y que no quiso entregar dichas fotos al padre.

¹⁸ BGH *StV* 1981, 399; *StV* 2003, pág. 21.

¹⁹ En BGH *StV* 1994, pág. 182.

²⁰ BGH *NJW* 2006, pág. 1008.

perspectiva moral figuran en el último escalón, es decir, son motivos especialmente reprobables y verdaderamente despreciables.²¹ La cuestión concreta con la que se vieron confrontados los tribunales y que se clasificó como “clásica”²², es la del *baremo* para calificar los motivos del asesino por honor como abyectos: ¿deben ser determinantes los conceptos de valor de la minoría cultural o los de la mayoría de la población alemana?

Aunque el derecho español no conoce la característica del asesinato por motivos abyectos (art. 139, Código Penal), un problema materialmente idéntico surge al final en la fase de *medición de la pena*.²³ Los asesinatos por honor españoles que pude encontrar se discuten más bien bajo la clave de la circunstancia atenuante de la pena del art. 21.3.^a del Código Penal (estado pasional), la cual es rechazada regularmente.²⁴ Porque también en un sistema con unas reglas expresamente citadas para la aplicación de la pena, como es el del Código Penal español (especialmente los arts. 21 y sig., 61 y sig.), la gravedad de los hechos debe desempeñar un papel (como lo indica expresamente el art. 66.1, núm. 6.^a del Código Penal),²⁵ de modo que también habrá que ocuparse de la cuestión de la consideración de los conceptos culturales ajenos.

2. La jurisprudencia

En la evolución de la jurisprudencia alemana se pueden diferenciar tres fases, como lo resumió acertadamente *Saliger*.²⁶

A) En la *primera fase* reinó una gran incertidumbre.²⁷ Los diferentes criterios culturales se compararon con enfermedades psíquicas atenuantes de la culpabilidad. El Tribunal Supremo Federal consideró que a la hora de evaluar los motivos era legítimo tener que considerar deficiencias en la personalidad y psicopatías. A este principio había que aplicarlo “sobre todo” con los extranjeros que “están condicionados por los conceptos e ideas de su patria -que son

²¹ BGHSt 3, 133; 3, 180 (182).

²² Según SALIGER, comentarios sobre el BGH en *StV* 2003, pág. 21, en: *StV* 2003, pág. 22 y sig. (22); de acuerdo, con cierta hesitación KÜPER, en *JZ* 2006, pág. 610.

²³ Para un caso en Alemania BGH en *NSZ* 1996, pág. 80.

²⁴ Se trataba de casos de venganza de sangre entre “gitanos”, por ejemplo en STS 159/1995, ponente J. A. Vega Ruiz; STS 306/2005, ponente J. R. Soriano Soriano; sobre los cuales véase TRUFFIN/ARJONA, *supra* nota 1, pág. 98 y sig.

²⁵ Sobre ello véase BOLDOVA PASAMAR, en: Gracia Martín (editor), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 2006, pág. 257.

²⁶ SALIGER, en *StV* 2003, pág. 22; le siguen en mayor medida BAUMEISTER, *supra* nota 3, pág. 141 y sig.; VALERIUS, en *JZ* 2008, pág. 915; ÍBID., *supra* nota 2, pág. 72 y sig.; ÇAKIR-CEYLAN, *Gewalt im Namen der Ehre*, 2010, pág. 227 y sig.

²⁷ VALERIUS, en *JZ* 2008, pág. 915.

diferentes a los nuestros- y de los cuales todavía no se pudieron desprender en el momento de cometer los hechos.”²⁸

B) En la *segunda fase*, el Tribunal Supremo Federal destacó que para aceptar la especial reprobabilidad de los motivos constituyentes de la calificación de abyección, era necesaria una *valoración global* de todas las circunstancias. “En este contexto, no se deben dejar de considerar las ideas y conceptos de los valores a los que los infractores están atados debido a su vinculación con una cultura ajena.”²⁹ Las sentencias en esta fase rechazaron regularmente clasificar el homicidio por honor como asesinato. En algunos casos aparecían como argumentos adicionales valoraciones que tenían que ver con la culpabilidad: así, por ejemplo, una vez se lo calificó como un “acto desesperado”, que se cometió sobre la base de una decisión espontánea.³⁰ En una sentencia no se aprecia si la abyección de los motivos se llegó a evaluar desde un punto de vista objetivo, al menos en su punto de partida.³¹ Porque el “criterio de que se tengan que aplicar escalas generales de valoración moral” es considerado “acertado” por el Tribunal Supremo Federal y la valoración desde la perspectiva general no excluye que “se incluyan en la valoración los conceptos específicos de honor del ámbito de vida” del infractor.³²

C) La *tercera fase*, iniciada a mediados de los años noventa, perdura todavía. Se sigue manteniendo la valoración global,³³ pero los conceptos del otro ámbito cultural se declaran irrelevantes -sin analizarse los motivos anteriores-³⁴: “El baremo para la valoración del motivo debe tomarse de la sociedad jurídica de la República Federal de Alemania, ante cuyo tribunal el acusado está llamado a responder, y no de las consideraciones de un grupo de la población que no reconoce los valores morales y legales de esta sociedad jurídica.”³⁵ Desde esta perspectiva, en el caso de los asesinatos por honor se afirman regularmente los motivos abyectos y por ello también el asesinato. Los motivos del infractor deberían considerarse en la mayoría de los casos como despreciables, porque pasaban doblemente por alto el ordenamiento jurídico alemán, al atribuirse a sí mismo y a su familia la posición de un juez y ejecutor de una sentencia privada de muerte.³⁶ Ello se opone

²⁸ BGH en *GA* 1967, S. 244; véase también BGH en *MDR* 1977, pág. 810.

²⁹ BGH en *JZ* 1980, pág. 238; *StV* 1981, pág. 399; *NJW* 1983, pág. 55 y sig.; *StV* 1997, pág. 566.

³⁰ BGH en *StV* 1981, pág. 399, 400 (cita).

³¹ KÖHLER, *Observ. sobre BGH en JZ* 1980, 238, en: *JZ* 1980, pág. 238 y sig.

³² KÖHLER, en *JZ* 1980, pág. 238.

³³ BGH en *NJW* 2004, pág. 1466 (1467); 2006, pág. 1008 (1011).

³⁴ VALERIUS, en *JZ* 2008, pág. 915.

³⁵ Con el mismo texto BGH en *NJW* 1995, pág. 602; *StV* 1996, pág. 208 (209); *StV* 2003, pág. 21; *NJW* 2004, pág. 1466 (1467); *NJW* 2006, 1008 (1011); además BGH en *NSiZ-RR* 2004, pág. 44; en *NSiZ-RR* 2004, pág. 361 (362); BGH en *NSiZ* 2005, pág. 35 (36).

³⁶ BGH en *NJW* 1995, pág. 602; en *StV* 1996, pág. 208 (209); en *NSiZ-RR* 2000, pág. 168; en *NJW* 2006, pág. 108 (1011); similar a BGH en *NSiZ-RR* 2004, pág. 361 (362).

especialmente al ordenamiento jurídico que mediante la abolición de la pena de muerte demostró su respeto ante el bien jurídico de la vida.³⁷ No obstante, el Tribunal Supremo Federal deja abierta una puerta trasera que permite excepcionalmente no atribuir subjetivamente al infractor los motivos abyectos objetivamente existentes:³⁸ el infractor debería ser consciente de las circunstancias que representan la abyección de sus motivos y debería estar en condiciones de controlar consciente e intencionadamente los sentimientos y emociones que le mueven a actuar (el llamado potencial de dominio de la motivación: *Motivationsbeherrschungspotential*). En este segundo requisito subjetivo se ve claramente la proximidad a la imputabilidad,³⁹ y por ello se puede hablar de un regreso parcial a la primera fase.⁴⁰ Entre los pocos casos en los que -basándose en estos baremos- se reconoció homicidio y no asesinato, figura uno de un infractor procedente de Anatolia Oriental con una “personalidad de estructura simple” que estaba “atado” a las ideas tradicionales de su patria,⁴¹ y el de un chino incapaz de integrarse, que después de su llegada a Alemania fue abandonado por su esposa, que se unió a un alemán, a quien mató por “desesperación ante la situación de su vida”.⁴²

³⁷ BGH en *StV* 1996, pág. 208 (209).

³⁸ BGH en *NJW* 1995, 602; en *StV* 1996, pág. 208 (209); en *NStZ-RR* 2000, pág. 168 (169); en *StV* 2003, pág. 21; en *NJW* 2004, pág. 1466 (1467); BGH en *NStZ-RR* 2004, pág. 361 (362).

³⁹ SALIGER, en *StV* 2003, pág. 23; TRÜCK, *Observ.* sobre BGH en *NStZ-RR* 2004, 44, en: *NStZ* 2004, pág. 498 y sig.; KÜPER, en *JZ* 2006, pág. 611; VALERIUS, en *JZ* 2008, pág. 918. Pero el Tribunal Federal Supremo no concreta en este aspecto, porque afirma que el componente subjetivo del motivo abyecto podría faltar también cuando no existen las condiciones de la semiimputabilidad, § 21 del Código Penal alemán (en *NStZ-RR* 2004, pág. 44).

⁴⁰ NEHM, *supra* nota 3, pág. 421.

⁴¹ BGH en *NJW* 1995, pág. 602.

⁴² BGH en *NStZ-RR* 2004, pág. 44. Naturalmente hay que formular dos reservas en este punto: en primer lugar, el Tribunal Federal Supremo caracteriza el componente subjetivo de los motivos abyectos en parte de otro modo que lo hizo anteriormente, en el sentido de que “el autor no puede encontrarse en un estado debido a su estado mental-anímico que le haga inaccesible conocer la abyección de sus motivos”, (véase más concretamente a TRÜCK, en *NStZ* 2004, pág. 497 y sig.), y en segundo lugar, se podría dudar ya de la clasificación de este caso en el presente contexto de los asesinatos por honor condicionados culturalmente. La procedencia del lejano Oriente del infractor parece apoyar más el agravamiento de su situación desesperada en lugar de un estancamiento en un concepto arcaico del mundo.

D) En los casos anteriores (1.B)) de *penas privadas*, que he considerado atípicos, finalmente no se aceptan los motivos abyectos.⁴³ La argumentación varía en función de en qué fase de desarrollo de la jurisprudencia se está. Así, en el primer caso de un esposo turco que mató a su tío a traición porque había violado a su esposa, ni siquiera se discutieron los motivos abyectos, sino solamente las relaciones entre alevosía y homicidio menos grave (§ 213 Código Penal alemán).⁴⁴ En un caso atribuible a la segunda fase, los motivos relevantes fueron el enfado y la integración familiar del acusado,⁴⁵ y en un caso posterior correspondiente a la fase actual, el motivo de venganza era comprensible, porque había sido provocado por un acto violento anterior.⁴⁶

3. Toma de postura

La actual línea de la jurisprudencia ha encontrado principalmente aceptación en la bibliografía.⁴⁷ Pero todavía no se han callado las voces críticas que consideran acertada la orientación de la fase intermedia.⁴⁸ Se verá que una solución que

⁴³ Véase también NEHM, *supra* nota 3, pág. 424; y JAKOBS, Die Schuld der Fremden, en: *ZStW* 118 (2006), pág. 831 y sig. (849) el cual caracteriza estos casos como los de una "responsabilidad de la víctima" que no conducen a "dificultades relevantes". DIETZ, en *NJW* 2006, pág. 1387 por el contrario, quiere afirmar también en este caso los motivos abyectos por la usurpación de la autojusticia. La jurisprudencia afirmaba los motivos abyectos solamente en el caso en el que el muerto no era el supuesto violador de la esposa del infractor, sino un tercero que se negaba a ayudar al infractor en su acción de venganza (BGH en *NSiZ-RR* 2000, pág. 168). En un caso de este tipo de homicidio de una persona ajena, el Tribunal Supremo Federal cree incluso poder dejar pendiente la cuestión "clásica" (véase *supra* nota 22), (pág. 169).

⁴⁴ BGHSt 30, 105.

⁴⁵ BGH en *StV* 1994, pág. 182.

⁴⁶ BGH en *NJW* 2006, pág. 1008 (1011 y sig.).

⁴⁷ JÄHNKE en *LK-StGB* 11ª edición 2001, § 211 n. m. 37; MOMSEN, Der Mordtatbestand im Bewertungswandel?, en: *NSiZ* 2003, pág. 237 y sig. (238); OTTO, Neue Entwicklungen im Bereich der vorsätzlichen Tötungsdelikte, en: *Jura* 2003, pág. 612 y sig. (617); SCHNEIDER, en: *MK-StGB* 2003 § 211 Rn. 94; TRÜCK, en *NSiZ* 2004, pág. 497; M. OGOREK, Anm. zu BGH en *NJW* 2004, 1466, en: *JA* (Juristische Arbeitsblätter) 2004, pág. 787 y sig. (789); NEHM, *supra* nota 3, pág. 425 y sig.; U. SCHULZ, „Chronik eines angekündigten Todes“ - Totschlag oder Mord?, en *NJW* 2005, pág. 551 y sig. (554); KÜPER, en *JZ* 2006, pág. 610 y sig.; ROHE, en *JZ* 2007, pág. 805; SATZGER, en *JK* 8/06, StGB § 211/50; KÜDLICH/TEPE, en *GA* 2008, pág. 100 y sig.; VALERIUS, en *JZ* 2008, pág. 916; ÍBID., *supra* nota 2, pág. 85; KRAIS, *supra* nota 3, pág. 66 y sig., 71; HILGENDORF, en *JZ* 2009, pág. 141; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht BT I*, 10ª edic. 2009 § 2 n. m. 37; POHLREICH, *supra* nota 3, pág. 249, 289; ESER, en: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28ª edic. 2010 § 211 n. m. 19; ÇAKIR-CEYLAN, *supra* nota 26, pág. 254 y sig.; SINN en *SK-StGB* 2010 § 211 n. m. 27; LACKNER/KÜHL, en *StGB* 27ª edic. 2011 § 211 n. m. 5; WESSELS/HETTINGER, *Strafrecht BT I*, 34ª edic. 2010 n. m. 95a.

⁴⁸ KÖHLER, en *JZ* 1980, pág. 238 y sig.; SÖNNEN, Observ. sobre BGH en *JZ*, 1980, 238, en: *JA* 1980, pág. 747 y sig.; FABRICIUS, Observ. sobre BGH en *StV* 1996, 208, en: *StV* 1996, pág. 209 y sig.; SALIGER, en *StV* 2003, pág. 23 y sig.; BAUMEISTER, *supra* nota 3, pág. 148 y sig.; NEUMANN, en *NK-StGB* 3ª edic. 2010 § 211 n. m. 30a, b; posiblemente también MÜSSIG, *Mord und Totschlag*, 2005, pág. 285 nota 38.

pretende ser más que una formulación de intuiciones difusas y personalísimas, no podrá realizarse sin una reflexión sobre el sentido de los motivos abyectos, y por ello también sobre el sentido de los conceptos de culpabilidad y de injusto.

Pretendo desarrollar mi criterio propio en dos fases. En primer lugar se analizarán críticamente los argumentos que intentan ahorrarse una reflexión de este tipo -y que por ello se pueden denominar parsimoniosos (*parsimonious*). Después, en una segunda fase, se desarrollará la propia vía de solución teóricamente fundada, comparándola con principios igualmente exigentes.

A) Principios de solución parsimoniosos

La economía en sí no constituye ningún perjuicio sino más bien una reconocida virtud científica para una determinada solución de un problema.⁴⁹ El camino más rápido es *ceteris paribus* el mejor camino. Pero sólo *ceteris paribus*, o dicho de otro modo: el camino debe conducir también a una solución real. Precisamente es este objetivo el que no cumplen los siguientes argumentos, que se van a analizar en una secuencia de "economía" decreciente.

a) ¿Simple afirmación de algo que es evidente?

El cambio en la jurisprudencia se produjo, como ya se comentó, sin analizarse los motivos de las sentencias anteriores. Ahora simplemente se afirma que los criterios a la hora de evaluar la abyección de los motivos son los de la sociedad jurídica alemana y no los del grupo que rechaza estos valores.⁵⁰ También en la bibliografía es posible encontrar afirmaciones apodícticas: "Para la clasificación legal de un hecho cometido en Alemania rige el derecho alemán."⁵¹ "La escala del derecho penal alemán se orienta *por supuesto* en los conceptos de valor aquí reconocidos".⁵² Estas afirmaciones simples aparentemente no bastan, porque precisamente el contenido del derecho alemán, y más concretamente la característica de los motivos abyectos, son el objeto de la discusión.⁵³

⁴⁹ De los clásicos de la filosofía de la ciencia p. ej. POPPER, *Logik der Forschung*, 10ª edic., 1994, pág. 97 y sig.; KUHN, Objectivity, Value Judgement, Theory Choice, en: *The Essential Tension*, Chicago, 1977, pág. 320 y sig. (322 y sig.); desde el punto de vista de la teoría del derecho RÖHL/RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, 3ª edic. 2008, pág. 14 y sig.; véase también mi defensa de cadenas de deducción lo más cortas posibles en GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, 2009, pág. 27.

⁵⁰ En la observación de que el infractor se tenga que responsabilizar ante los tribunales alemanes, aparece un criterio que se tendrá que elaborar más detenidamente en 2 a bb (b).

⁵¹ JÄHNKE en *LK-StGB* § 211 n. m. 37; de acuerdo MOMSEN, en *NSZ* 2003, pág. 238.

⁵² MOMSEN, en *NSZ* 2003, pág. 238 (la cursiva es mía). Véase también M. OGOREK, en *JA* 2004, pág. 787; U. SCHULZ, en *NJW* 2005, pág. 554.

⁵³ Este incluso es el caso cuando, con una interpretación benevolente, se pretende entender estas afirmaciones como referencias al principio de la territorialidad (§ 3, Código penal alemán), a la que

b) *Redescripción empírica de la problemática*

Los representantes de esta opinión buscan apaciguar el problema cuestionando de antemano la descripción habitual de conflicto cultural.⁵⁴ Especialmente se sostiene que incluso el derecho turco reconoce desde el año 2005 a la venganza de sangre como caso calificado de homicidio.⁵⁵ A ello se objetó que lo determinante eran las normas sociales efectivamente vividas y no las últimas normas legales decididas por una supuesta élite cultural.⁵⁶ Efectivamente, en muchas zonas de Turquía parece ser que los asesinatos por honor son culturalmente aceptados, de modo que no sólo la población, sino también los tribunales interpretan las nuevas leyes restrictivamente y demuestran gran voluntad de comprensión al respecto.⁵⁷ Como réplica, se indicó que estas normas sociales representaban instancias de “injusticia consuetudinaria”⁵⁸ contra la cual tenían que luchar los legisladores locales, y sobre todo el derecho alemán con especial vehemencia. Además, habría que poner en duda seriamente si algunos de los homicidios de los que se ocupaban los tribunales alemanes realmente estaban en consonancia con los conceptos de valor de la cultura de la procedencia del infractor.⁵⁹

Ya se observa que la parsimonia de la argumentación empírica solamente es aparente. En primer lugar, estos argumentos de por sí son ya de limitado alcance: la mayoría, pero precisamente sólo la mayoría de los infractores, es de origen turco, de modo que el derecho turco que figura en el centro de la discusión solamente puede ser relevante para una parte de los casos pertinentes. Con la referencia sobre la situación legal turca no se podrían resolver los casos del griego, del italiano, del

recurre expresamente una sentencia del Tribunal Federal Supremo (*NSiZ* 1996, pág. 80) (al igual que NEHM [*supra* nota 3], pág. 422; ARTKÄMPFER, en *Kriminalistik* 2008, pág. 619).

⁵⁴ En contra de la averiguación de un conflicto cultural en general ROHE, Islamisierung des deutschen Rechts?, en *JZ* 2007, pág. 801 y sig. (805); Valerius, en *JZ* 2008, pág. 916 nota 3.

⁵⁵ DIETZ, *NJW* 2006, pág. 1387; KÜPER, en *JZ* 2006, pág. 610; ARTKÄMPFER, Blutrache und Ehrenmorde, en: *Kriminalistik* 2008, pág. 616 y sig. (616); VALERIUS, en *JZ* 2008, pág. 914; ÇAKIR-CEYLAN, *supra* nota 26, pág. 177 y sig., 254 f.; GRÜNEWALD, en *NSiZ* 2010, pág. 3 y sig.; JÄHNKE LK-StGB § 211 n. m. 37 quiere diferenciar en función de si el derecho de la patria castiga los homicidios por razón de honor con menor o mayor dureza. Sobre la situación jurídica en Turquía más concretamente SÖZÜER, Die Reform des türkischen Strafrechts, en *ZStW* 119 (2007), pág. 717 y sig. (744): “homicidio por tradición”; GÖZTEPE, Rechtliche Aspekte der sog. Ehrenmorde in der Türkei, en *EuGRZ* 2008, pág. 16 y sig. 18 y sig.; KUDLICH/TEPE, GA 2008, pág. 98 y sig.; POHLREICH, *supra* nota 3, pág. 154 y sig., 177 y sig.

⁵⁶ SALIGER, *StV* 2003, pág. 24.

⁵⁷ KUDLICH/TEPE, GA 2008, p. 96 con demostración empírica. En contra: ÇAKIR-CEYLAN, *supra* nota 26, pág. 254 f.; y GRÜNEWALD, *NSiZ* 2010, pág. 4, 6: se trataba sólo de una costumbre existente en regiones subdesarrolladas de Turquía.

⁵⁸ ROHE, *JZ* 2007, pág. 805.

⁵⁹ BGH en *NJW* 2004, pág. 1466 (1468): Faltan averiguaciones de tribunales sobre si los conceptos de valor de Anatolia le permiten al esposo maltratar y matar a la mujer. Similar BGH en *NSiZ-RR* 2004, pág. 361 (362).

chino, del iraní o del paquistaní.⁶⁰ En segundo lugar, a nivel puramente empírico no es posible determinar si las normas legales o sociales del país de origen deben ser determinantes. Falta un criterio para valorar y seleccionar lo empírico -y para lograr este criterio es inevitable el siguiente paso hacia un argumento normativo.

c) *Argumentos normativos*⁶¹

aa) ¿Tratamiento desigual?

Un argumento muy extendido entre los defensores de la opinión dominante es el recurso al mandato de tratamiento igual.⁶² Solamente la valoración de los motivos abyectos por medio de los conceptos de valor alemanes garantiza una aplicación uniforme del derecho. O bien se argumenta referido al infractor, reprochando al otro punto de vista un ilegítimo “privilegio al extranjero”,⁶³ o se dirige la mirada más bien a la víctima y se formula el temor de que determinados grupos de la población sean “degradados como víctimas de un menor derecho de protección”.⁶⁴

⁶⁰ Véase *supra* nota 15, 16.

⁶¹ Existen otros argumentos normativos que solamente tienen un papel subordinado en la discusión - y con razón-. Para la postura de la opinión dominante, se adujo que la consideración de ideas culturales ajenas era una autorrelativización del derecho (JAKOBS, en *ZStW* 118 [2006], pág. 843), lo que en sí es una afirmación vacía: La cuestión consiste precisamente en lo que debe ser el contenido del derecho. Además, se intentó fundamentar la opinión mayoritaria en un argumento analógico (VALERIUS, en *JZ* 2008, pág. 916) basado en la comparación con otros motivos abyectos legalmente tipificados (codicia, instinto asesino, satisfacción de la necesidad sexual, etc.), los cuales se valorarían únicamente desde el punto de vista de la sociedad jurídica alemana. Lo problemático de este argumento parece ser que las características indicadas también permiten la conclusión opuesta: porque se podría decir con el mismo derecho que los homicidios por codicia, instinto asesino o para satisfacer la necesidad sexual son precisamente tan abyectos porque son especialmente despreciables según los conceptos de valor no solo de los alemanes, sino también de los grupos culturales que aquí viven. Porque no solamente la perspectiva alemana considera estos motivos como especialmente despreciables. El otro argumento de que los conceptos alemanes deberían ser determinantes, especialmente por razones de prevención general (POHLREICH [*supra* nota 3], pág. 289), ignora que la prevención general solamente es fin de la pena de segundo orden, porque es neutra con respecto a la cuestión del contenido de aquello de lo que se tenga que prevenir -lo que llamé fin de la pena de primer orden (esta distinción se encuentra en GRECO [*supra* nota 49], pág. 303 sig.). Finalmente, la afirmación de que cláusulas generales valorativas (HILGENDORF, en *JZ* 2009, S. 141) en una democracia siempre dependen de los criterios de la mayoría, significa una auto-rendición a una tiranía de la mayoría y sobrevalora el rango del argumento de la democracia para el derecho penal liberal.

⁶² SCHNEIDER, en: MK-StGB 2003 § 211 n. m. 94; NEHM, *supra* nota 3, pág. 425 y sig.; U. SCHULZ, en *NJW* 2005, pág. 554; VALERIUS, en *JZ* 2008, pág. 916; ÇAKIR-CEYLAN, *supra* nota 26, pág. 253; GRÜNEWALD, en *NSZ* 2010, pág. 5.

⁶³ SCHNEIDER, en: MK-StGB 2003 § 211 n. m. 94; NEHM, *supra* nota 3, pág. 428; DIETZ, en *NJW* 2006, pág. 1386.

⁶⁴ ROHE, en *JZ* 2007, pág. 805; también GRÜNEWALD, en *NSZ* 2010, pág. 5.

Es de elogiar que el mandato del tratamiento igual como valoración normativa abierta supere la ceguera del empirismo. Pero el argumento no avanza mucho más, ya que calla absolutamente sobre el criterio con el que se tenga que determinar la igualdad y la desigualdad. Porque solamente cuando exista este criterio se podrá diferenciar un “*privilegium odiosum*” de un tratamiento desigual justificado de los desiguales.

bb) ¿Tolerancia?

Se podría pensar que la consideración de conceptos de valor culturales diferentes corresponde a un mandato de la tolerancia, cuyo seguimiento debería disfrutar de la máxima prioridad en cualquier Estado moderno y sobre todo en el Estado pluralista de la modernidad.⁶⁵ En este contexto, sobre todo *Fabricius* apoya el mandato de la tolerancia, basándolo en consideraciones culturalmente relativistas: faltan criterios intersubjetivos e interculturalmente válidos para argumentar por qué la prohibición de los asesinatos por honor existente en nuestra cultura es moralmente superior al mandato postulado por otras culturas.⁶⁶ Sería prepotente e incluso etnocéntrico estigmatizar por ley los conceptos de valor que contradicen frontalmente a los vigentes en Alemania no sólo como diferentes, sino como abyectos, es decir, como especialmente reprobables y despreciables. Los representantes de la opinión contraria reaccionaron en parte indignados. Sobre todo *Küper* se quejó de los “eufemismos para tradiciones arcaicas y anticulturales de revancha”⁶⁷ y opinó que un “ordenamiento jurídico civilizado” debería rechazar decididamente la “influencia de tradiciones reaccionarias que desprecian la dignidad humana”.⁶⁸

(1) Al llevar el argumento de la tolerancia hacia una *posición cultural relativista*, se ingresa finalmente en los abismos de la actual discusión filosófico-política.⁶⁹ Como penalista interesado en la filosofía del derecho, al menos por ahora no puedo afirmar que disponga de la competencia necesaria para introducirme en estos abismos. Más bien me conformo con la afirmación de la máxima improbabilidad del relativismo cultural.⁷⁰ Este principio no sólo parece autodestructivo (*self-defeating*), porque finalmente relativiza su propia pretensión de vigencia, convirtiéndola en un mero asunto interno cultural, de manera que una persona

⁶⁵ SONNEN, en *JA* 1980, pág. 747.

⁶⁶ FABRICIUS, en *StV* 1996, pág. 210.

⁶⁷ KÜPER, en *JZ* 2006, pág. 610.

⁶⁸ KÜPER, en *JZ* 2006, pág. 610.

⁶⁹ Sobre ella: RORTY, *The Priority of Democracy to Philosophy*, en: *Philosophical Papers*, Bd. I, Cambridge, 1990, pág. 175 y sig.; FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, 1996, pág. 239 y sig.; BIELEFELDT, *Philosophie der Menschenrechte*, 1998, pág. 115 y sig.; CASSESE, *I diritti umani oggi*, Rom, 2009, pág. 60 y sig.; y la antología editada por STEINMANN/SCHERER: *Zwischen Universalismus und Relativismus*, 1998.

⁷⁰ Véase mi comentario sobre una posición cercana en GRECO, *supra* nota 49, pág. 143 y sig.

externa -especialmente como seguidor de una cultura suficientemente intolerante- podría ignorarlo completamente. Desde su perspectiva, la idea de que en el transcurso de los últimos milenios se hayan producido progresos en la civilización y que se puedan seguir produciendo otros progresos de este tipo, es simplemente falsa. Pero en absoluto podría defenderse seriamente que la abolición de la esclavitud, el creciente arrinconamiento de la pena de muerte o el desprecio de la tortura sean hechos que pueden ser valorados positivamente solamente en el interior de una cultura, o que el actual sistema legal de la República Federal de Alemania y el régimen del Tercer Reich sean equivalentes desde una perspectiva intersubjetiva, es decir, con base en un baremo interculturalmente válido. Tampoco -y ahora con referencia al presente contexto- es posible afirmar con sensatez que las mutilaciones genitales y los matrimonios forzados, la obediencia femenina obligatoria ante el esposo y la autojusticia privada sean “objetivamente” tan buenas como las referidas prohibiciones. El temor que aviva frecuentemente al relativismo, esto es, el de que los principios universales pudiesen actuar como un velo protector de intereses imperialistas, demuestra solamente que ni siquiera las verdades más nobles están a salvo de ser instrumentalizadas. Pero de ello no se puede inferir que estas verdades sean equivocaciones o incluso mentiras.

(2) Por lo tanto, la *tolerancia* solamente puede defenderse -si es que es defendible- *sin premisas relativistas culturales*.⁷¹ En realidad, la auténtica tolerancia la ejerce aquel que está completamente seguro de lo suyo y que, a pesar de ello, todavía reconoce al que piensa de otra manera. Se podría decir que debido al hecho de que en Alemania viven extranjeros, el ordenamiento jurídico alemán tiene la oportunidad de demostrar que es un ordenamiento tolerante, a pesar de -o precisamente justo por- la certeza con la que reivindica determinados valores. Pero también este argumento demuestra ser dudoso. En la discusión se advirtió justificadamente que el derecho no debe apropiarse de la perspectiva del delincuente por convicción, que desafía al ordenamiento jurídico, o de terroristas.⁷² Y no porque todo lo demás sea una autorrenuncia al ordenamiento jurídico⁷³, sino porque el derecho de un Estado liberal dirige sus pretensiones solamente hacia el cumplimiento de estándares externos de comportamiento, y no exige también la convicción interna

⁷¹ De otra opinión Art. KAUFMANN, Die Idee der Toleranz aus rechtsphilosophischer Sicht, en: *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, 2ª edic. 1993, pág. 209 y sig. (esp. 216 y sig.); ÍBID. *Rechtsphilosophie*, 2ª edic., 1997, pág. 335 y sig., el que opina de modo coincidente que el relativista no puede ser realmente tolerante, pero que piensa al mismo tiempo que tampoco lo puede ser el que cree estar en posesión de la verdad. En este marco no va ser posible entrar en la discusión fundamental sobre el concepto de la tolerancia; sobre ello de modo extenso: FORST, *Toleranz im Konflikt*, 2003, pág. 42 y sig., 53 y sig.; y además HASSEMER, *Religiöse Toleranz im Rechtsstaat*, 2004, pág. 36 y sig.

⁷² SCHNEIDER, en: MK-StGB 2003 § 211 n. m. 94; NEHM, *supra* nota 3, pág. 427; GRÜNEWALD, en *NSZ* 2010, pág. 5.

⁷³ Sobre la crítica de este argumento, véase *supra* nota 61.

de que se tengan que respetar los valores que hay detrás de sus leyes.⁷⁴ Dicho según Kant: el Estado liberal solamente se preocupa por la legalidad y no por la moralidad.⁷⁵ Precisamente porque el ordenamiento jurídico no exige que el infractor admita y estime los derechos de los otros, sino solamente que tenga en consideración estos derechos mediante su comportamiento externo, quien positivamente desapruueba y minusvalora estos derechos no podrá esperar recibir un trato mejor -independientemente de las causas en las que se basen esa desaprobación y menosprecio, y tanto si se basan en una decisión personal como en una socialización.

Por lo tanto, el recurrir a la tolerancia sólo podría justificar un mejor tratamiento de los infractores que rechacen los valores de la sociedad jurídica, si la apropiación personal de estos valores fuera también el exigido por los postulados legales. Como máximo, en este punto se torna obvio que es inevitable llevar la discusión al siguiente nivel, en el cual la referencia normativa todavía demasiado vaga de los argumentos hasta ahora formulados debe adquirir unos contornos concretos mediante el establecimiento de referencias con categorías demostradas de la dogmática del derecho penal. ¿Acaso no son los motivos abyectos -es decir, los motivos moralmente muy reprobables y casi despreciables- más bien la prueba de que el derecho positivo desconoce la separación de Kant entre legalidad y moralidad?

B) Principios con fundamento dogmático: Los motivos abyectos como expresión de máximo injusto y máxima culpabilidad

Los principios parsimoniosos en su totalidad demuestran ser insuficientes. Es inevitable una reflexión sobre el contenido de los motivos abyectos y también de la culpabilidad y del injusto. La consideración de la jurisprudencia de que los motivos abyectos son motivos especialmente reprobables y despreciables no ofrece suficiente fundamento. Porque antes habría que preguntarse si los motivos abyectos tienen que interpretarse realmente con referencia a la moralidad.

Por ello, como punto de partida debe servir la suposición de que un asesinato por motivos abyectos, el cual es amenazado por el ordenamiento jurídico con la máxima pena disponible, representa consiguientemente la culpabilidad máxima.⁷⁶ La culpabilidad máxima, a su vez, se puede imaginar como una culpabilidad

⁷⁴ Acertado JAKOBS, en *ZStW* 118 (2006), pág. 844.

⁷⁵ Véase KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, A/B 6. Véase recientemente GRÜNEWALD, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, 2010, pág. 114 y sig., 160 y sig., 191; ÍBID. en *NSiZ* 2010, pág. 5, que recurre también a esta diferenciación.

⁷⁶ Similar en: KÖHLER, *Zur Abgrenzung des Mordes*, en *GA* 1980, pág. 121 y sig. (121), pero que habla sólo de culpabilidad máxima. Véase también KÜPER, en *JZ* 2006, pág. 611, que diferencia el componente de injusto y de culpabilidad de los "motivos abyectos".

máxima independiente o simplemente como reflejo de un injusto máximo.⁷⁷ Este punto de partida es lo suficientemente abstracto y formal para abarcar tanto la consideración de la jurisprudencia como también las otras posiciones desarrolladas en la discusión. Solamente después de determinar el contenido de la culpabilidad seremos capaces de identificar el contenido del caso límite de la culpabilidad máxima que representa el asesinato.

a) *La culpabilidad del asesino por honor*

La carta de triunfo principal de aquellos que quieran argumentar con las valoraciones de la minoría cultural es la referencia al principio de culpabilidad.⁷⁸ También la jurisprudencia recurrió en su segunda fase a este principio. Pero se hablaba principalmente de una “valoración global”⁷⁹, cuando ésta es sólo una fórmula vacía embarazosa que materialmente no presenta nada más que una referencia al principio de culpabilidad. Porque ninguna “valoración global” tiene en cuenta todas las circunstancias del caso concreto: si el infractor tiene ojos azules o castaños, si es fan del Bayern München o del 1860-München, etc.; esto naturalmente no entra en consideración. Solamente se valoran las circunstancias relevantes. Para separar lo relevante de lo irrelevante, es necesaria una determinada comprensión de la culpabilidad.

Conforme a la diferenciación de Kant introducida anteriormente, será posible diferenciar entre dos posibilidades de comprensión de la culpabilidad penal.

aa) Culpabilidad referida a la moralidad

En la presente discusión, sobre todo Köhler se esforzó en elaborar un concepto material de culpabilidad mediante el cual objeta que los motivos de los asesinos por honor sean abyectos. La culpabilidad del derecho penal es una culpabilidad de la voluntad, y por lo tanto una decisión deliberada por el injusto. Esta comprensión de la culpabilidad es referida a la moralidad porque la motivación indiferente u hostil al derecho del infractor es objeto de la valoración de la culpabilidad. La

⁷⁷ Es decir: Se puede entender la culpabilidad como contenido adicional al desvalor del injusto, o solamente como un filtro que le permite atribuir personalmente al infractor el desvalor ya existente del injusto. Sobre esta diferenciación: HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pág. 151 y sig.; GRÜNEWALD, *supra* nota 75, pág. 146 nota 4.

⁷⁸ KÖHLER, en *JZ* 1980, pág. 240 y sig.; HEINE, *Tötung aus „niedrigen Beweggründen“*, 1988, pág. 274 y sig.; SALIGER, en *StV* 2003, pág. 23; BAUMEISTER, *supra* nota 3, pág. 149; NEUMANN, en *NK-StGB* 3ª edic. 2010 § 211 n. m. 30a.

⁷⁹ Véase anteriorm. II; al igual que KÖHLER, en *JZ* 1980, pág. 240; SALIGER, en *StV* 2003, pág. 23, 24; BAUMEISTER, *supra* nota 3, pág. 149; NEUMANN, en *NK-StGB* 3ª edic. 2010 § 211 n. m. 30b. De otro modo quieren KUDLICH/TEPE, en *GA* 2008, pág. 100 y sig., que en el marco de la valoración global se tenga en cuenta que los asesinatos por honor sean clasificados, también en el régimen jurídico turco, como homicidios cualificados.

culpabilidad consiste en que uno no hace propias las escalas del ordenamiento jurídico. “Una motivación para el delito que se presente con un cierta pretension ética de vigencia general puede sí valorarse como contraria al derecho penal, pero no como abyecta”.⁸⁰ Por lo tanto, son abyectos todos los motivos que no son guiados por principios considerados éticamente vinculantes, sino que son la expresión de una “motivación extremadamente egoísta”.⁸¹ Consecuentemente, no tendría lugar la “pena máxima por la culpabilidad máxima” en los presentes casos.⁸² Este principio parece dudoso porque implica que incluso los criterios más abyectos, si no son meras manifestaciones de egoísmo sino que vienen formulados como pretensiones de vigencia general, ya no se podrán clasificar como abyectos. Habría que pensar en un infractor que odia tanto a los judíos que estaría dispuesto a matar a su propia esposa o incluso a sí mismo, si posteriormente se demuestra que ella o él fueran de procedencia judía.

Pero se puede renunciar a las exigentes tesis de Köhler y preguntarse, en el marco del prevaleciente concepto de la culpabilidad denominado “normativo”, si de los presentes casos no se desprende ninguna formación de la voluntad reprochable al máximo. También el prevaleciente concepto normativo de la culpabilidad, el cual ve regularmente el objeto del reproche de culpabilidad en la decisión que desobedece a la orden normativa, es una interpretación de la culpabilidad relativa a la moralidad, una vez que vincula la motivación del infractor al derecho como tal, y no se conforma con el mero miedo al castigo, es decir, con la legalidad.⁸³ Desde la perspectiva de una comprensión tal normativa de la culpabilidad, motivos abyectos podrían representar una culpabilidad máxima, porque el autor hace suyos motivos que son contrarios a las prohibiciones y mandatos del derecho. El que actúa por motivos abyectos se deja motivar por algo que es del todo ajeno a lo que ordena el derecho.

Si se toma en serio el punto de partida compartido por la jurisprudencia y la mayoría de los participantes en la discusión, conforme al cual los motivos abyectos son aquellos que moralmente están en el nivel más bajo, el rechazo de esta abyección sería inevitable. No sólo según los criterios del país de procedencia, sino también según los nuestros -sobre cuya corrección no hay duda, véase anteriormente 3, C) c bb (2)- no se trataría de la culpabilidad máxima. Por lo que la cuestión “clásica” que figura en el centro de la discusión ni siquiera se plantearía.

La evaluación moral solamente se hace complicada porque estos casos presentan no sólo una, sino dos características moralmente relevantes. Por una parte -y esta

⁸⁰ KÖHLER, en *JZ* 1980, pág. 240.

⁸¹ KÖHLER, en *JZ* 1980, pág. 240. Véase también más general *ÍBID.* en *GA* 1980, pág. 138 y sig.

⁸² KÖHLER, en *JZ* 1980, 240, 241 (cita).

⁸³Más detallado en: GRECO, *Lebendiges*, pág. 487 y sig.

va en favor de la culpabilidad máxima- está la característica de que se vulneran principios morales indiscutibles; y por la otra -y esta va en contra de la culpabilidad máxima- la característica de que los infractores fueron socializados conforme a criterios de una cultura que no conoce estos principios. La diferenciación de estas dos características nos sitúa en la posición de poder reconocer el verdadero caso de la máxima culpabilidad moral: aquel caso en el que existe la primera característica, pero no la segunda. Habría que imaginarse que nuestro asesino por honor es un académico educado en una familia completamente integrada socialmente, y que después de una reflexión fría decide rechazar la sociedad occidental y cometer un homicidio premeditado para conservar su honor. No se puede negar realmente que la culpabilidad de voluntad moral de este infractor tiene que situarse en un nivel por encima de la del asesino típico por honor. Desde esta perspectiva parece injusto condenar a ambos a la pena máxima. Con ello se situarían al mismo nivel unas diferencias morales notables.

Este resultado también se confirma sobre la base de las anteriores consideraciones sobre la tolerancia. Si se considera irrelevante la diferenciación entre legalidad y moralidad de Kant -es decir, que no sólo el comportamiento externo, sino también la internalización de los valores básicos del ordenamiento jurídico forman parte de los postulados legales-, habría que aplicar indulgencia ante aquel que sin culpabilidad no pudo internalizar estos valores.

Resumiendo: Si la culpabilidad máxima representada en los motivos abyectos consiste en que moralmente se sitúan en el nivel más bajo, ya no será posible defender la conclusión de que los asesinatos por honor sean asesinatos por motivos abyectos. La opinión dominante tendrá que conformarse o bien con castigar los homicidios por cuestión de honor como homicidio simple, o deberá modificar su concepto de culpabilidad y de motivos abyectos.

bb) Culpabilidad referida la legalidad

Pero la culpabilidad no solamente puede interpretarse con referencia a la moralidad. Unos pocos autores han formulado interpretaciones relativas a la legalidad, las cuales consideran la motivación del infractor un problema suyo.

(a) Conforme al *concepto funcional de la culpabilidad* propuesto sobre todo por *Jakobs*, el fundamento y la exclusión de la culpabilidad se miden según el interés de la sociedad por la estabilización de las normas.⁸⁴ La culpabilidad es algo que la sociedad atribuye al infractor en función de sus necesidades. Con una referencia concreta sobre el problema que nos ocupa, *Jakobs* considera que en definitiva lo

⁸⁴ Detalladamente en *JAKOBS, Schuld und Prävention*, 1976, pág. 3 y sig.; *ÍBID. Das Schuldprinzip*, 1993, pág. 7 y sig.

que importa es la *cantidad de estos hechos*. Mientras ocurran sólo ocasionalmente, la sociedad puede permitirse prescindir de una imputación.⁸⁵ Por el contrario, “un Estado en cuyo territorio hay millones de personas socializadas de otra forma, tendrá que tratar sus problemas generales de adaptación como un asunto de ellas.”⁸⁶ Parece querer decir que los actuales asesinatos por honor, por razones de estabilización de las normas, se tendrían que clasificar como asesinatos y no sólo como homicidio.

En este contexto no vamos a repetir la crítica del concepto funcional de culpabilidad.⁸⁷ En su núcleo, esa crítica es acertada. Porque la necesidad de justificar el castigo ante el infractor es simplemente ignorada por el concepto funcional de culpabilidad, al tener como objetivo solamente los intereses de la sociedad.⁸⁸ Solamente indica qué beneficio obtiene la sociedad de un castigo. La cuestión realmente relevante de por qué precisamente puede valerse del castigado, no interesa a sus seguidores.

(b) Un concepto de culpabilidad que no tiene como objeto de su evaluación la moralidad del comportamiento del infractor y que al mismo tiempo no instrumentaliza al infractor en el interés de otros, solamente es defendible cuando se interpreta a la culpabilidad como *decisión no prudente a favor del propio castigo* -un desarrollo ulterior de la idea de *Feuerbach*-.⁸⁹ Conforme a esto, el castigo se puede legitimar ante el castigado porque él mismo lo ha buscado con la comisión del comportamiento punible. Y en el caso del asesino por honor significa que su culpabilidad no se atenúa de ningún modo. Porque todo el mundo que permanece en un lugar foráneo deberá contar con que en ese lugar no se apliquen los criterios de su país de origen. “En Roma, como los romanos”.

Solamente sobre la base de este concepto de culpabilidad prudencial, muchos argumentos propuestos por los representantes de la opinión dominante adquieren una base normativa sólida. La consideración siempre repetida de la jurisprudencia de que el infractor deberá responsabilizarse ante los tribunales alemanes, puede interpretarse casi como un reconocimiento explícito de este concepto de culpabilidad: la esperanza de ser juzgado ante tribunales alemanes conforme a las

⁸⁵ JAKOBS, en *ZStW* 118 (2006), pág. 850.

⁸⁶ JAKOBS, en *ZStW* 118 (2006), pág. 848. Según el asunto, aparentemente también NEHM, *supra* nota 3, pág. 426, cuando opina que la afirmación del asesinato es necesaria para “defender el orden jurídico”.

⁸⁷ Referencias en GRECO, *supra* nota 49, pág. 246 nota 184.

⁸⁸ GRECO, *supra* nota 49, pág. 499 y sig.

⁸⁹ GRECO, *supra* nota 49, pág. 487 y sig. El concepto de “prudencia” y de “no prudencia” aquí utilizado no tiene ninguna relación con aquello que, en alemán, se designa con el término “*Fahrlässigkeit*”, sino con el concepto de filosofía moral derivado de lo que en alemán se denomina “*Klugheit*” y en latín “*prudentia*”.

costumbres de sociedades patriarcales es poco prudente y no debe ser premiada. No hace falta ir tan lejos y afirmar que debe exigirse al extranjero que haga propios los valores de Alemania, o que se integre.⁹⁰ Solamente se le exige que externamente cumpla las reglas del Estado en el que vive.⁹¹ Todo lo demás sería simplemente poco prudente.

La *ventaja* de este principio no consiste en que solamente éste sería realmente capaz de aprobar la culpabilidad máxima del asesino por honor, porque esto sería un argumento circular. Pero el principio tiene, en comparación con lo que sostienen las otras opiniones, las decisivas ventajas de que, por una parte, no instrumentaliza al castigado -en contraste con el concepto funcional de la culpabilidad- sino que le demuestra por qué “él mismo tiene culpa” de su castigo; y, por la otra, que -en contraste con el principio de culpabilidad referido a la moralidad- mantiene distancia respecto del *forum internum* de los ciudadanos.

Pero el principio tiene un *límite*: no conduce a una culpabilidad máxima autónoma, en el sentido de una entidad independiente del injusto. Se le reprocha al infractor que es poco prudente esperar que precisamente para él deba aplicarse otra cosa que el castigo legalmente conminado. Pero queda pendiente la cuestión del castigo legalmente conminado por los hechos que aquí se discuten. La culpabilidad del infractor no es reducida por su procedencia, sino que se considera en todo su alcance. Si esta culpabilidad no reducida, y por ello plena, alcanza la culpabilidad máxima propia del asesinato, depende de que esas muertes signifiquen también un injusto máximo.⁹²

b) *El injusto del asesinato por honor*

Solamente existe asesinato por motivos abyectos como caso de culpabilidad máxima cuando también existe injusto máximo. Adicionalmente al injusto normal de un homicidio doloso, deben existir unos momentos específicos que incrementen el injusto en especial medida y conviertan así el homicidio en un asesinato.⁹³

⁹⁰ TRÜCK, en *NSiZ* 2004, pág. 497; similar: DIETZ, en *NJW* 2006, pág. 1386.

⁹¹ JAKOBS, en *ZStW* 118 (2006), pág. 849 y sig.; GRÜNEWALD, en *NSiZ* 2010, pág. 6.

⁹² Es decir: Conforme a este concepto de la culpabilidad, la culpabilidad máxima sólo existe como reflejo del injusto máximo plenamente atribuible al infractor. Véase ya anteriormente *supra* nota 77.

⁹³ Aquí no es posible comprobar si no hubiera que seguir principios más recientes que consideran, a la inversa de este supuesto inicial, al asesinato como hecho básico y al homicidio como forma privilegiada (MÜSSIG [*supra* nota 48], pág. 4, 251; GRÜNEWALD [*supra* nota 75], pág. 368 y sig., 378 y sig.; PERALTA, Motive im Strafrecht, en *FS Roxin* II, 2011, pág. 257 y sig. [263]; posiblemente sólo de lege ferenda KARGL, Zum Grundtatbestand der Tötungsdelikte, en *JZ* 2003, pág. 1141 [1148]). La presente ponencia parte de un concepto tradicional en la medida que, partiendo de un homicidio

La jurisprudencia argumenta en este contexto especialmente con la *usurpación de la justicia* encarnada en los asesinatos por honor.⁹⁴ El asesino por honor se eleva como juez y verdugo sobre la vida de otro. Lo que, a mi juicio, no es correcto en este argumento es que se atribuya un segundo bien jurídico al hecho del asesinato, concretamente la administración de justicia o el monopolio del poder estatal. En este lugar no se pretende discutir sobre si la desprivatización de las reacciones a infracciones legales ha sido un logro de la civilización.⁹⁵ El ataque a la administración de justicia fundamenta, por regla, meros “delitos leves” (*Vergehen*) (§§ 153, 156, 160 I, 258 I, 356 I, Código Penal alemán), y por ello parece no tener el peso para elevar el injusto de un homicidio al nivel del de un asesinato. Además, parece extraño que con relación a la víctima concreta de estos casos, exista sólo el injusto del homicidio. Conforme al argumento de la usurpación de la justicia, la elevación al asesinato no se produce porque se le haya causado algo grave a la víctima, sino porque el infractor, aparte del homicidio, ha atacado al mismo tiempo a la justicia estatal. Esto conlleva un regusto amargo de Estado autoritario. Pero lo insoportable de los casos prototípicos anteriormente mencionados⁹⁶ es lo que le ocurre *a la víctima*.

Habrá que analizar más profundamente el contenido de esta intuición. No es el Estado, sino la víctima casada por obligación, divorciada, que no rinde obediencia ciega a su marido o a su padre, y que posteriormente es privada de la vida, la que es la perjudicada. En los casos explicados como prototipo, el comportamiento de la víctima, entendido por el infractor como deshonor, es un asunto altamente privado, es decir, algo sobre lo que ni el Estado ni nadie está autorizado a dar órdenes de aplicación forzosa.⁹⁷ De allí que a la víctima se le deniega finalmente el derecho fundamental de orientarse según sus propios criterios de lo que cabe considerar una vida buena. Por ello, los asesinatos por honor no son simples homicidios: ellos no sólo niegan el bien jurídico de la vida, sino que, adicionalmente, niegan el derecho a vivir cada uno su propia vida, es decir, el derecho a la *autonomía*. El infractor no solamente se arroga el poder de determinar cuándo finaliza la vida de la víctima, sino que, además, quiere determinar el

doloso, busca factores adicionales de desvalor para transformarlo en un asesinato, y no afirma de antemano automáticamente la realización del máximo injusto y de la máxima culpabilidad.

⁹⁴ *Supra* II. 3.; afirma NEHM, *supra* nota 3, pág. 425; KUDLICH/TEPE, en *GA* 2008, pág. 94 y sig.; ARTKÄMPFER, *Kriminalistik* 2008, pág. 619; SINN en *SK-StGB* 2010 § 211 n. m. 27; GRÜNEWALD, en *NSiZ* 2010, pág. 6 y sig.

⁹⁵ En lugar de todos: GRÜNEWALD, *supra* nota 75, pág. 266 y sig., pero que en aquellos casos de autojusticia pretende partir de asesinato; además, la misma, en *NSiZ* 2010, pág. 6 y sig. Casi una alabanza de la autojusticia, pero en FABRICIUS, *StV* 1996, pág. 210 y sig.; contra él, convincentemente GRÜNEWALD, en *NSiZ* 2010, pág. 6 nota 70.

⁹⁶ Véase anteriormente en las notas 10 y sig.

⁹⁷ Algo sobre esto en VALERIUS, en *JZ* 2008, pág. 914; muy similar a lo de aquí: GRÜNEWALD, en *NSiZ* 2010, pág. 8 y sig.

contenido de esa vida durante el tiempo que le concede. De este modo, hay que reconocer la forma de injusto máxima imaginable, contra la cual el estado liberal debe prever, por razones de intimidación, la máxima amenaza posible.⁹⁸ Cuando se comete con plena culpabilidad un ataque de este tipo contra el derecho a la vida y el derecho a llevar a cabo el propio modo de vida -como será el caso regularmente- no habrá nada que se oponga a la aceptación de un asesinato por motivos abyectos.⁹⁹

Lo expuesto encuentra su confirmación en los resultados alcanzados por la jurisprudencia. Por lo tanto, entraría dentro de la lógica del argumento de usurpación de la justicia el aceptar también los motivos abyectos en los casos anteriormente dichos de los castigos privados, porque también en estos casos el infractor se considera autorizado a ejecutar el castigo impuesto por él.¹⁰⁰ Pero en estos casos, el infractor no reacciona a las decisiones altamente personales de la víctima, sino más bien a decisiones que han obviado sus derechos. Si las provocaciones en general puedan tener efectos sobre el contenido de injusto de un hecho, los comportamientos cercanos a la provocación -es decir, comportamientos que son *ilegales* y que pueden provocar previsiblemente una reacción del infractor, pero que no están directamente relacionados en espacio y tiempo con la reacción- deberán excluir al menos la existencia del injusto máximo.¹⁰¹

Quedan pues los casos de los comportamientos previos, que se ubican en el espacio intermedio entre la zona clave de lo estrictamente personal y lo ilegal, es decir, la gran gama de actuaciones que se encuentran en la esfera exterior y delimitable de la libertad general de actuación, en el sentido del art. 2 I de la Ley Fundamental.¹⁰² Habría que pensar especialmente en el no uso de un velo. Al

⁹⁸ A favor de que las amenazas de pena se justifiquen por la intimidación, GRECO, *supra* nota 49, pág. 362 y sig.

⁹⁹ El concepto anteriormente esbozado ofrece posiblemente una explicación de por qué homicidios con motivación política -los cuales, en tiempos del terrorismo islamista, frecuentemente también son cometidos por miembros de otros ámbitos culturales- realizan la máxima injusticia: el sacrificio de la propia vida para una causa ideal es una decisión extremadamente personal no defendible, de modo que aquel que designa a otro como víctima de un homicidio para fomentar un objetivo político, no solamente le quita a su víctima la vida, sino también su derecho de tomar decisiones extremadamente personales de modo autónomo e independiente.

¹⁰⁰ Por ello, por asesinato DIETZ, en *NJW* 2006, pág. 1387.

¹⁰¹ Similar a PERALTA, en *FS Roxin* II, S. 265. Si estos principios realmente soportan la aceptación de un asesinato en el caso de BGH en *NSZ-RR* 2004, pág. 361 (véase anteriormente *supra* nota 17) es dudoso porque al padre le correspondía un derecho a la entrega de la fotos de sus hijas menores conforme al Art. 1004 BGB en combinación con el § 22 KunstUrhG (más concretamente por *M. FRICKE* en *Wandtke/Bullinger, Urheberrecht* 3ª edic. 2009 § 22 n. m. 38), de modo que la denegación de la víctima a entregar las fotos representa un comportamiento previo ilegal.

¹⁰² En este punto aparece una diferencia entre el principio aquí defendido y aquel que considera al homicidio como forma privilegiada de asesinato (véase anteriormente *supra* nota 93). Por la inversión de la carga de argumentación, esta nueva orientación tiende a denegar el injusto del asesinato tan sólo

menos conforme al argumento aquí desarrollado, falta el contenido adicional de desvalor comparable con el del homicidio común. Naturalmente con ello no se excluye que se llegue a la aceptación de un injusto máximo desde otras reflexiones.¹⁰³

4. Resumen, perspectiva

Un derecho penal que distingue entre moralidad y legalidad, es decir, un derecho penal que merece la distinción de ser un *derecho penal del hecho*, no tendrá ningún problema con diferentes conceptos de valor de minorías culturales. Las convicciones morales del infractor que contradigan a las de la mayoría tienen en el derecho penal del hecho la misma relevancia que aquellas que coinciden con las de la mayoría, es decir: ninguna.

Los asesinatos por honor son asesinatos, y no simples delitos de homicidio. Pero, en contra de la opinión dominante, esto no se fundamenta en que se basen en una motivación especialmente reprobable y despreciable -porque realmente no son moralmente muy despreciables aquellos homicidios que son cometidos por personas socializadas conforme a escalas diversas (se puede decir sin reparos: en parte equivocadas). Pero habrá que reconocer el asesinato porque estos hechos realizan, por una parte, un injusto máximo: no solamente violan el bien jurídico de la vida, sino además el derecho de la víctima a orientar su vida según su idea de lo bueno, es decir, su derecho a una vida en autonomía, y porque, por otra parte, se realizan con plena culpabilidad, dado que la culpabilidad no se debe considerar como un reproche de la formación de la voluntad, sino meramente como formación de la voluntad poco prudente, en tanto llama al castigo.¹⁰⁴

con un comportamiento ilegal previo de la víctima o con el consentimiento de la misma (según GRÜNEWALD [*supra* nota 75], pág. 215 y sig., 228 y sig.; similar MÜSSIG [*supra* nota 48], pág. 263 y sig. y PERALTA, en *FS Roxin II*, pág. 265 y sig.).

¹⁰³ Únicamente como aclaración: Aquí finalmente se expone que el ataque contra la vida, el cual al mismo tiempo es un ataque contra la autonomía, es un caso del máximo injusto del asesinato, pero no que solamente en este caso haya que reconocer el asesinato. El principio indicado aquí podrá explicar sin grandes dificultades una gran parte de los motivos abyectos, pero si consigue explicar la codicia ya no queda tan claro.

¹⁰⁴ Esto naturalmente no significa que no quede margen para lo que la jurisprudencia llama aspecto subjetivo de los motivos abyectos (anteriormente II 3). Si, por las particularidades del caso individual concreto, el infractor desconoce las circunstancias que condicionan el injusto máximo, se encuentra en este punto en un error de tipo. La valoración como injusto máximo no la tiene que hacer él mismo (Íbid. BGH *NStZ* 2004, 497 [498]; en *NJW* 2004, 1466 [1467]; de acuerdo NEHM [*supra* nota 3], pág. 428 y sig.; ARTKÄMPFER, en *Kriminalistik* 2008, pág. 619; VALERIUS, en *JZ* 2008, pág. 917; de otra opinión KÖHLER, en *JZ* 1980, 239, 240 y sig., desde la perspectiva de su concepto de la culpabilidad relacionado con la moralidad). Si el infractor por una casi inimputabilidad fuera incapaz de tomar una decisión prudente, el caso carecerá de un asesinato personalmente atribuible (sirviese de este criterio principalmente MOMSEN, en *NStZ* 2003, pág. 238; *Schneider*, en: MK-StGB 2003 § 211 n. m. 94;

Se podría objetar críticamente que en el principio aquí desarrollado apenas se habló de los motivos. Esto no es por casualidad, sino —en tanto se toma como punto de partida la diferenciación entre legalidad y moralidad— parte del programa. “Los motivos finalmente sólo demuestran ser un epifenómeno en el que se refleja la gravedad objetiva del injusto”.¹⁰⁵ Esta conclusión alcanzada hace poco, y que tiene una importancia fundamental para un derecho penal del hecho, debe tomarse en serio y elaborarse en sus implicaciones.

NEHM [*supra* nota 3], pág. 429; KUDLICH/TEPE, en *GA* 2008, pág. 100; ÇAKIR-CEYLAN [*supra* nota 26], pág. 256 y sig.; y además JAKOBS, en *ZStW* 118 [2006], pág. 842: “debilidad social o cultural”). La réplica de que eso sea una patologización (FABRICIUS, en *StV* 1996, pág. 211; SALIGER, en *StV* 2003, pág. 23, 24; VALERIUS, en *JZ* 2008, pág. 918; ÍBID., *supra* nota 2, pág. 95; NEUMANN, en *NK-StGB* 3ª edic. 2010 § 211 n. m. 30a) es correcta como descripción, pero no es ninguna objeción. A mí me parece dudoso que haya espacio para negar la conciencia de la antijuridicidad —la cual, conforme a una doctrina de la culpabilidad referida a la prudencia, se convierte de hecho en una conciencia de la punibilidad (GRECO [*supra* nota 49], pág. 487 y sig., 508)— en casos en que no se trate de situaciones patológicas de una falta del potencial de dominio de la motivación (como proponen FABRICIUS, en *StV* 1996, pág. 211; SALIGER, en *StV* 2003, pág. 25; VALERIUS, en *JZ* 2008, pág. 918; ÍBID., *supra* nota 2, pág. 96 y sig.; HILGENDORF, en *JZ* 2009, pág. 141; GRÜNEWALD, en *NSiZ* 2010, S.9).

¹⁰⁵ PERALTA, en *FS Roxin* II, pág. 271; en mayor profundidad ahora ÍBID., *Motivos reprochables*, Madrid, 2012.