

CULTURA, RELIGIÓN, DERECHO PENAL. NUEVOS DESAFÍOS EN UNA SOCIEDAD PLURALISTA

Prof. Dra. Tatjana HÖRNLE* **

Fecha de recepción: 12 de marzo de 2018

Fecha de aprobación: 24 de abril de 2018

I. Planteamiento del problema y premisas

Objeto del dictamen es la cuestión de si, como consecuencia de la pluralización cultural y religiosa de la población que vive en Alemania, son recomendables modificaciones en el derecho penal (en el texto de la ley o en la interpretación del derecho vigente). Podrían invocarse como válidas improntas religiosas o culturales en favor de autores (en la interpretación de elementos del tipo, como justificación, exculpación o como causas de atenuación de la pena). En otras constelaciones, se trata de la cuestión de si el derecho penal debería ser ajustado a situaciones amenazantes nuevas o que son valoradas de una nueva forma (a este contexto pertenecen los recortes genitales, el casamiento coactivo, los así llamados crímenes de odio, la ofensa a un credo o confesión y las manifestaciones racistas).

Normas prohibitivas y agravaciones de la pena deben ser incluidas con suma cautela, debido a su efecto de restricción de la libertad, lo cual se expresa en la fórmula del derecho penal como *ultima ratio*. En sociedades multi-culturales es importante marcar claramente esenciales esferas de libertad, pero a la vez reducir convicciones divididas. En el contexto contemporáneo, un ordenamiento jurídico no puede basarse en pretensiones morales, sino que (solo) tiene que

* La autora es titular de la Cátedra de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Filosofía del Derecho y Derecho Comparado, en la Humboldt-Universität zu Berlin. En razón del espacio, fuertemente limitado por la breve presentación, se renunció en gran parte a referencias bibliográficas; estas se hallan en el dictamen. [Nota con asterisco del texto original; esta aclaración entre corchetes es N. de Tr.: La autora se refiere aquí al “Dictamen C para la Jornada de Juristas Alemanes de 2014” (Gutachten C zum DJT 2014).]

** Traducción de Marcelo A. Sancinetti (Universidad de Buenos Aires); revisión de la traducción de Marcelo D. Lerman (Universidad de Buenos Aires). El presente texto fue publicado originariamente bajo el título “Kultur, Religion, Strafrecht – Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft”, en NJW (Neue Juristische Wochenschrift, ed. C. H. Beck), adjunto 2/2014 al n.º 24/2014 de NJW, pp. 34/38.

entenderse como “Ordenamiento de la libertad y la paz”.¹ No plantean problemas las normas penales que protegen derechos de libertad reconocidos. Pero están necesitados de una discusión los (posibles) delitos de expresión o de manifestaciones, cuando estos se refieren al contenido confesional o (presuntas) cualidades de etnias (p. ej., representaciones caricaturescas de Mahoma o las polémicas manifestaciones de Thilo Sarrazin). En la bibliografía sobre multi-culturalismo se hace referencia a que “el exigir el reconocimiento (sería) una necesidad humana fundamental”.² Sin embargo, se puede objetar que la limitación de la comunicación entre en colisión con intereses generales. Es una característica de los Estados de libertad el renunciar a intentos por regular el discurso público con medios jurídico-penales.

Reflexiones sobre justificaciones, exculpaciones y atenuaciones de la pena no deberían recaer en forma intuitiva y referidas a casos particulares, sino que deberían hacer referencia, *de modo sistemáticamente consistente*, al ilícito y la culpabilidad. Para la valoración del ilícito no desempeña ningún papel la cuestión de si las improntas culturales o religiosas pudieron haber dificultado la conducta conforme a la norma. El debate que se condujo bajo el título de “Culpabilidad” gira en torno a bajo qué circunstancias, a pesar del ilícito demostrado, se puede renunciar en forma total o parcial a un reproche por el ilícito. Es una constatación esencial la de si es apropiado un enfoque psicologizante e individualizante. En contra de ello habla el hecho de que no se podría realizar una medición afinada del grado de responsabilidad (ni siquiera para autores de origen alemán). En el camino vital de cualquier hombre hay una corriente continua de influencias que disminuyen considerablemente los ámbitos discrecionales de decisiones posteriores y que ni siquiera en forma aproximada podrían ser reconstruidas en el ámbito forense. Ya por ello, tiene que quedar excluida una valoración psicológicamente consecuente de la culpabilidad. Además, las causas de exculpación, en el Código Penal alemán, se basan en que poco antes del hecho existió una situación inusual, que la comunidad jurídica puede llegar a comprender. Hay que decidir si los trasfondos culturales o religiosos del hecho deben ser valorados de modo exculpante o atenuante, a lo cual se vincula: es decisiva la valoración normativa desde la perspectiva de la comunidad jurídica.

¹ Dreier, *Säkularisierung und Sakralität*, 2013, p. 35.

² Taylor, en A. Gutmann, *Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung*, 1993, pp. 13 ss.

II. Normas penales prohibitivas

1. Ofensa a un credo o confesión (§ 166, StGB)

Se le debe recomendar al legislador derogar el tipo. El § 166, StGB, no puede ser fundamentado de modo convincente ni con un deseo de protección de la generalidad (protección de la paz pública) ni con la protección de derechos individuales. Cierto es que son imaginables, sobre todo tras propaganda contraria, reacciones con ejercicio de violencia; en tales condiciones, sin embargo, es problemático imputar las consecuencias al ofensor. El Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) clasificó recientemente como no suficiente la “protección del clima”² para realizar injerencias en la libertad de expresión de opiniones.³ Una simple ofensa al credo o confesión no restringe la libertad del partidario de esa confesión de practicar su religión (art. 4, II, GG). Las reflexiones que se remiten a la protección de reconocimiento e identidad son dudosas ya en la premisa de que tal derecho individual pudiera ser fundamento de prohibiciones penales; además, habría que seguir preguntando por qué deberían ser protegidas solo partes de la identidad personal, teñidas de lo religioso o ideológico.

2. Incitación contra un sector de la población (§ 130, I, StGB)

Con la decisión del 26/2/2013 la Comisión para la eliminación de la discriminación racial de las Naciones Unidas estableció que Alemania había lesionado los deberes derivados de la Convención Internacional⁴ para la eliminación de toda forma de discriminación racial.⁵ La crítica no apuntó directamente al derecho material, sino a la falta de persecución penal de . Sería concebible una demanda de política jurídica: una modificación del § 130, I, StGB. El derecho penal alemán es más estrecho que la formulación habida en el art. 4 de la Convención, en tanto allí se menciona “toda difusión de ideas basadas en la superioridad de una raza”. Son imaginables situaciones de hecho en las cuales sea postulada la superioridad de una raza, sin que esto caiga bajo

* En el sentido de “atmósfera social” (N. de Tr.).

³ BVerfGE, t. 124, p. 300 (334) = NJW, 2010, p. 47.

⁴ Convención del 7/3/1966; BGBl., II, 1969, p. 961. *Nota de traducción:* sobre esta Convención véase: http://www.gobernacion.gob.mx/work/models/SEGOB/Resource/1687/4/images/14_%20Convencion%20Internacional%20sobre%20la%20Eliminacion%20de%20todas%20las%20Formas%20de%20Discriminacion%20Racial_.pdf

⁵ Comunicación n.º 48/2010; véase EuGRZ, 2013, p. 266, con anotación crítica de Tomuschat.

el § 130, I, StGB. Pero no se debe recomendar al legislador modificar el § 130, I, StGB, ni crear sin más delitos de manifestación de expresiones. Las comisiones contra el racismo tienden a perder del campo visual la importancia central de la libertad de expresión de opiniones. En lugar de recurrir a prohibiciones debería ser puesta a la discusión pública el trato con afirmaciones insuficientemente investigadas o formuladas de modo insensible.

3. Circuncisión de niños varones (§ 1631d, BGB)

Después de que el Tribunal Superior Estadual de Colonia juzgó, en mayo de 2012, que la circuncisión de niños sería una lesión corporal antijurídica,⁶ fue creada, con el § 1631d, BGB, una causa de justificación para circuncisiones médicas no necesarias de niños varones.⁷ La crítica no ha cesado; el § 1631d, BGB, es clasificado, en parte, como inconstitucional. En el precipitado proceso legislativo se les dedicó poca atención a posibles consecuencias corporales y psíquicas de la circuncisión. Respecto de la inconstitucionalidad del § 1631d, BGB, importa, sin embargo, el derecho de los padres a una educación (art. 6, II, 1, GG) y la cuestión de si el Estado ha descuidado su obligación de supervisión (art. 6, II, 2, GG), la cual, empero, solo en casos extremos de déficit de los padres fundamenta una protección. Por un lado, la situación indiciaria no indicaba que se tratase de una injerencia completamente inofensiva; por otro lado, esto no arroja un cuadro dramático.⁸ En este estado de conocimiento no se debe partir de que fueron traspasados los límites del ámbito discrecional que le compete al legislador. Sin embargo, se debe insistir en que se encomiende una investigación ulterior, y recomendarle al legislador revisar la norma en un proceso de auto-control iniciado por sí mismo.

“Según las reglas del arte médico” (§ 1631d, I, 1, BGB) significa que (independientemente de si actúa un médico u otra persona conforme al párr. 2) tienen que ser observadas todas las exigencias de realización higiénica (es decir, también: solo en ámbitos previstos para operaciones) y el estándar del arte técnico de la medicina. Los rituales tradicionales que se desvían del estándar médico (también del estándar técnico-médico de la anestesia) deben ser clasificados como lesiones corporales antijurídicas. Además, de la legitimación por el derecho de los padres a la educación se deriva que a la finalidad (§ 1631d, I, 1, BGB) le corresponde un papel importante. Los legitimados

⁶ LG Köln, NJW, 2012, p. 2128.

⁷ BTDrs. 17/11295; Ley sobre el alcance de los cuidados de la persona, en caso de una circuncisión del niño varón, sent. del 20/12/2012, BGBl, I, 2012, p. 2749.

⁸ Al respecto, cf. Hörnle / Huster, JZ, 2013, p. 329 (335 ss.); Pekárek, ZIS, 2014, p. 514.

a cuidar del niño tienen que manifestar que la circuncisión, según su comprensión propia, es un requisito necesario para la realización de una concepción de la educación que esté dirigida a una socialización que le sirva al niño. Como regla general estos requisitos quedarán satisfechos con solo remitirse a que se persigue una socialización religiosa, pero no preferencias higiénicas o estéticas o bien costumbres recibidas por tradición cultural.

4. Mutilación de genitales femeninos (§ 226a, StGB)

Desde setiembre de 2013 hay un tipo penal que conmina con pena el mutilar los órganos genitales externos de una persona femenina.⁹ La diferencia considerable entre injerencias en muchachas (crimen) y en niños varones (justificación conforme al § 1631d, BGB) es comprensible, comparando los casos normales, debido a los daños considerables que se producen por las formas practicadas con frecuencia en la circuncisión de personas femeninas. Pero se ignora que puede haber raras situaciones de hecho, configuradas de modo fenomenológicamente distinto (mutilación en víctimas masculinas, lesiones insignificantes en femeninas). En la interpretación del § 226a, StGB, debería observarse que no todas las modificaciones en los genitales femeninos deben ser concebidas como "mutilar" (en tanto la injerencia sea comparable con la circuncisión de niños, p. ej., cuando, sin amputación solo es afectado el prepucio del clítoris).

Le son recomendables al legislador las siguientes modificaciones: en primer lugar, debería ser asimilada la escala penal del § 226a, StGB, a la del § 226, StGB. La mutilación genital es comparable con las consecuencias graves del § 226, StGB, pero, a pesar de la intención regularmente existente, es penada en forma claramente más benigna, a saber: solo con pena privativa de libertad no inferior a un año. En segundo lugar, el tipo debería ser concebido de manera neutral al sexo, sustituyéndose "una persona femenina" por "un ser humano" (en jóvenes y mayores varones puede haber lesiones peores, que vayan más allá de las formas convencionales de cortar el prepucio). En tercer lugar, debería ser ampliado el § 5, StGB, cuando una mutilación de genitales llevada a cabo en el extranjero afectase a una persona que, al tiempo del hecho, tenga su asiento de residencia o de estancia usual en el territorio del país.

⁹ 47.ª Ley de Reforma del Derecho Penal (StrÄndG), del 24/9/2013 (BGBl., I, 2013, p. 3671).

5. Matrimonio coactivo (§ 237, StGB)

Respecto del § 237, StGB, debe serle recomendado al legislador adoptar, en lugar de “matrimonio”, la expresión “matrimonio o unión similar al matrimonio”. En el mundo vital de los afectados valen tales uniones (“matrimonio imán”) como absolutamente vinculantes; la restricción a matrimonios jurídicamente válidos pasa de largo la realidad de partes de la población en las cuales se llega a matrimonios coactivos. Además, debe ponderarse el conminar con pena, en caso de víctimas menores de edad, la aplicación de la coacción sutil (que va más allá de la fuerza y la amenaza). Finalmente, también para este delito es recomendable complementar el § 5, StGB, con la constelación de casos en que esté afectada una persona que, al tiempo del hecho, tenga su asiento de residencia o su estancia usual en el territorio del país.

III. Justificación

1. Defensa cultural como justificación

En la discusión internacional se exige que debería ser reconocida una “*cultural defense*”. Pero no es recomendable introducir una causa de justificación legal correspondiente. No puede ser negada la antijuridicidad, remitiéndose a sistemas normativos que se hallan *fuera del* ordenamiento jurídico.

2. Libertad de conciencia y libertad de culto como causas de justificación

Las reflexiones sobre la práctica de una religión y la libertad de conciencia exigen un ensamble estrecho entre derecho penal y derecho constitucional. La “Sentencia del que reza en pos de la sanación”, del Tribunal Constitucional Federal, del año 1971,¹⁰ que habló de un “retroceder del derecho penal” en caso de un conflicto entre el deber jurídico y el mandato de las propias creencias es criticada, porque una subestimación del derecho a la auto-determinación conduce a una sobrevaloración de los derechos fundamentales a la práctica de la religión. Ni en el nivel de la justificación (estado de necesidad de conciencia justificante, § 34, StGB, art. 4, I, GG, o el estado de necesidad por la práctica de la religión, § 34, StGB, art. 4, II, GG) ni en el nivel de exculpaciones, en general, es razonable un “retroceder del derecho penal”; es necesario hacer reflexiones diferenciadoras sobre el ámbito de protección de los derechos fundamentales y sobre

¹⁰ BVerfGE, t. 32, p. 98 = NJW, 1972, p. 327.

la ponderación con límites inmanentes a los derechos fundamentales. Desde el punto de vista de las consecuencias, queda excluida una justificación en casi todos los casos concebibles.

IV. Exculpación

1. Errores de prohibición (§ 17, StGB)

Al aplicar el § 17, StGB, tiene que revisarse críticamente si al autor individual le faltaba la comprensión del ilícito (esto no puede ser inferido directamente de las improntas culturales, de las relaciones sociales habidas en un país en el cual se imponen costumbres locales frente al derecho estatal o de una comparación entre los ordenamientos jurídicos). En el análisis de la evitabilidad no hay que basarse en parámetros valorativos individuales o improntas culturales, sino que, antes bien, lo decisivo debería ser la cuestión de si la situación concreta, debido a la injerencia en derechos centrales de la libertad de otros o en importantes bienes de la comunidad, dio motivos para revisar la evaluación subjetiva de la conformidad al derecho.

2. Improntas religiosas o culturales como causa de exculpación

Ni es como para recomendarle al legislador crear una causa de exculpación para abarcar trasfondos culturales o religiosos, ni tales consideraciones deberían conducir a una exculpación de carácter extra-legal. Las causas de exculpación solo pueden abarcar circunstancias fuera de lo común. Si uno intenta generalizar valoraciones detrás de normas que excluyen la culpabilidad (§§ 20, 33, 35, StGB), se demuestra que hace falta una situación extrema y extraña, cuya significación existencial sea comprensible más allá de ideas sobre la vida, sean individuales o acuñadas por grupos. Las condiciones que configuran los marcos culturales para grupos de la población no son una amenaza fuera de lo común ni existencial.

3. Libertad de conciencia (art. 4, I, GG) como causa de exculpación

El derecho fundamental a la libertad de conciencia puede tener efectos exculpantes en constelaciones de casos que aparecen con suma rareza, si la conducta cae en el ámbito de protección (sobre todo, en caso de omisiones; en caso de hacer activo, solo si el autor entró en una situación no buscada por sí mismo, sino que le fue impuesta). Es un presupuesto, además, que, desde la perspectiva de la comunidad jurídica, la conducta sea tolerable, lo que queda excluido cuando otra persona fue dañada en forma no trivial.

V. Medición de la pena

1. Crítica a la praxis jurídica

En la jurisprudencia se construye de modo diferente, de forma problemática, una relación entre hecho y “cultura foránea”. Sobre todo en caso de autores “de países del Sur” en el sentido más amplio, se hace referencia rápidamente a “la raigambre en un sistema de valores arcaico” o se explica como “conflicto cultural” una situación marcada por la rabia u otras emociones. A los jueces de tribunales sobre los hechos se les debe recomendar, primero, evitar hacer remisiones inespecíficas a “círculos culturales foráneos” y juicios globales sobre grandes religiones como “el Islam” o sobre países con relaciones heterogéneas, y, segundo, que los elementos de la personalidad como la falta de control de los impulsos y la irritabilidad emocional no sean atribuidos como “improntas culturales”.

Varias Salas del BGH parten de la base de que los trasfondos del hecho de culturas foráneas solo serían relevantes para la medición de la pena si ellos estuvieran en consonancia con el ordenamiento jurídico en el país de origen.¹¹ Sin embargo, eso es un correctivo inidóneo para hacer referencias torpemente, como jueces del hecho, a círculos culturales “foráneos” o incluso “totalmente extraños”, dado que *sub specie* ilícito y culpabilidad no aciertan en la cuestión. Es recomendable abandonar esa jurisprudencia. Por ello, la consecuencia no sería la de atenuar la pena en un amplio alcance, sino, antes bien, la de dedicarle más atención a la valoración de factores que atenúan (supuestamente) la culpabilidad.

2. Errores sobre la valoración jurídica de la medida del ilícito

Si el autor era consciente de que vulneraba una norma jurídica asegurada con sanción penal, pero erró sobre la valoración jurídica de la *medida* del ilícito, no habrá un error de prohibición, pero posiblemente sí un error relevante para la medición de la pena. Sin embargo, los detalles sobre la valoración del ilícito, como regla general, no los conocen incluso los ciudadanos bien informados. Del principio de culpabilidad se puede derivar solo *que* el autor tiene que tener consciencia de realizar el ilícito y que ha entendido la importancia de la prohibición *en alguna*

¹¹ BGH, NStZ-RR, 2007, p. 86; NStZ, 1996, p. 80; NStZ-RR, 1998, p. 298; de otro modo, BGH, NStZ-RR, 1997, p. 1.

medida. Los errores sobre la medida del ilícito deben ser considerados solo como atenuantes de la pena si el peso relativo fue desconocido *fundamentalmente* y el error no era evitable.

3. Capacidad de conducción restringida

Una reducción de la capacidad de conducción a ser valorada como atenuante de la culpabilidad podría fundamentarse sobre la base de que en la socialización cultural fueron aprendidas pautas de conducta que dificultaron hacer justicia a las exigencias del derecho alemán. Sin embargo, nadie tiene una capacidad de conducción irrestricta, y es problemático, debido a la ubicuidad de influencias relevantes para la conducta en el desarrollo de la vida, recurrir selectiva y arbitrariamente a algunas circunstancias. El hecho de que las influencias de "círculos culturales extraños" serían supuestamente más fáciles de reconocer (en un análisis diferenciador se diluyen tales suposiciones) no es ninguna razón como para hacer una excepción. Debería prescindirse de inferir, de influencias culturales y religiosas, una reducción de la capacidad de conducción.

4. Exculpaciones parciales

Es concebible que la comunidad jurídica renuncie a formular un reproche por el ilícito en toda la magnitud, cuando de ese modo se tome en cuenta una situación excepcional, a saber: en casos de verdaderos y graves conflictos normativos, cuando una norma contraria, cultural o religiosa (supuesta por el autor como vinculante) exigiera actuar precisamente en la forma jurídicamente prohibida. La contra-norma pertinente tiene que ser especificada y debatida (no basta con remitirse globalmente a "sistemas valorativos arcaicos" o a lo usual de la conducta). Además, hace falta, incluso cuando desde la perspectiva del autor hubiera existido un verdadero conflicto normativo, hacer un filtraje *valorativo* para decidir si tal conflicto puede ser considerado como atenuante de la pena. Se requiere que la norma de conducta cultural o religiosa no esté en contradicción fundamental con el ordenamiento constitucional y jurídico. En definitiva, solamente queda un ámbito muy limitado para atenuar la pena. Si la norma de conducta cultural o religiosa prescribe matar o lesionar a otro hombre o lesionar otros derechos importantes para la libertad (p. ej., el derecho a la auto-determinación sexual), como regla general, no entra en consideración una atenuación de la pena.

5. Atenuaciones de la pena por susceptibilidad intensa a la pena

Si el cumplimiento de una pena privativa de libertad en Alemania está unida a rigurosidades, ello se debe tomar en cuenta al configurar la ejecución. Respecto de la medición de la pena no es recomendable individualizar la pena sobre la base de una susceptibilidad personal a la pena.

6. Aumentos de la pena en caso de extranjeros o inmigrantes

Se debe prescindir de imponer una pena mayor que la adecuada al ilícito y a la culpabilidad, haciendo remisión al *status* de extranjero o a una práctica penal más severa en el país de origen.

7. Aumentos de la pena en caso de delitos de odio

Un proyecto de ley del último período legislativo preveía complementar el § 46, II, StGB, por medio de la cláusula de que deberían considerarse “motivos y fines, especialmente también racistas, xenófobos u otros de desprecio a los derechos humanos”.¹² Este propósito se halla también en el pacto de la coalición actual.¹³ Tal modificación no es recomendable. Respecto de la medición de la pena se debe tener en cuenta que *todas* las dimensiones del ilícito son valoradas, sobre todo las que incrementan el ilícito, el cual, en caso de ataques con ejercicio de violencia, puede residir en la expresión de la valoración negativa en forma adicional a la lesión corporal. Además, forma parte de las consecuencias culpables del hecho que la superación psíquica de tales sucesos es difícil. Para una medición de la pena adecuada al ilícito no es necesaria ninguna modificación de la ley: el § 46, II, 2, StGB, menciona “la naturaleza de la ejecución y las consecuencias culpables del hecho”, así como los “motivos del autor”. El insistir en una mención explícita de motivos que desprecian los derechos humanos se puede explicar diciendo que la legislación simbólica ha de fortalecer valores. Una explicación menos inocua tiene que remitirse, además, a tendencias, que vuelven a cobrar vida, hacia la moralización y a un derecho penal de ánimo. Es recomendable distinguir de modo más preciso entre motivos *como cosas puramente internas del autor* y la expresión de motivos en circunstancias *que acompañan al hecho* (solo los últimos pueden influir sobre el ilícito).

¹² BT-Drs., 17/8131, p. 3; BT-Drs., 17/9345, p. 5.

¹³ Pacto de Coalición entre CDU, CSU y SPD, 18.º Período Legislativo, 101.

VI. Interpretación de tipos penales

1. Elemento del asesinato de “motivos abyectos”

El legislador debe ser exigido nuevamente a reelaborar desde los fundamentos los tipos de asesinato y homicidio. *De lege lata* la interpretación plantea problemas acerca de los cuales se discute, entre otras cosas, en favor de los llamados asesinatos por honor y venganza de sangre. En estas caracterizaciones se debe observar que algunos delitos de homicidio pueden ser reconducidos a modelos de conducta culturales supra-individuales, que pueden ser clasificados como fenómenos “culturales foráneos” pero también pueden ser engañosos.

Para la valoración de “abyecto” hay que aferrarse a la línea establecida entretanto en la jurisprudencia: lo determinante es la perspectiva de la comunidad jurídica, respecto de lo cual no importa la valoración hecha por el autor y su grupo de referencia cultural.¹⁴ Esto se deriva de consideraciones de la teoría sobre la democracia (la interpretación es una complementación de decisiones legislativas) y del principio del tratamiento igualitario. La fórmula empleada en constante jurisprudencia de que “según la valoración ética general se hallan en el nivel más bajo”¹⁵ debe ser abandonada. No se ajusta al caso de sociedades multi-culturales el remitirse a la valoración ética general. Los parámetros de la comunidad jurídica deben ser distinguidos de parámetros que reconocen como correctos comunidades culturales y religiosas. La mejor aproximación posible consiste en una definición negativa. Se debe preguntar: ¿cuáles son los trasfondos para los cuales la comunidad jurídica puede albergar cierta medida de comprensión? No puede bastar con remitirse a fuertes emociones del autor. Antes bien, tiene central importancia la cuestión de si la víctima tuvo una responsabilidad compartida, en forma reprochable, en el origen del hecho. Según estos parámetros deben ser valorados los llamados asesinatos por honor: cómo se puede explicar, en todos los hechos impregnados de conflictos de relación y de familia, si existió una conducta reprochable del muerto o de los muertos. No es reprochable hacer valer el derecho a la auto-determinación (art. 2, 1, GG) al decidir sobre relaciones íntimas, enlace matrimonial o divorcio. Asimismo, en caso de venganza de sangre se debe renunciar a valoraciones morales (desde el punto de vista moral, estos hechos no necesariamente deben conducir a un aumento del

¹⁴ BGH, NJW, 1995, p. 602; NStZ, 2002, p. 369 (370); NJW, 2004, p. 1466 (1467); NStZ, 2005, p. 35.

¹⁵ Véase, p. ej., BGHSt, t. 35, p. 116 (126 s.) = NJW, 1988, p. 2679; BGHSt, t. 47, p. 128 (130) = NJW, 2002, p. 382; BGH, NJW, 1967, p. 1140 (1141); NJW, 1981, p. 1382; NStZ, 2004, p. 34; NStZ, 2006, p. 284 (285); NStZ, 2009, p. 210; NStZ, 2009, p. 568; NStZ, 2011, p. 35.

reproche). Lo decisivo es, antes bien, que la comunidad jurídica no pueda expresar ninguna comprensión, por el hecho de que el monopolio judicial y el monopolio de la fuerza ligada a ello son el fundamento de cualquier ordenamiento estatal. Por ello, se debe partir de motivos abyectos. El grado de parentesco del autor con la víctima del hecho precedente, en contra de la concepción del BGH,¹⁶ no interesa.

Surgen ulteriores problemas por la constante jurisprudencia sobre “componentes subjetivos”. Queda excluido el asesinato “cuando, al momento del hecho, el autor no era consciente de las circunstancias que configuraban la baja de sus motivos, o cuando a él no le era posible dominar mentalmente y conducir conforme a su voluntad las conmociones sentimentales que determinan su actuar”.¹⁷ Esta fórmula desarrollada originariamente para la acción de dar muerte, tras discusiones, a la pareja femenina, es trasladada a autores extranjeros, incluso si el delito de homicidio fue planeado y ejecutado fríamente.¹⁸ De este modo, son etiquetadas como “de capacidad de comprensión restringida” determinadas personas, en razón de su ascendencia. La fórmula usual es la de que el autor “está preso de concepciones vividas en su patria de modo tan intenso que él, por ello, no puede asimilar ni, por eso, tampoco comprender, las divergentes valoraciones ético-sociales de sus motivos, válidas en Alemania”.¹⁹ En la bibliografía, tales asociaciones son criticadas como discriminatorias.²⁰ Esta crítica debe ser profundizada: existen objeciones *fundamentales* (aun en autores forjados como alemanes). En caso de emociones como decepción, odio, miedos al futuro, etc., la determinación retrospectiva de “dominación del motivo” podría ser imposible. Un conocedor de la praxis judicial exige prescindir de “psicologizar con manos libres”²¹. Desde el punto de vista de la teoría del derecho penal se debe resaltar que no convence el clasificar grandes excitaciones y el sentimiento subjetivo de la falta de una salida como una razón para negar los motivos abyectos. La jurisprudencia sobre el potencial de dominio de los motivos debería ser abandonada.

¹⁶ BGH, NJW, 2006, p. 1008 (1011 s.).

¹⁷ BGHSt, NJW, 1995, p. 602 (603); asimismo, BGH, NJW, 1994, p. 395; NJW, 2004, p. 1466 (1467).

¹⁸ Véase BGH, NStZ, 2002, p. 369 (370).

¹⁹ BGH, NJW, 2004, p. 1466 (1467); NStZ-RR, 2004, p. 44.

²⁰ Pohlreich, „Ehrenmorde“ im Wandel des Strafrechts, 2009, pp. 273, 283 ss.; Valerius, *Kultur und Strafrecht*, 2011, p. 95.

²¹ Schneider, *FS Widmaier*, 2008, p. 759 (772).

Se hace remisión a un error de prohibición (parcial), cuando al autor le era desconocida la valoración de su motivo como elemento del asesinato.²² Pero contra eso hay que objetar que de ese modo son exageradas las exigencias de precisión de detalles de la comprensión del ilícito. Está discutida la cuestión de si el autor también tiene que haber captado la diferencia de ilícito entre tipo básico y calificado; la jurisprudencia deja que baste que la comprensión del ilícito haya existido respecto del delito básico.²³ Esto es convincente, dado que no es necesaria una comprensión exacta de la medida del ilícito.

2. Otros elementos del tipo requeridos de complementación valorativa

Elementos como “exigible” en el § 323 c, StGB, deben ser interpretados, asimismo, en forma generalizable, desde la perspectiva de la comunidad jurídica. La perspectiva del autor en sus relaciones culturales y religiosas es irrelevante para el alcance jurídico de la norma de conducta.

²² Valerius, JZ, 2008, p. 912 (918); Hilgendorf, JZ, 2009, p. 139 (141); Grünewald, NStZ, 2010, p. 1 (9).

²³ BGHSt, t. 8, p. 321 (324) = NJW, 1956, p. 389; BGHSt, t. 42, p. 123 (130) = NJW, 1996, p. 2804.