

La libertad del Derecho penal: ¿de qué hablamos cuando decimos libertad?

Pablo Sánchez-Ostiz

Profesor ordinario (catedrático acreditado) de Derecho penal de la Universidad de Navarra

*Abstract**

La libertad, sea para negarla sea para afirmarla, sigue siendo un concepto clave en Derecho penal. Pero sobre la libertad existe una amplia polisemia que dificulta recurrir a ella en la doctrina jurídico-penal. El autor propone dos distinciones: la libertad de la acción tanto en prospectiva como en retrospectiva, y la libertad innata y adquirida. A partir de ahí se describen cuatro facetas de la libertad: antropológica, libre albedrío (volición y voluntariedad) y libertades políticas.

Die Willensfreiheit ist immer noch eine Schulssbegriff im Strafrecht, sie zu behaupten oder zu leugnen. Aber über die Freiheit existiert es eine breite Polysemie, die behindert, sie in der Strafrechtslehre zurückzugreifen. Der Verfasser schlägt zwei Unterscheidungen: die Handlungsfreiheit sowohl in prospektiven und in retrospektiven, und angeborenen und erworbenen Willensfreiheit. Von hier aus beschrieben man vier Facetten der Freiheit: anthropologische, freie Willen (Willen und Freiwilligkeit) und die politischen Freiheiten.

The freedom, be to deny it be to affirm it, it continues being a key concept in Criminal law. But on the freedom there exists a wide polysemy that it impedes to resort to her in the criminal law doctrine. The author proposes two distinctions: the freedom of the action so much in prospective approach as with retrospective one, and the innate and acquired freedom. From there four facets of freedom are described: anthropologic, free will (volition and wilfulness) and liberties.

Titel: Die Willensfreiheit des Strafrechts: Was meinen wir, wenn wir die Freiheit sagen?

Title: The Criminal Law Freedom: What do We Mean When We Say Freedom?

Palabras clave: Libertad, libre albedrío, culpabilidad, Derecho penal, responsabilidad, volición, voluntariedad.

Stichworte: Freiheit, Willensfreiheit, Schuld, Strafrecht, Verantwortung, Wille, Freiwilligkeit.

Keywords: Freedom, Free Will, Guilt, Criminal Law, Responsibility, Volition, Willfulness.

* Esta investigación se enmarca en el proyecto de investigación «Nuevos fenómenos regulatorios y responsabilidad penal en la empresa», del Ministerio de Ciencia e Innovación, Plan Nacional de I+D+i (ref. FFI2008-01738/FISO). Texto (ampliado) de la conferencia pronunciada en la Jornada Internacional *Los fundamentos de la responsabilidad penal*, Universidad Austral, Buenos Aires, 13 de diciembre de 2012, con motivo de la investidura del Prof. Silva Sánchez como doctor *honoris causa* por dicha Universidad (12 de diciembre).

Sumario

1. Introducción
2. Planteamiento de la situación
3. Analítica de la libertad: dos distinciones necesarias
4. Síntesis de la libertad
 - 4.1. La libertad antropológica
 - 4.2. La elección básica o volición
 - 4.3. La elección moral o voluntariedad
 - 4.4. Las libertades políticas
5. Algunas consecuencias de este planteamiento
6. Final
7. Bibliografía

1. Introducción

Esta exposición tiene por objeto indagar el sentido y significado de «libertad» cuando dicha expresión es empleada en Derecho penal, sea para negarla, sea para tomarla como base de la responsabilidad y la pena, sea para darla sin más por existente. El tema tiene algo de experiencia personal: la teoría del delito siempre lleva a preguntarse por el papel de la libertad, y los estudios en materia de imputación me han hecho prestar atención a los fundamentos de todo juicio de atribución, aun los más cotidianos o los que comparecen en el ámbito de la conciencia. Sería pretencioso intentar exponer en escasas páginas una materia que ha ocupado a filósofos, juristas, moralistas, neurocientíficos, entre otros. Y más todavía aspirar a resolver –sería temerario– una de las cuestiones perennes –pero no por eso más debatidas y mejor resueltas– del Derecho penal: ¿es posible fundamentar el Derecho penal en la libertad personal? ¿Y la imputación de responsabilidad? ¿Y la pena? Desde el punto de vista, tanto de la doctrina de la imputación y las teorías del delito, como de la Política criminal y los derechos humanos, la libertad es un tema siempre presente, que obliga a preguntarse por los fundamentos de lo que se estudia.

Hecha esta breve introducción, planteo aquí algunos de los resultados alcanzados hasta ahora. Primero, delimitando la cuestión que nos ocupa (II). Después, me detendré en dos distinciones que pueden resultar de utilidad (lo que llamo la «analítica de la libertad»: III), para acercarnos de nuevo a la libertad humana con una exposición coherente o que, al menos, aspira a serlo (lo que denomino la «síntesis de la libertad»: IV). Finalmente, sacaré algunas consecuencias de la tesis planteada en categorías habituales del Derecho penal (V).

2. Planteamiento de la situación

1. Es común en Derecho penal referirse a la libertad como bien jurídico protegido, como base para la atribución de responsabilidad, como objeto de la pena, entre otros usos. Así, a quien comete un delito contra la *libertad*, el juez, considerando que se trata de un agente *libre* –o normalmente motivable, o susceptible de prevención normativa, o personalmente imputable...–, dentro del margen del *arbitrio* judicial posible, decide imponer una pena privativa de *libertad*. Dichos usos del lenguaje se superponen sin especiales problemas, pues somos conscientes de que significan cosas bien distintas (libertad de actuar, libre albedrío, libertad ambulatoria...) o que, aun si fuera algo no demostrable, es un lugar común que admite ciertas posiciones nada comprometidas. Es decir, que puede haber pasado a ser un mero uso lingüístico sin demasiadas consecuencias. Así, la libertad se nos presenta en la parte especial, como también en las instituciones de la parte general, o en la teoría de la pena, o en la Política criminal y los derechos humanos, como también en la misma Teoría del Derecho. Sin embargo, poco se profundiza al respecto. La libertad parece haberse convertido en metáfora útil en la poética de las constituciones, o un lugar común de la retórica de los derechos, cuando no un tópico socorrido para entenderse en la dogmática pero a condición de que no abramos el debate sobre su fundamento.

Por eso, no deja de llamar la atención la apelación que efectúa la Constitución Española a la libertad en su preámbulo (como objetivo), título preliminar (art. 1, como valor superior del ordenamiento; arts. 6 y 7, como característica de la actividad de los partidos políticos, sindicatos y asociaciones empresariales; art. 9.1, de nuevo como objetivo), título primero (art. 10.1, como fundamento del orden político y la paz social; art. 16.1, como libertad ideológica), entre otros lugares. En el orden doctrinal, llama la atención también que en una misma obra se defienda la libertad de expresión o el «aborto libre», y se niegue el libre albedrío¹. Sin duda, tanto las constituciones como las reflexiones dogmáticas y político-criminales se refieren a la libertad con diversos sentidos. Cuando menos es preciso matizar y discriminar los diversos significados posibles antes de comenzar.

Planteado ahora de otro modo: ¿obra libremente un perro cuando acecha a su presa?, ¿es libre quien entrega el dinero al ladrón que le dice: «la bolsa o la vida»? y el ladrón ¿es libre al plantear esa alternativa?, ¿soy libre cuando entrego la bolsa al mendigo que me pide limosna?, ¿y cuando pago los servicios del taxista?, ¿también cuando pago los impuestos?

2. A pesar de esta polisemia, nos entendemos cuando decimos de alguien que es libre. No parece difícil evitar la confusión de las libertades públicas con el libre albedrío, o la libertad política con la psicológica. Con todo, me parece necesario matizar todavía más, pues esa polisemia impide que, aun siendo la libertad un concepto clave de nuestra civilización, aporte mayor rendimiento. De entrada, parece fácil –y resulta necesario– separar la libertad política, o libertades públicas, como ámbitos de acción, frente a la libertad en sentido psicológico, que es donde topamos con el libre albedrío y los problemas de su difícil prueba o de su ardua demostración. Por decirlo brevemente, en unos casos hablamos de *liberalismo*, y en otros de *libre albedrío*, sin más problemas. Hasta aquí parece sencillo². A partir del libre albedrío, surgen dificultades para proseguir distinguiendo; además, la del libre albedrío no es la única cuestión presente a la hora de justificar la sanción. Es más, junto a la libertad entran en juego, en mayor o menor grado, las necesidades preventivas, por lo que aquella no es ni el único fundamento (así, en casos de minoría de edad), ni siempre va a ser necesaria (así, en ciertas enfermedades psíquicas)³.

3. Ante esta situación –en la que la libertad ni es suficiente ni es necesaria para la imputación penal– corremos ciertos riesgos a la hora de plantear su estudio. Ante todo el riesgo de quedarnos en visiones parciales; y con estas, en enfoques distorsionados que conducen a resultados erróneos. En efecto, si afirmamos que la libertad del Derecho penal es la psicológica (la mera elección), podemos estar pasando por alto que hay una libertad más radical y básica, condición del Derecho y la Moral, de todo el ámbito de la actuación

¹ Me refiero, como simple ejemplo, a lo que se expone en GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, 1990, *pássim*; en particular, el texto clave a estos efectos es el titulado «¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?» (texto que procede de «Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (82), 1970, pp. 405 a 410, y ha sido publicado en diversas ocasiones).

² Que es lo que permite entender la situación descrita en las referencias de la nota 1.

³ Ya lo expuso claramente SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 410, nota 423; 2ª ed., 2010, p. 662. Sobre la psicopatía, véase ahora CANCIO MELIÁ, «Psicopatía y Derecho penal: Algunas consideraciones introductorias», en FEIJOO SÁNCHEZ (ed.), *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, 2012, pp. 261 a 286.

humana⁴. Derecho y Moral no pueden prescindir del libre albedrío como tampoco de los ámbitos de libertad política en los que la persona se desarrolla; los cuales sin embargo no pueden servir como único sentido de la libertad pues, si nos centramos en la libertad de carácter político, dejamos descuidada la que resulta necesaria en la imputación cotidiana, o pasamos a emplear sustitutivos o sucedáneos (razones de prevención general y especial, capacidad de motivación por normas, normalidad motivacional...): esto muestra uno de los problemas a la hora de plantear el análisis de la libertad, el riesgo de «parcialismo»⁵; en cambio, hace falta una visión más coordinada de todos los aspectos implicados. Nos enfrentamos también a otros riesgos: el del «suposicionismo», propio de quien, partiendo de la difícil argumentación o prueba, tampoco puede prescindir de la libertad, por lo que propone seguir contando con ella, pero sustituida por la suposición de que existe, con lo cual se renuncia a saber más de ella (así, particularmente en Kant⁶); en cambio, me parece que puede ser argumentada y no meramente axiomatizada⁷. Y –¡cómo no!– el riesgo del «agnosticismo» antiguo y moderno (ahora, redivivo con las neurociencias), en cuanto rechazo de la posibilidad misma de acceder al conocimiento de la libertad, o de la utilidad de conocerla (en Derecho penal no podríamos⁸, o no haría falta⁹, saber de la libertad).

⁴ Entendiendo por «moral» lo referente a la acción humana: «Lo *moral* ha de ser tomado con el más amplio sentido, en el cual no significa tan sólo lo moralmente *bueno*. En el idioma francés “le moral” es lo contrapuesto a lo “physique” y significa lo espiritual, lo intelectual en general» (HEGEL, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften*, 1969, § 503, pp. 397 y s., *apud* MILLÁN-PUELLES, *El valor de la libertad*, 1995, p. 57).

⁵ En palabras de BERLIN, «Dos conceptos de libertad» (orig., 1958, 1969), en EL MISMO, *Dos conceptos de libertad y otros ensayos* (trad., Rivero), 2008, p. 47, se trata de «un término con un significado tan poroso que parece que no hay interpretación que lo resista», «palabra proteica», con «más de doscientos significados (...) registrados por los historiadores de las ideas».

⁶ En efecto, en la *Grundlegung zur Metaphisik der Sitten* la libertad es un presupuesto necesario, que debe darse por supuesto: véase *infra*, nota 33. Como expresa LLANO CIFUENTES, *Fenómeno y trascendencia en Kant*, 1973; 2ª ed., 2002, p. 27, «el kantismo se revela como una filosofía humanista, como una teoría de la libertad, que tiene en su base la actividad cognoscitiva humana». Véase ARANA, *Los filósofos y la libertad. Necesidad natural y autonomía de la voluntad*, 2005, pp. 105 a 130.

⁷ Véase, en particular, la exposición de SCHÜNEMANN, «La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo», en EL MISMO (ed.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales* (orig., 1984; trad., Silva Sánchez), 1991, pp. 147 y s., 157 y s.; EL MISMO, «La culpabilidad: Estado de la cuestión» (trad., Felip. i Saborit/Ragués i Vallès), en VV.AA., *Sobre el estado de la teoría del delito*, 2000, pp. 102 a 113, con referencias del propio autor *ibidem*, pp. 104 y s., nota 31. Crítico con tal planteamiento, como «una especie de “neo-ontologicismo” ingenuo», FEIJOO SÁNCHEZ, «Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias», en EL MISMO (ed.), *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, p. 218; EL MISMO, *Retribución y prevención general*, 2007, pp. 647 a 651.

⁸ En efecto, no faltan en Derecho penal fundamentaciones de la culpabilidad, o de la responsabilidad, en general, construidas al margen de la libertad: véase la paradigmática obra en este sentido de ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2ª ed., 1965, *pássim*, p. 6. En la manualística española, véase, por ejemplo, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., 1990, pp. 584 y s.; EL MISMO, 9ª ed., 2011, 20/39 a 41. Sin embargo, esos intentos se vuelven en una difícil pretensión, pues al intentar esa fundamentación estarían probando lo que pretenden rechazar: que quienes así argumentan, obran libremente (véase HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, ed. a cargo de Pablo Sánchez-Ostiz, 2005, p. 173).

⁹ Así, por ejemplo, para JAKOBS, «El principio de culpabilidad» (orig., 1993; trad., Cancio), en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, p. 392, «la función del principio de culpabilidad es independiente de la decisión que se tome en cuanto a la cuestión del libre albedrío». Para FEIJOO SÁNCHEZ, «Derecho penal y neurociencias. ¿Una relación tormentosa?», en *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, pp. 71 a 168, 141 a 152 (con el mismo título, antes en *InDret* 2/2011, la cuestión no es la del determinismo (aunque

En definitiva, abordar el tema de la libertad en Derecho penal exige adoptar ciertas posiciones de partida. Ciertamente requiere evitar visiones parciales, y dar entrada en cambio a las diversas realidades que van desde la teoría del delito a la pena, pasando por la libertad como bien jurídico protegido. Y dentro de estas, desde la acción al dolo pasando por la culpabilidad; tanto la justificación de la pena, como su privación mediante la sanción... Y exige también adoptar una posición de partida no agnóstica ante la libertad, pero no por ello se trata de darla por supuesta, pues es susceptible de demostrarse, siempre que partamos de que no estamos ante algo mecánico o meramente empírico. Aproximarse a la libertad exige partir de que existe y de que no nos es ajena¹⁰.

4. Para proyectar un poco de luz, se podría comenzar distinguiendo del siguiente modo. Por un lado, i) libertad *se opone a necesidad* (a pesar, por cierto, del uso del lenguaje para mencionar fenómenos naturales: así, cuando un objeto desciende en «caída libre»). Es libre lo que no se ve abocado en una sola dirección, sino que opera con posibilidades, muchas o pocas. Por tanto, libertad se opone a necesidad, como también se oponen mundo de lo moral y mundo físico¹¹. Aun dentro de lo moral, conviene proseguir distinguiendo.

Dentro del mundo de lo moral como no necesario, ii) se destaca la *libertad política*: a pesar de que se refiere a personas que actúan e intervienen en sociedad, se ve delimitado a un ámbito conceptual que resulta fácilmente deslindable: es el ámbito de las «libertades» (libertad de expresión, libertad de asociación...), de los derechos subjetivos incluso (derecho de voto, de participación...). Su ejercicio presupone, o al menos da por existente, la libertad moral, pero no aporta mucho al concepto, sino que más bien deslinda una serie de ámbitos de conducta, que es el significado que puede mantenerse ahora: que las «libertades» se refieren a ámbitos de conducta, y con ello libertad hace referencia a pautas de conducta, pero sin agotar su contenido.

iii) Frente a tal ámbito, aparece la *libertad de elegir*, en cuanto capacidad personal de optar en cada conducta. Es el libre albedrío. Pero todo lo que se diga sobre él topará fácilmente con los agnósticos y los enemigos de la idea de libertad; como también con los suposicionistas que la dan por existente pero sin aportar más sobre su significado. Ciertamente hay no pocas razones para plantearse qué sea el libre albedrío, si por tal nos situamos en el plano de la conducta personal: a todas luces no es lo mismo en términos de libertad entregar el dinero al ladrón para salvar la vida que darlo como limosna al mendigo. Y en ambos supuestos solo podemos decir que se obra libremente si empleamos libertad de dos maneras diversas. En efecto, la voluntad interviene en ambos casos, tanto si se entrega el dinero por miedo como si se hace por compasión o mera liberalidad, pero con sentidos diversos en cada uno de ellos.

estemos determinados), sino la de la dimensión comunicativa de nuestro comportamiento como ciudadanos.

¹⁰ Una exposición exhaustiva de las posiciones de la doctrina penal sobre la libertad y su papel de fundamentación o no del Derecho penal, en LUZÓN PEÑA, «Libertad, culpabilidad y neurociencias», *InDret* 3/2012, pp. 5 a 31.

¹¹ Véase *supra*, nota 4.

Más allá todavía del libre albedrío, iv) se percibe la *libertad básica* o nuclear, que se podría identificar con el «ser libre», y no meramente con el querer o la elección. Se trata de la libertad como apertura del ser humano al bien, una apertura originaria por el conocimiento y la consiguiente voluntad; una libertad que es apertura y que se halla en la base del Derecho y la Moral, que posibilita la actuación humana misma de manera más precisa que lo indicado en i).

Esta primera aproximación nos presenta ya el objeto al que debemos referirnos cuando abordamos la libertad: *tanto el libre albedrío como la libertad política y la libertad en sentido básico*. Nuestra exposición habrá de referirse y dar respuesta a dichos aspectos.

5. Sin embargo, cabe dirigir dos críticas a esta primera aproximación a la idea de libertad. Ambas críticas son de carácter metodológico, más que material. Por un lado, que podría valer únicamente como definición genética, evolutiva, de la libertad, pero no como conceptos, porque de entrada los multiplica en lugar de definirlos; estaríamos delimitando el significado a base de recortar sus excrecencias. Pero en realidad ni siquiera estaríamos describiendo, porque no sabemos la razón de la distinción que establecemos. Estaríamos sencillamente acotando la complejidad del concepto, aproximándonos. Aunque se trate de conceptos que limitan, no fundamentan, porque son meras acotaciones o delimitaciones que no muestran la razón por la que se realizan. Y, por otro lado, se puede criticar que, en lugar de definir, se opera identificando un aspecto de la libertad, que se va separando de ella, y así sucesivamente, hasta que el concepto pierde sentido, porque se desconoce el criterio de la definición; y de este modo renunciamos a conocer más sobre la libertad porque trasladamos a otro nivel conceptual lo que no logramos explicar en otro más superficial (así, lo que no logramos explicar como libertad política se relega al ámbito de la libertad de elección o libre albedrío, cuyos defectos de comprensión, a su vez, se reubican en una especie de libertad nuclear, pero residual, en donde imperan las incógnitas y los problemas sin resolver). Se nos exige, con justicia, recorrer otra vía, la de aportar una definición material que sirva para las diversas facetas de la libertad, a la vez que aporte lo esencial de esta. Ha de ser un concepto de libertad que permita abarcar todos los usos que se hacen de ella. Aquí radica uno de los puntos de partida de esta exposición: si queremos saber algo de la libertad es preciso separar, analizar, distinguir en ella diversas realidades pero identificando el criterio de análisis. En efecto, es necesario contar con algún criterio de análisis, distinción o separación.

3. Analítica de la libertad: dos distinciones necesarias

1. En la tarea de indagar ese criterio de análisis, propongo recurrir a la idea de acción como objeto de referencia de la libertad: ésta se encamina a actuar, de modo que podríamos distinguir la libertad según opere para la acción por realizarse o para la ya realizada (párr. 2), en el bien entendido de que en este caso se trata de la libertad que estaba presente al actuar (y no para el pasado, ya cerrado). Y propongo a su vez recurrir a la idea de su origen, según sea la libertad algo entitativo del ser humano o algo que depende de su propio desarrollo interno o reconocimiento externo (párr. 3).

2. En primer lugar, sobre la libertad planea siempre la *acción* como concepto al que inmediatamente se refiere (no hay libertad en lo que no puede cambiar y sí en lo que no es necesario y puede variar; libertad se refiere al agente que actúa): es la libertad de actuar y de omitir, de hacer o dejar de hacer... Luego la libertad posibilita la acción, y la acción presupone una pauta –sea la que sea, ahora no importa si se trata de las del código penal o del de circulación, la ortografía o un deporte, la cortesía...-. Por tanto, podríamos enlazar las ideas de pauta y libertad¹². Y las pautas pueden verse hacia el futuro (lo *agible*: mandatos, prohibiciones, permisiones), como también hacia el pasado (lo ya realizado como mandado, lo cometido a pesar de prohibido, o lo permitido: el hecho a medir conforme a la pauta en cuestión en definitiva), de donde resulta que hablar de libertad es hablar de conducta, tanto la que está por realizarse, como la ya realizada cuando imputamos responsabilidad¹³. Con otras palabras, la acción *en prospectiva* y la acción *en retrospectiva*.

3. En segundo lugar, en los usos de la libertad hay que distinguir la que se tiene, y la que se es o identifica al sujeto; la que se adquiere y desarrolla, frente a la que se tiene de manera innata. Con independencia de lo que signifique «ser libre», se nos presenta ante los ojos que no es lo mismo «ser libre» que «tener reconocidos ciertos derechos», «ser una persona libre» que «ejercer un derecho» o «tomarse libertades». Hay aspectos de la libertad que pueden concederse, suspenderse, restringirse, condicionarse o negarse, como también hay un aspecto de la libertad que no desaparece en la medida en que el sujeto es tal sujeto (porque es de la persona de quien se predica la libertad, y esta desaparecería con aquella). Se trata de diferenciar entre *libertad adquirida* y *libertad innata*. Por libertad innata entiendo la que corresponde al ser humano por ser tal; mientras que por libertad adquirida, la que hace posible el ser que es humano¹⁴. La primera, la innata, se da necesariamente en el ser

¹² No se trata sólo de que, como expone BÖCKENFÖRDE, «Freiheit und Recht, Freiheit und Staat», en EL MISMO, *Recht, Staat, Freiheit* (erweiterte Aufgabe), 1991, pp. 42 y s., entre libertad y Derecho exista una mutua relación necesaria, sino de que libertad es condición necesaria de la acción humana. No son pocos quienes reconocen que sin libertad no sería posible, no ya la culpabilidad, sino el Derecho mismo (K. GÜNTHER, «Die naturalistische Herausforderung des Schuldstrafrechts», en Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a. M. [ed.], *Jenseits des Rechtsstaatlichen Strafrechts*, 2007, pp. 71 a 97, pp. 72 y 89); véase también HABERMAS, «Das Sprachspiel verantwortlicher Urheberschaft und das Problem der Willensfreiheit: Wie lässt sich der epistemische Dualismus mit einem ontologischen Monismus versöhnen?», *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* (54), 2006, pp. 669 a 707, 671 (como presuposición necesaria para atribuirnos responsabilidad). El planteamiento de las neurociencias (véase referencias *infra*, nota 26) ha vuelto a poner en duda la validez de la libertad como base del Derecho, y por ende del Derecho penal: véase, sin embargo, la defensa por HABERMAS, *ibidem*.

¹³ En cambio, para LLANO, *El futuro de la libertad*, 1985, p. 71, «[l]a libertad humana está requerida por una diversidad de posibilidades. De aquí que un riguroso análisis fenomenológico de la libertad deberá considerarla, no como algo hecho, sino haciéndose. No se trata de analizar los actos en cuanto ya acontecidos, sino de examinar una conciencia prospectiva de la libertad, en cuanto referida a un acto que se va a realizar. Desde una determinada situación, el acto libre y la conciencia de dicha libertad se refieren primariamente a algo por hacer, a una posibilidad. La libertad humana es un factor de futurición.» A mi modo de ver, ese carácter de «futurición» se da en la libertad antes y en el momento de actuar (por tanto, se precisa cierta vivencia de la libertad, véase *ibidem*, p. 64), pero también es preciso referimos a la libertad de lo hecho, en la retrospectiva, tanto por parte del propio agente (autoimputación), como para terceros (heteroimputación).

¹⁴ «De dos maneras cabe, efectivamente, que una cosa sea humana: o bien porque sin tenerla no es posible ser hombre, o bien porque el ser hombre determina la posibilidad –no la necesidad– de poseerla. De acuerdo con el primero de estos modos es humano lo constitutivamente necesario para el ser propio del

humano por serlo, y la segunda, la adquirida, por derivación¹⁵. De donde resulta que la libertad innata es la propia de la persona humana por el hecho de revestir dicha condición; en cambio, la adquirida se da en mayor o menor medida según las personas o situaciones, pues depende del ejercicio, de la atribución o su reconocimiento.

En tal sentido, es preciso distinguir los diversos modos de afirmar la libertad y resaltar lo propio de esta libertad de carácter adquirido. La libertad adquirida es el contenido que atribuimos a las personas y sus acciones¹⁶. Por tanto, se afirma en la atribución que nos hacemos unos a otros, sea en relaciones humanas cotidianas, sea en procedimientos judiciales más específicos. En dicha atribución de libertad se da una operación de mutuo reconocimiento basado en la propia experiencia, el respeto de datos biológicos y psicológicos, así como la anticipación de posibles consecuencias de considerar o no libre una acción u otra. Se trata por tanto de operaciones de atribución con mayor o menor grado de vinculación a datos empíricos, pero sobre todo basada en operaciones sociales de atribución de significado a los procesos en los que interactuamos¹⁷.

4. Puesto que el enfoque de la acción se refiere al objeto o término de la libertad y el del origen de la libertad a las potencias humanas que la ejercen, resulta que ambos criterios de análisis no resultan incompatibles. Serían incompatibles si cualquiera de ellos excluyera al otro, sea por el concepto, sea por su modo de operar. Pero en este caso, se trata de dos factores de clasificación que no impiden el juego del otro par conceptual. De este modo, la libertad se afirma para la que es *innata, sea en la prospectiva o en la retrospectiva*; y se dice también de la que es *adquirida, tanto en la prospectiva como en la retrospectiva*. En concreto, no resultan incompatibles la libertad innata, propia del ser humano, y la de elección. Es más: cabe pensar que algunos aspectos de la libertad de elección prospectiva dependen del carácter innato libre del sujeto. Asimismo, cabe vincular la libertad innata del ser humano a los ámbitos de acción del agente, de modo que somos libres porque actuamos, y actuamos porque somos libres. El panorama de situaciones y conceptos podría representarse así¹⁸:

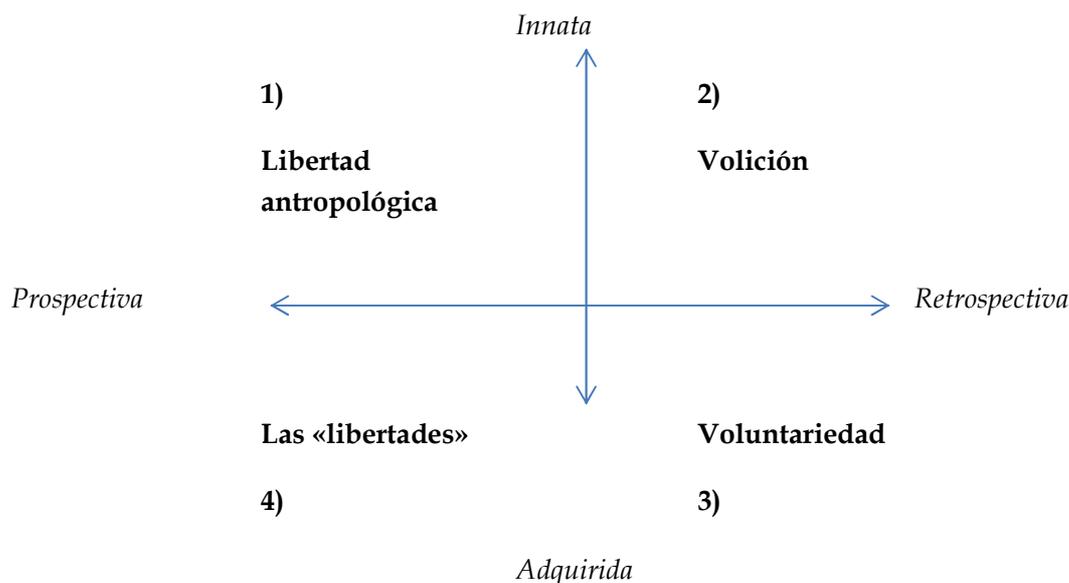
hombre. “Constitutivamente necesario” quiere decir “necesario de una manera esencial: por virtud de la esencia respectiva”. Y de acuerdo con el segundo de los modos es humano lo posible para el hombre, pero no imprescindible para éste en virtud de su propia esencia» (MILLÁN-PUELLES, *El valor de la libertad*, p. 42). Y como ejemplos de la libertad en el primer sentido aporta el autor la idea de libertad de arbitrio; mientras que la libertad política o civil lo sería del segundo sentido (*ibidem*). Dado que la idea de libertad necesaria tiene visos de encerrar una contradicción, el autor propone emplear la expresión *innata y adquirida* (*ibidem*, p. 43), de donde la tomo para esta exposición.

¹⁵ Para MILLÁN-PUELLES, *El valor de la libertad*, pp. 44 y 46, la libertad innata no se identifica sin embargo con la esencia humana. En cuanto a la libertad adquirida, *ibidem*, p. 43, expone que «únicamente por adquisición es posible tener esa libertad».

¹⁶ Sobre este enfoque, véase lo que se dirá enseguida en IV.2, párr. 2.i) y IV.3., párr. 2.i).

¹⁷ Este planteamiento enlaza con construcciones de la libertad basadas, en mayor o menor medida, en la teoría del discurso. Así, desde el planteamiento de FRISCH (véase «Sobre el futuro del Derecho penal de la culpabilidad», en *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, pp. 19 a 70, hasta el más amplio de K. GÜNTHER (véase *infra*, 4.4, párr. 3), pasando por el JAKOBS como «construcción normativa» («Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica» (orig., 2005; trad., Feijoo), en *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, pp. 180 a 193), o el de FEIJOO como «construcción social» (en *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, pp. 116 a 138, 241 a 243, y referencias allí citadas).

¹⁸ Agradezco al Dr. Juan Ignacio PIÑA ROCHEFORT la sugerencia de esta representación.



4. Síntesis de la libertad

4.1. La libertad antropológica

1. Parto de la base de que el ser humano se rige por normas o pautas. No me refiero necesariamente a un abigarrado entramado de normativas propias de los ordenamientos jurídicos, sino también y principalmente ahora al empleo de pautas por el sujeto: sean las de la utilidad, el placer, el máximo beneficio propio, el respeto a los otros, la benevolencia... El empleo de dichas pautas -cualesquiera- implica que el sujeto se pronuncia al menos por una de ellas. Lo cual nos permite afirmar lo siguiente.

Por una parte, esta normatividad presupone que se puede imputar el proceso en el que alguien se ve inmerso, no como mero suceso, sino como un hecho¹⁹, pues la presencia de una pauta en el momento de actuar permite afirmar que se ha obrado conforme, o contra, o más allá de la norma en cuestión: lo cual exige poder afirmar al menos *que se ha obrado*. Por tanto, la libertad del agente apela a la existencia de pautas (normas) y estas presuponen la imputación (de algo como hecho y de ese hecho, una vez valorado conforme a la norma, como reprochable, o como meritorio, en su caso). De donde deriva que obrar es emplear pautas, y las pautas suponen opciones. Por lo que el actuar no es algo determinado.

Por otra parte, el empleo de pautas normativas conduce a que el actuar sea propio del sujeto agente: es este quien obra en la medida en que hace suyas las pautas y a continuación dispone los medios para tal fin. El actuar del agente es tal en la medida en

¹⁹ Véase SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, 2008, pp. 387 a 401. Véase también la exposición que trazo en *Fundamentos de Política criminal. Un retorno a los principios*, 2012, pp. 107 y s.

que es el origen del hecho. En cuanto originario, *el hecho es empleo de pautas y a la vez dominio del proceso que tiene en el agente su origen*: es él quien da comienzo en cada hecho a un nuevo proceso. De donde se deduce que el sujeto hace suyo el proceso y así podemos afirmar que es él quien actúa, que es el agente.

2. Esta libertad antropológica sería la más básica y radical. Se trata de libertad que es innata y a la vez orientada a la prospectiva. Me explico. i) Como *libertad innata*, es propia del ser humano por ser tal (véase *supra*, 3): no es que le pertenezca al sujeto humano por ejercicio, sino que el ser humano es tal entre otros motivos por estar dotado de libertad entitativa. Se trata de la apertura básica y nativa al bien a través del conocimiento y la inclinación a este. Es un ser abierto, inacabado, pero a la vez sujeto de su propio desarrollo personal. Su ser personal es libertad. No tanto la libertad kantiana, que es en definitiva la autonomía, y que podría fundar si acaso la dignidad²⁰; sino más bien la libertad en cuanto apertura del ser humano al futuro y al presente, a su fin y a su medio. Esta libertad innata, básica, se encuentra en la base de todo actuar, el del Derecho como el de los juegos o el deporte, la ortografía como también el de cualquier otro orden de conducta.

Y ii) como libertad *orientada a la prospectiva*, se refiere a que posibilita la acción: esa apertura nativa significa adoptar pautas en los procesos de dominio del entorno, que eso es el actuar humano. Sus facultades intelectivas y volitivas se hallan abiertas y conocen y quieren el objeto que se les presenta como bien. Para que esto sea posible es preciso contar con esas facultades y que estas sean abiertas y se hallen orientadas a la captación del objeto como un bien²¹. Dicha percepción hace que el sujeto agente se plantee a sí mismo actuar de determinada manera como una pauta a seguir²². De ahí el calificativo de esta libertad antropológica como prospectiva, pues posibilita actuar y contar con objetos de conducta.

Dicha idea de la libertad se presta a malentendidos, como podría ser el concebir que la libertad (libertad omnimoda de elegir) es lo que nos hace seres humanos, como se percibe en Sartre y el existencialismo, o en autores como Nietzsche o Rorty. Entenderlo así supondría igualmente un desenfoque sobre la esencia personal y el acto de ser de la persona. La persona no es tal por ser libre, sino que su ser personal es libertad: *es libre*. Más: que su núcleo personal es libertad²³, en cuanto que su ser personal es apertura²⁴.

²⁰ Así, muy claro en la filosofía kantiana, donde la autonomía es el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional: véase *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, AA (Akademie Ausgabe: Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften), IV, p. 436, l. 6 a 7. Véase *infra*, nota 33.

²¹ Para FEIJOO SÁNCHEZ, en *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, pp. 85, 102, 147 y 250, los procesos mentales emergen de los procesos neuronales. No me parece que pueda ser así, si se trata de operaciones de diverso orden o que se mueven en planos diversos: las actividades intelectual y volitiva, con requerir enervación o procesos neuronales, no pueden verse como su excrecencia o producto. De lo material no puede surgir lo espiritual. Eso supondría materializar dichas operaciones y con ello la libertad, lo cual no es precisamente lo que se afirma en estas páginas.

²² Sin embargo, esta apertura a la indeterminación no es todavía una razón suficiente de la libertad: véase SPAEMANN, *Personas. Acerca de la distinción entre "algo" y "alguien"* (orig., 2000; trad., del Barco), 2000, p. 200. En efecto, afirmar el indeterminismo no significa agotar la idea de libertad.

²³ Véase SELLÉS, *Antropología para inconformes. Una antropología abierta al futuro*, 2006, pp. 525 a 554 (r.t.), 545: la libertad «no es una realidad que el hombre tiene, sino que es» (p. 525); «cada persona es libertad» (p. 543); «la libertad es personal en el hombre, es decir, equivale a la persona; o de otro modo, que una persona sin

3. Esta idea de libertad se opone a cualquier aproximación de corte empirista a la realidad humana (sea la del primitivo naturalismo²⁵, sea la más reciente de las neurociencias²⁶). Los estudios sobre el funcionamiento del cerebro humano, con ser relevantes, no pueden suplantar el objeto y el modo de abordar el problema de la libertad, que es el propio de un saber práxico²⁷. Por supuesto que los condicionamientos fisiológicos y neuronales tienen algo que aportar²⁸, pero no para la libertad de la persona en Derecho²⁹, o para establecer la libertad humana en un plano trascendental³⁰.

4. Desde antiguo se ha partido de esta normatividad del actuar humano, y por tanto del carácter abierto de la persona. Pero, a la vez, ha sido preciso superar la idea del carácter cíclico de los acontecimientos para que se hiciera posible la idea de libertad³¹. Con todo, ya

libertad no es tal» (p. 526); «*persona y libertad se corresponden de tal manera que en cierto modo son intercambiables*» (p. 527).

²⁴ Véase SELLÉS, *ibidem*, p. 545. Es más: «apertura irrestricta» (p. 547).

²⁵ Sobre el planteamiento en el causalismo naturalista encabezado por v. LISZT, me he referido en otro lugar: véase SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, pp. 360 y s. Indican esta conexión de v. LISZT con planteamientos de las neurociencias FRISCH, en *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, p. 55; FEIJOO SÁNCHEZ, en *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, p. 86.

²⁶ Entre la ya abundante bibliografía en castellano sobre neurociencias y Derecho penal, véase DEMETRIO CRESPO, «Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal», *InDret 2/2011*, pp. 1 a 38; FEIJOO SÁNCHEZ, *InDret 2/2011*, pp. 1 a 58; HASSEMER, «Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal», *InDret 2/2011*, pp. 1 a 14; LUZÓN PEÑA, *InDret 3/2012*, pp. 1 a 59; PÉREZ MANZANO, «Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia», *InDret 2/2011*, pp. 1 a 39; AA.VV., en FEIJOO SÁNCHEZ (ed.), *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, 2012; RAMOS VÁZQUEZ, *Ciencia, libertad y Derecho penal*, 2013; AA.VV., en DEMETRIO CRESPO (dir.)/MAROTO CALATAYUD (coord.), *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas*, 2013.

²⁷ Sin embargo, la posición antideterminista resulta especialmente débil frente a la exigencia de aclaración del materialismo (véase SPAEMANN, *Personas*, p. 202), por cuanto no puede competir con este. Entiendo que no se trata de una mera diferencia de puntos de partida, sino de una imposibilidad de entenderse: así como el *indeterminista* puede entender el enfoque mecanicista de la realidad (a fin de cuentas, parte del funcionamiento de la realidad natural que le circunda), el *empirista* no puede aceptar las razones del primero (rechaza toda explicación que no sea materialista).

²⁸ El interés por indagar las condiciones físicas de la conducta que impedirían la libertad, recuerda a la polémica que ya tuvo lugar a finales del s. IV (en concreto, véase, por ejemplo, la exposición de ORÍGENES) a propósito de si el movimiento de los astros excluía la libertad humana.

²⁹ Véase, con base en KANT, JAKOBS, en *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, pp. 169 a 196, 180 a 185; EL MISMO, «Culpabilidad jurídico-penal y “libre albedrío”» (trad., Cancio), *ibidem*, pp. 210 y s.

³⁰ Especialmente claro me parece el diagnóstico de HASSEMER, «Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal», *InDret 2/2011*, p. 6, cuando califica de «error categorial» al intento de abordar el objeto de Derecho penal mediante datos biológicos; o de LUZÓN PEÑA, *InDret 3/2012*, p. 37, que lo describe como método inadecuado.

Además de que, como muestra FRISCH, en *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, pp. 48 a 53, la afirmaciones de las neurociencias no son concluyentes para probar el determinismo, asumir los postulados deterministas no deslegitima *per se* el recurso al Derecho penal (FRISCH, *ibidem*, pp. 35 a 38; incluso lo que vendría a poner en duda el determinismo sería sólo una determinada variante del Derecho penal de la culpabilidad, la que sostiene la compensación de ésta mediante la pena: véase *ibidem*, p. 39). No faltan dudas sobre lo inconveniente de prescindir de la culpabilidad, por el papel de límite que ésta ejerce en Derecho penal frente a las necesidades preventivas: resultaría inaceptable el recurso a instrumentos penales sin esos límites (véase *ibidem*, pp. 55 a 64; FEIJOO SÁNCHEZ, en *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, p. 87).

³¹ La superación de la historia cíclica, propia del pensamiento griego antiguo, por la concepción lineal, atribuye al sujeto humano las riendas de su destino, lo cual enlaza con la libertad como su presupuesto

en el Derecho romano, con el valor otorgado a la *fides*, la palabra dada, se reconocía la capacidad de obligarse, como también la posibilidad de no cumplir con un comportamiento esperado, que sin embargo se hacía esperable –esto es, fiable, «seguro»– a través de la lealtad a lo pactado. Dicha concepción personal de la libertad se halla en la base de la idea misma de Derecho, en cuanto presupuesto de la capacidad de obedecer pautas, comprometerse y cumplir. No cabe desconocer que había sido planteada también por la concepción judeo-cristiana del ser humano como ser en manos de su propio libre albedrío³².

El pensamiento de la libertad es problematizado después, sobre todo en la modernidad, hasta el punto de haber marcado la historia europea que llega a la Ilustración. Es a las puertas de esta cuando Kant teoriza sobre la libertad en cuanto autonomía³³, una de las notas que marcan a la

(véase FINKIELKRAUT, *Nosotros, los modernos* [orig., 2005; trad., Montes], 2006, pp. 166 a 168; véase también GOMÁ, *Ejemplaridad pública*, 2009, pp. 38 a 40).

³² Así, en concreto, en Eclesiástico (Sirácida), 15, 14: «Deus ab initio constituit hominem et reliquit illum in manu consilii sui et dedit eum in manum concupiscentiae suae».

³³ En efecto, en el planteamiento kantiano, la libertad no es la capacidad de elección de la voluntad («Die transscendentale Idee der Freiheit macht zwar bei weitem nicht den ganzen Inhalt des psychologischen Begriffs dieses Namens aus, welcher großen Theils empirisch ist, sondern nur den der absoluten Spontaneität der Handlung als den eigentlichen Grund der Imputabilität derselben»: *Kritik der reinen Vernunft* (B), AA, III, p. 476₁₀₋₁₄). Esta libertad es la espontaneidad de la razón, que no se halla determinada y que es a la vez creadora de leyes prácticas. La libertad, que había quedado en la *Crítica de la razón pura* (1781) sólo apuntada como posibilidad, encuentra su lugar propio en los escritos de Filosofía moral. Así, en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1785), *Crítica de la razón práctica* (1788) y *La metafísica de las costumbres* (1797), la libertad es una exigencia de la existencia de la ley moral, es la causalidad del mundo inteligible (es deducida como condición de posibilidad de la obligación moral. La conciencia de ésta, de la necesidad moral, opera como *ratio cognoscendi* de la libertad. Véase *Kritik der praktischen Vernunft*, AA, V, p. 30₉₋₃₅: puesto que el deber moral es un *faktum* del que parte, se exige entonces la posibilidad de llevarlo a cabo); no una propiedad empírico-psicológica, sino un predicado transcendental de un ser que no sólo pertenece al mundo de los sentidos, sino también al mundo inteligible. Al concluir la *Grundlegung zur Metaphisik der Sitten* queda planteado un concepto de libertad, después desarrollado en *La metafísica de las costumbres*. A pesar de que la razón no puede explicar cómo es posible sea práctica, es decir, cómo es posible la libertad (véase *Grundlegung*, AA, IV, pp. 458 a 463), ésta ha de presuponerse (véase *ibidem*, AA, IV, p. 458₁₉₋₂₁); hemos de darla por supuesta en un ser racional, si queremos pensarlo como racional (véase *ibidem*, AA, IV, p. 448₄₋₇: «Cualquier ser que no puede obrar de otra manera que *bajo la idea de libertad* es, por eso mismo, en sentido práctico verdaderamente libre, esto es, valen para tal ser todas las leyes que se hayan inseparablemente unidas con la libertad, tal y como su voluntad también en sí misma se explicaría válidamente como libre en la filosofía teórica. Sostengo entonces que a todo ser racional que tiene voluntad debemos atribuirle necesariamente también la idea de libertad sólo bajo la cual actúa», r.t.). Se plantea entonces un círculo vicioso entre libertad, autonomía y ley moral. Pero Kant dice disolverse gracias a la distinción, incluso para el propio sujeto, entre mundo sensible y mundo inteligible. Pensarme como libre me incluye en el mundo inteligible, y por eso mismo se me hace cognoscible la autonomía de la voluntad, junto a su consecuencia, la moralidad; pero si me pienso como obligado («verpflichtet») entonces me contemplo como perteneciente al mundo sensible y a la vez al inteligible («Denn jetzt sehen wir, daß, wenn wir uns als frei denken, so versetzen wir uns als Glieder in die Verstandeswelt und erkennen die Autonomie des Willens samt ihrer Folge, der Moralität; denken wir uns aber als verpflichtet, so betrachten wir uns als zur Sinnenwelt und doch zugleich zur Verstandeswelt gehörig.»: *Grundlegung*, AA, IV, p. 453₁₁₋₁₅). Dicho círculo vicioso se rompe con la distinción de dos aspectos de la libertad: es independencia de las causas determinantes del mundo sensible («... pues libertad es independencia de las causas que determinan el mundo sensible (la cual debe atribuirse siempre la razón a sí misma)»: véase *ibidem*, AA, IV, p. 452₃₃₋₃₅), y es también autonomía (véase *ibidem*, AA, IV, p. 452₃₅₋₃₆). Se trata de dos aspectos de la libertad que más adelante, en *La metafísica de las costumbres*, se recogen bajo la denominación de concepto *negativo* (o independencia al determinarse respecto a impulsos sensibles: véase *Die Metaphisik der Sitten*, AA, VI, p. 213₃₅₋₃₇) y concepto *positivo* (o capacidad de la razón práctica de ser para sí misma

persona en el planteamiento ilustrado. Sin embargo, esta libertad antropológica no es la autonomía kantiana.

5. La apertura o «indeterminación» exige pautas o estándares; y, por ser social, estas pautas y estándares son normas (de educación, juegos...), entre las que se cuentan las jurídicas. Que el ser humano es libre forma parte de los postulados básicos que permiten entendernos como personas. La vida social parte del presupuesto de que somos libres, de que nuestro existir no se halla regido por un destino inexorable. Esto es lo que permite reconocer el obrar humano: porque se rige por pautas que posibilitan después la imputación de algo a alguien y su inmediata valoración. Esa normatividad del actuar humano posibilita la vida social misma, y hace que tenga sentido proyectar el futuro. Libertad y pauta de conducta se implican mutuamente, en el sentido de que un obrar libre es aquel que se basa en pautas del agente, el cual, a su vez, se rige por reglas de conducta, es decir, tiene la opción de una u otra posibilidad. Recordemos que la libertad en este sentido es de carácter innato y orientado a la prospectiva. En esa medida, constituye al sujeto y hace posible el actuar³⁴. Esta libertad en sentido antropológico es la básica, y la que más genuinamente me parece merecer la denominación de *libertad*. Si dicha concepción de la libertad es rechazada por ser transcendental, convendría atender al sentido que se da a esta expresión³⁵ y a la legitimidad y viabilidad de concepciones filosóficas (antropología, psicología) para nuestras construcciones jurídicas.

4.2. La elección básica o volición

1. La idea de libertad se asocia a la de elección, la cual a su vez muestra no pocos puntos oscuros. Quien elige, quien quiere, se pronuncia sobre una pauta de conducta con el fin de alcanzar un objetivo, y no otro. La vinculación entre libertad antropológica –o básica que acabamos de describir (*sub IV.1*)– y actuar deja al descubierto que todo actuar es ejercicio de voluntad, opción, elección. Pero la voluntad, el querer, se dice de diversos modos. Quiere quien paga sus impuestos, como también quien abona un servicio al taxista o quien da una limosna, y quiere también quien opta por salvar la vida entregando la bolsa al

práctica: véase *ibidem*, AA, VI, p. 214₁). El primer aspecto no puede entenderse, sin embargo, como libertad de elección, algo que el propio Kant rechaza, pues el sentido negativo de la libertad, consiste únicamente en una experiencia negativa, y no en un conocimiento de lo que la libertad sea, pues en cuanto noúmeno no sabemos cómo constriñe al arbitrio sensible (véase *ibidem*, AA, VI, p. 226₂₁₋₂₃). No cabe así un conocimiento teórico de esta libertad en sentido positivo. El segundo aspecto es reflejo de la doctrina del *Faktum* de la razón, punto de partida de la reflexión kantiana sobre la moral. Ha expuesto este sentido kantiano de la libertad SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, pp. 167 a 192.

³⁴ Esta defensa –mejor: este *partir de* la libertad– no se halla motivada por las precauciones que algunos autores han mostrado (a modo de argumentos del estilo de la ruptura del dique) frente a un Derecho penal sin libre albedrío (véase la crítica efectuada por GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, pp. 143 a 145). La libertad de la que aquí se trata es la cualidad del ser humano como moral, como *agente*.

³⁵ En efecto, transcendental no significa pre-social, pre-jurídico u ontológico, como a veces parece tomarse (véase FEIJOO SÁNCHEZ, en *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, pp. 145, 217, 250), sino que escapa al conocimiento meramente sensitivo o empírico. Del mismo modo que es racional atender a los avances de la ciencia, y de la neurociencia, lo es también atender a los planteamientos de la antropología filosófica, por ejemplo. El mismo riesgo de reduccionismo que combate (*ibidem*, p. 224) puede presentarse de atender a «lo social», sin considerar lo filosófico. Una construcción social de la libertad no aboca de manera unívoca a una fundamentación «postmetafísica» (*ibidem*, p. 244), sino que ésta es sólo una peculiar (re-)construcción social.

ladrón. Pero no se quiere de igual modo en cada uno de esos casos: no es igual pagar tributos que dar limosna, y menos todavía que dar la bolsa al ladrón amenazante para salvar la propia vida. Conviene destacar, en definitiva, la elección que tiene lugar con una alternativa: la elección entre dos opciones.

Entiendo por volición –dejando ahora al margen el sentido más amplio que puede tener en otros ámbitos³⁶– la mera elección al menos entre dos opciones, sin perjuicio de que puedan existir más, lo cual ahora no interesa. Se trata del ejercicio más básico de la libertad antropológica en acción³⁷. Es la que se da cuando adoptamos esas pautas de conducta en casos de opción mínima: la mínima necesaria para poder hablar de «no-necesidad»³⁸, es decir, de libertad en sentido habitual.

Como al querer precede el conocer, es preciso contar con que esta volición básica cuenta con la facultad intelectual precedente del sujeto. Así, quien ejerce la volición, no lo hace en el vacío, sino sobre los objetos que la facultad intelectual le presenta. Podría denominarse a este ejercicio básico de la facultad intelectual como *conocer*. Conocimiento y volición serían los actos de la elección básica.

2. Esta elección básica (abreviada y sencillamente, volición) se hallaría presente en toda conducta humana, pero sin agotar todo su contenido (véase *infra*, 4.3). Sería *innata y orientada a la retrospectiva*. Veamos.

i) Como *libertad innata*, sería propia del ser humano por ser tal (véase *supra*, 3), como también se predica de la libertad antropológica –o «libertad» a secas–. Al igual que en esta, el ser humano se demuestra como humano al ejercer volición sobre los objetos (bienes) presentados por el intelecto. Pertenece al sujeto humano, no por ejercicio sino entitativamente³⁹. No se trata, en cambio, de la apertura básica y nativa al bien a través del conocimiento y la inclinación al bien, que constituyen la libertad antropológica, sino que ahora se trata de la opción por el bien, de la libertad en acción (en el bien entendido de que no se agota aquí la acción humana, sino que es preciso acudir todavía a un estudio más completo, *sub IV.3*).

ii) Como *libertad orientada a la retrospectiva*, se refiere a que identifica la acción en cuanto que el proceso en el que el sujeto se ve inmerso se imputa como hecho. Dicha opción básica del sujeto agente por el bien presentado por el intelecto nos permite hablar ya de un hecho

³⁶ Véase nota 19 (2008), p. 442. Sobre el término «volición», véase *infra*, notas 40 y 41.

³⁷ Incluso se puede afirmar que la libertad antropológica posibilita la elección básica y la elección moral, (en palabras de LLANO, *El futuro de la libertad*, p. 64, «la libertad ontológica o fundamental [...] es la condición imprescindible para la posibilidad de la libertad psicológica o libre albedrío»).

³⁸ Véase el planteamiento de VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, 1996, pp. 313 a 334; 2010, pp. 325 a 345, según el cual, la libertad «no es sino la posibilidad de sustraerse a las leyes de la naturaleza (de escapar de la máquina) y determinarse según la razón.» (p. 315; 2010, p. 327). Y contundentemente: «o concebimos el mundo desde la libertad –desde la acción– o no podemos concebirlo en absoluto.» (p. 313; 2010, p. 325).

³⁹ «Necesariamente libre: paradójica condición la de la libertad humana. Tanto la libertad ontológica como la psicológica no son libremente adquiridas, sino innatas y, por lo tanto, necesarias. [...] la libertad de opción es tan necesaria, tan fáctica, para el hombre, como para el animal su conducta instintiva.» (LLANO, *El futuro de la libertad*, p. 68, r.t.).

imputado (simplemente que alguien ha actuado). Todavía no de un hecho antijurídico o culpable, pero sí de un hecho, el objeto básico de la imputación (con terminología de la doctrina de la imputación, la *imputatio facti*) y de su subsiguiente valoración (la *applicatio legis ad factum*). En este primer juicio de imputación se opera, por parte del sujeto imputante, hacia el pasado, de ahí que digamos que se orienta a la retrospectiva.

Esta idea de elección pertenece a la idea del libre albedrío, pero con el fin de evitar malentendidos, sugiero separar la mera volición básica (expresión de libertad innata y operante en sentido retrospectivo). El empleo del término «volición»⁴⁰ para este concepto pretende designar el mero acto de la voluntad por un objeto, sin incluir todavía la consideración del sentido pleno del obrar⁴¹. Lo cual no significa que estemos en el ámbito de lo meramente fisiológico, de la enervación sensible, frente al causalismo naturalista. Al contrario, se trata en propiedad de libertad, pero como elección, si bien básica y no todavía completa.

Para von Liszt, El Derecho y el Derecho penal son saberes empíricos, orientados a finalidades instrumentales en la sociedad⁴². Dirá: «La ciencia del Derecho penal no es *en sí* enemiga de la explicación metafísica de la pena; pero debe aquélla considerar todos estos intentos como algo heterogéneo y debe alejarlos *de sí*»⁴³. Lo relevante es que, de este modo y en lo que ahora nos interesa, se aleja todo intento de basar el Derecho penal en el libre albedrío. En efecto, en este punto resultan esclarecedoras, por su contundencia, unas palabras pronunciadas años después del «Programa de Marburgo», en las que aflora con claridad el v. Liszt naturalista (1893): «Para el Derecho penal sólo entra en consideración el mundo de los fenómenos. Sólo el ser humano

⁴⁰ El uso que da Tomás de Aquino al término «volición» es distinto al ahora sugerido: aquí se trata de la libertad básica, presente en el acto humano, sin considerar todavía el compromiso por el bien, mientras que en Tomás de Aquino la volición es la inclinación básica por el bien (véase, por ejemplo, A.M. GONZÁLEZ, *Moral, razón y naturaleza. Una investigación sobre Tomás de Aquino*, 1998, 2ª ed., 2006, pp. 102 y s.; también, RHONHEIMER, *La perspectiva de la Moral. Fundamentos de la Ética Filosófica* (trad. Mardomingo), 2000, pp. 51 a 53, 105, 187 a 188). También se emplea «volición» como traducción de «willing»: véase PRICHARD, «Acting, Willing, Desiring», *Moral Obligation. Essays and Lectures*, 1949, *pássim* (véase trad. Block); véase también MELDEN, «La volición» (orig., 1949), reproducido en WHITE (ed.), *La filosofía de la acción* (trad., Block), 1976, pp. 104 a 115, donde, a pesar de las discrepancias de fondo, se parte de la misma terminología. En la exposición de Prichard, «willing» designa el mismo actuar (véase *ibidem*, pp. 188 a 194); ciertamente distingue «willing» de «desire» (deseo) que sería algo primario respecto al actuar (véase *ibidem*, pp. 194 a 197). Según entiendo, lo relevante es diferenciar en la acción dos momentos constitutivos: uno, básico y elemental; otro, pleno (*volición* frente a *voluntariedad*, según se propone aquí: véase nota 52). Por cierto, que la mención de HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal*, p. 226, a «Wille» y «Wunsch» no se correspondería entonces con la empleada por PRICHARD. Según entiendo, la distinción efectuada por PFÄNDER, *Motivos y motivación* (orig., 1911; trad., García Morente), 1995, pp. 25 a 27, entre *volición* y *elección*, aunque no se identifica con la ahora señalada, no estaría lejos, siempre que la volición se entienda como «mero» acto de propia determinación (p. 25), frente a la elección como «acto de propósito práctico positivo, en el cual el yo se propone a sí mismo la ejecución de un proyecto» (p. 26).

⁴¹ Véase, en cambio, el concepto de volición empleado en la filosofía analítica (sobre ello, RICŒUR, *El discurso de la acción* [orig., 1977; trad., Calvo], 1981, pp. 94 a 97; PRICHARD, *Moral Obligation*, pp. 187 a 198).

⁴² En 1899, en su lección inaugural de Berlín, se expresaba así: «De ahí que la ciencia del Derecho penal haya de atribuir ante todo primero el fenómeno que denominamos delito a sus causas y explicarlo a partir de éstas». Véase «Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft», en *Strafrechtliche Vorträge*, II, p. 289 (= *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 20 [1900], pp. 161 a 174). Entre los cometidos del Derecho penal como ciencia, se halla el de la «explicación causal de delitos y penas», lo que se denomina «Criminología» (véase *ibidem*, II, p. 289).

⁴³ v. LISZT, «Der Zweckgedanke im Strafrecht» (orig., 1882), en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, I, 1905 (reimpr., 1970), pp. 134 y s. (r.t.).

“empírico” puede ser llevado ante los jueces penales, juzgado, encerrado o decapitado. Nunca el [de] carácter “inteligible”. Si éste es finito o inmortal, si libre o no libre, eso no lo sabemos y no lo podremos *saber* nunca»⁴⁴. Por tanto, se entiende que la acción de la teoría del delito fuera entendida en sentido meramente naturalístico, como movimiento percibido sensorialmente⁴⁵, y la imputabilidad como estadio o presupuesto para la culpabilidad, pero sin contenido «imputante» y sí en cambio, como constatación de requisitos, que son condiciones de aquella⁴⁶. Como puede verse, la comprensión de la libertad aquí expuesta difiere del planteamiento de von Liszt.

3. Pienso que este aspecto de la libertad ya fue visto, en cambio, por el Finalismo cuando se atribuye a la acción final el carácter de estructura lógico-objetiva, lo cual trae consigo que la acción sea final o no sea tal. Dicha percepción supone un giro metodológico respecto al planteamiento habitual de la teoría del delito naturalista, no tanto porque se trate de un concepto novedoso, cuanto porque material y metodológicamente aporta un contenido y enfoque distinto. La finalidad de la acción es esencial a esta. Y dicha finalidad se aporta en la elección. Pero eso no supone afirmar que en el acto de volición se encuentre presente la conducta completa en toda su relevancia moral y jurídica⁴⁷. Dicha relevancia exige algo más. Ese algo más se basa y apoya en la existencia de un acto mínimo de volición del sujeto por el bien que le presenta el intelecto.

4. El empleo de pautas en el actuar, propio de la libertad antropológica se ve enriquecido con el ejercicio de la volición por el bien que el entendimiento presenta al agente. Se trata de una elección que pone de manifiesto que es libertad innata y, a la vez, retrospectiva, puesto que en clave de imputación nos permite atribuir al agente como un hecho (y lo correspondiente cabría decir para la omisión) el proceso en el que se ve inmerso. En este sentido, la volición como elección básica se puede identificar con el *ejercicio* –aunque sin agotarlo– de la *libertad antropológica*.

4.3. La elección moral o voluntariedad

1. He adelantado ya que la elección básica o volición no permite alcanzar un sentido completo de la acción humana, sino que es preciso completar su contenido, tanto en el

⁴⁴ V. LISZT, «Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts» en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, II, 1905 (reimpr., 1970), pp. 84 y s., r.t.; EL MISMO, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 2ª ed., 1884, p. 138.

⁴⁵ Así, en V. LISZT, *Das deutsche Reichsstrafrecht auf Grund des Reichstrafgesetzbuchs*, 1881 (reimpr., 1997), p. 64: «Das Verbrechen ist wie das Delikt Handlung. Es ist willkürliche, d.h. bewusste und durch Vorstellungen bestimmte, körperliche Bewegung. Es ist Verwirklichung des Willens, wenn wir unter Willen nicht mehr verstehen, als jenen psychischen Art, durch welchen die motorischen Nerven unmittelbar in Erregung versetzt werden.»; «Die Körperbewegung hat Veränderungen in der Außenwelt zur Folge...» (p. 65). Véase *Lehrbuch*, 26ª ed., 1932, p. 143.

⁴⁶ Particularmente claro en el V. LISZT de la 4ª ed. del *Lehrbuch*, 1891, p. 160, en donde la imputabilidad es la determinabilidad de la voluntad, aunque nada tiene que ver con la libertad (véase *ibidem*). En la 1ª ed., 1881, § 25, en p. 95, *sub I*, «la imputabilidad [Zurechnungsfähigkeit] es la *capacidad jurídico-penal de acción*», lo cual «es decir, la capacidad de *ser hecho responsable jurídico-penalmente*» (r.t.); igualmente, 2ª ed., 1884, § 36, pp. 135 y s., *sub II*, pero se añade *ibidem*, *sub II*, en p. 135, que la imputabilidad reúne una serie de presupuestos de la psique del agente que permiten establecer una relación entre resultado y culpabilidad.

⁴⁷ En ese sentido, se trata de una libertad –si se me permite– en su mínima expresión, en cuanto que se trata de una opción básica y todavía no de una manifestación plena del sujeto. Véase el sentido que da HERZBERG, *Willensfreiheit und Schuldvorwurf*, 2010, pp. 37 a 40, a la por él denominada «kleine Willensfreiheit».

aspecto intelectual como en el volitivo. Esta diferenciación puede aportar luces para enriquecer el estudio de la elección o libre albedrío. En efecto, como ya se dijo, en virtud de la vinculación de la libertad antropológica, la libertad básica (*sub* IV.1), todo actuar es elegir. Aunque actúa quien opta, quien se pronuncia sobre una pauta de conducta con el fin de alcanzar un objetivo, y no otro, no actúa de igual manera quien paga sus impuestos, frente a quien prefiere salvar su vida entregando la bolsa al ladrón. En este último sentido, el obrar es tal porque hay elección básica o volición (*supra*, *sub* 4.2), pero no hay en tal caso libertad completa. Puede haberla en los otros ejemplos: quien paga sus impuestos, quien abona el servicio al taxista o quien da una limosna.

No puede decirse que hay libertad plena en el caso de la elección mínima, por mucho que exista en tales casos una opción. Pero la existencia de múltiples o variadas opciones no transforma la elección en plenamente libre. Es aquí donde hace falta enriquecer el concepto de elección y de libre albedrío para dar contenido a la libertad como libertad plena. Y ello puede venir de diferenciar la *volición* básica o mínima de la *voluntariedad*⁴⁸, la cual se daría cuando el agente opta por el bien de manera más humana y no solo porque carece de otras opciones. Volición y voluntariedad serían de este modo las dos formas de la voluntad, sin identificarse ni separarse totalmente. Y como a la voluntad (ahora, como voluntariedad) precede la facultad intelectual, también aquí es preciso diferenciar en esta facultad. Así, es oportuno separar el acto intelectual de conocer (véase *supra*, 4.2, párr. 1) del que podríamos denominar de *saber*. Afirmamos en su momento (*ibidem*) que *conocimiento* y *volición* eran los actos integrantes de la elección básica, y ahora podemos decir que *saber* y *voluntariedad* constituyen los integrantes de la elección moral (o sencillamente del «obrar con voluntariedad»). En ambos casos operamos en la retrospectiva, es decir, hacia el pasado, por el hecho realizado: imputamos primero el hecho sobre la base de conocimiento y volición. E imputamos el hecho, ahora como meritorio o reprochable, sobre la base del saber y la voluntariedad. La libertad que se exige para imputar en el primer nivel de imputación (*supra*, *sub* 4.2) es la mínima opción o apertura básica del sujeto a obrar conforme a pautas: basta con tener una opción en ese momento. En cambio, la libertad que se exige ahora es una libertad plena, basada en la elección con motivos razonables, «a conciencia». En efecto, la libertad no se predica de igual manera cuando se opta en el primer caso (mera volición) que cuando se quiere en el segundo (con voluntariedad). Es ahora cuando adquiere sentido pleno⁴⁹: cuando el agente, no sólo *conoce* lo que hace, sino además, cuando *sabe* lo que hace: cuando actúa y cuando percibe lo que su actuar significa⁵⁰.

2. Este querer dotado de sentido (que denomino «voluntariedad») se hallaría presente en toda conducta humana que tomamos como libre. Esta libertad, como la de la volición, operaría *en la retrospectiva*, pero a diferencia de ella, sería *adquirida* y no innata.

⁴⁸ Véase nota 19 (2008), p. 442. Más por extenso, *ibidem*, pp. 439 a 446.

⁴⁹ La libertad psicológica debe trascender la esfera meramente psicológica (yo diría: de la volición) para adquirir su dimensión práctica: es entonces cuando se completa y se hace enteramente humana (yo diría: con la voluntariedad): véase LLANO, *El futuro de la libertad*, p. 80.

⁵⁰ Con palabras de SPAEMANN, *Personas*, p. 192, que recuerdan a las de Aristóteles, se podría afirmar: «Para ser libre uno tiene que ser capaz de hacer lo que quiere. Pero para poder hacer lo que se quiere, es preciso *saber* lo que se quiere» (r.t.).

i) Como *libertad adquirida*, no sería algo que viene dado al ser humano por ser tal, sino que se logra en cada caso, pues depende de actos concretos del sujeto, de modo que se adquiere y desarrolla, a diferencia de la que se tiene de manera innata. Por tanto, cabe apreciar distinciones según actos –los hay libres en sentido pleno, como también los hay que suponen un abuso de la libertad– y según agentes –en cuanto que podemos afirmar que obran siendo plenamente libres o solo libres por extensión–. En tal sentido, aun siendo todos los sujetos humanos capaces de libertad (antropológica) y de elección básica (volición), no todos muestran igual libertad en su ejercicio, pues no todo hecho humano es atribuible en cuanto tal, como plenamente libre. De este modo, al no tratarse ahora de la libertad innata sino adquirida, no se ve comprometido el ser humano mismo, sino solo su perfeccionamiento como tal ser humano (y como ser social, según veremos *infra*, sub 4.4).

Y ii) además, en este segundo juicio de imputación (propiamente de «imputación de segundo nivel») se opera, por parte del sujeto imputante, hacia el pasado, de ahí que digamos que se orienta a la *retrospectiva*. Sus objetos son *hechos*, como ya vimos para la elección básica o volición, pero ahora además se trata de hechos que poseen un contenido completo, en cuanto que son percibidos por el agente como ajustados o no a pautas, como buenos o malos, como justos o injustos. Partiendo de que ya existe un hecho imputado porque hubo volición, ahora se trata de imputarlo como *meritorio*, como reprochable o simplemente como ajustado a las pautas que rigen.

3. La libertad como voluntariedad ya fue intuida por la doctrina clásica de la imputación. La idea viene a completar la de volición. Estamos en el plano en el que se mueve la categoría sistemática de la culpabilidad de la teoría del delito (con terminología de la doctrina de la imputación, se trataría de la *imputatio iuris*). Es en este nivel cuando el agente, no solamente muestra su libertad antropológica básica, sino que además opta o actúa (con volición) y, además, de él se puede afirmar si obra en sentido pleno o no, según adopte pautas a conciencia de lo que hace, es decir, si adopta esas pautas como motivos vinculantes por los que se compromete. Es decir, que decimos de él que obra libremente si emplea en concreto reglas que comprometen, que vinculan a quien las adopta. Y cuanto más comprometen, más libre es el sujeto: así, las reglas morales que afectan más directamente al sujeto lo caracterizan en la misma medida como libre, mientras que las reglas de la mera utilidad dicen menos de la moralidad de la persona⁵¹. Y ello porque el sujeto agente se muestra como tal cuanto más y mejor uso hace de su capacidad de seguir las pautas que hace suyas.

Por tanto, empleamos la idea de libre albedrío, al menos de dos maneras. Por un lado, si el sujeto conoce que obra, y si además conoce que obra bien o mal; si conoce que mata y sabe

⁵¹ La potencialidad de obligarse mediante reglas presupone conocer la regla de acción referida a lo que se percibe como bien. Por eso, el desconocimiento del bien, de la regla, excluye la imputación en este segundo nivel. Faltaría entonces la libertad. El desconocimiento invencible –distinto es para el vencible– sobre la antijuricidad de la conducta impide la imputación en este nivel (la culpabilidad). En cuanto a la disposición de que el desconocimiento de la norma no exime de su cumplimiento (art. 6.1 código civil), es preciso tener en cuenta que puede configurarse como una incumbencia (que funda en algunos casos la imputación extraordinaria del desconocimiento culpable, vencible); a su vez, no puede olvidarse la mención (española) al desconocimiento del Derecho (*ibidem*).

que matar está prohibido; si conoce que está obrando y sabe que está obrando bien o mal... De forma paralela, más allá del Derecho penal, la libertad se predica de lo voluntario, pero más aún de lo que es perfectivo. La libertad no se afirma de igual manera en cada uno de esos dos grupos de casos. Para ser libre es preciso que el artífice *conozca* las circunstancias del obrar, pero eso no significa siempre que *sepa* además que su obra es lícita (o ilícita), buena (o mala), correcta (o incorrecta), etc. En el primer caso se habla de la *volición* como libertad básica, mínima, requerida para poder afirmar de algo que constituye un hecho; o, sencillamente, para afirmar que alguien *ha obrado*. En el segundo caso, hablamos de una libertad más específica, necesaria para afirmar de alguien que *ha obrado bien o mal*. Cuando damos entrada, en cambio, a éste, la libertad se puede designar mejor con el término «voluntariedad», expresión que propongo para resaltar el *compromiso* del artífice por el objeto de su obrar percibido como bien⁵².

Para afirmar la libertad plena, es preciso afirmar, no sólo que el sujeto *conoce* lo que hace (que permite seguidamente afirmar de él que obra con volición), sino que además y a la vez *sabe* lo que hace (que permite también afirmar de él que obra con voluntariedad). Volición y voluntariedad son así dos formas distintas de referirse a la libertad. El juicio de reproche que se encierra en la culpabilidad presupone -y, por tanto, implica- que se ha obrado con volición (luego existe un hecho) y afirma además que el hecho se ha realizado con voluntariedad (luego tal hecho es meritorio o reprochable). De modo que afirmar que un agente ha *obrado voluntariamente* es lo mismo que decir que obró con volición y además con voluntariedad. Ambos sentidos de libertad se corresponden respectivamente con los contenidos de los juicios de imputación de primer nivel (o *imputatio facti*) y la de segundo nivel (o *imputatio iuris*) de la doctrina de la imputación⁵³.

Este enfoque difiere del planteamiento de Welzel sobre el poder actuar de otro modo («anders handeln können»), que se sitúa en la base de la culpabilidad. Según dicho autor, la culpabilidad se basa en la *capacidad del sujeto de obrar de otro modo*⁵⁴, la cual sin embargo no se reconduce a la libertad de elección, sino que consiste en la posibilidad de que el sujeto en la concreta situación en

⁵² He empleado esta dualidad «volición»/«voluntariedad» en otro lugar, a propósito de la traducción propuesta para los términos alemanes empleados por HRUSCHKA («willentlich»/«freiwilllich», respectivamente). Véase *Imputación y Derecho penal*, p. 188, N. del T. (nota *). Es preciso distinguir en la obra moral de Aristóteles la volición (ἐκούσια) y la «elección» (προαίρεσις), y es preciso diferenciar dos planos en la imputación (*facti, iuris*). No descarto que sean expresión de la dualidad que aporta la προαίρεσις sobre la mera ἐκούσια, pues si la «elección» es movida por la conciencia del bien, estaremos en el ámbito de la voluntariedad que se describe en el texto; la mera volición carece en cambio de esa plenitud que da sentido completo a lo imputado. La potencialidad de obligarse mediante reglas presupone conocer la regla, las normas, que surgen de la percepción del bien. Por eso, el desconocimiento del bien, de la regla, excluye la imputación. Faltaría entonces la libertad.

⁵³ Según ha expuesto en otro lugar SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito, pássim*.

⁵⁴ Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, pp. 138 a 141; EL MISMO, «Persönlichkeit und Schuld», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (60), 1941, pp. 428 a 474, 453, 456. Véase también CEREZO MIR, *Derecho penal. Parte general*, 2008, pp. 744 y s.; LUZÓN PEÑA, *InDret* 3/2012, p. 7, nota 6. WELZEL entiende la culpabilidad como «estructura lógico-objetiva» (WELZEL, «Naturrecht und Positivismus», en EL MISMO, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, p. 284; véase RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Métodos para el conocimiento del Derecho*, 1987, p. 88), esto es, como una de las estructuras o relaciones del mundo de lo real que vinculan relativamente al legislador (WELZEL, en ID., *Abhandlungen*, pp. 283 y s.) y que tiene *ya incorporada* dimensión de sentido (véase RODRÍGUEZ PANIAGUA, *ibidem*, pp. 86 a 88; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 1992, p. 58; 2010, pp. 93 y s.), evitando así la visión kantiana de separación entre ser y deber ser (véase WELZEL, *ZStW* (60), 1941, p. 454, nota 53).

que se hallaba, hubiera podido actuar de acuerdo con las exigencias del Derecho; ello fundamenta el reproche que se le dirige. La dualidad de sentidos de la voluntariedad puede servir para distinguir matices en la idea de libertad⁵⁵.

4. Si se acepta la dualidad ahora propuesta de volición y voluntariedad, entiendo que la libertad se perfila, no como mera opción, ni tampoco como suprema autonomía. La libertad a la que puede acceder la imputación humana es la que se dilucida al atribuirnos entre las personas un obrar por motivos razonables⁵⁶, por «razones atendibles» por el sujeto que imputa (lo cual abre la posibilidad de que la imputación jurídica sea diversa según la época o las circunstancias político-sociales; como también que la imputación de un hecho en Derecho penal sea diversa de la que se efectúa en otros sectores normativos⁵⁷). En concreto, esa libertad accesible a la imputación humana se entiende como capacidad de compromiso con el bien⁵⁸. Ello presupone ciertamente la volición, pero también indefectiblemente la voluntariedad. No hay libertad sin opción voluntaria por el bien percibido como tal, lo cual exige que lo que mueve al obrar sea el bien captado y no el miedo a una pena o el deseo del premio (en los hechos supererogatorios a efectos del mérito) *como únicos motivos*. Esta libertad apela a la capacidad del sujeto de determinarse por el bien percibido como tal, que quedaría expresado en la regla de conducta en cuestión, y que el sujeto percibe y *asume*. Dicha libertad se hallaría a mitad de camino entre la libertad como mera opción (arbitrariedad, el aspecto «negativo» de la definición kantiana) y la libertad entendida como autonomía (el aspecto «positivo» de la definición kantiana).

4.4. Las libertades políticas

1. Finalmente, nos referimos a las libertades públicas, cívicas, políticas, las de las declaraciones de derechos. Es un concepto que constituye la bandera del liberalismo⁵⁹, tanto frente al poder, como frente a los otros. Y en Derecho penal conecta más con la libertad como bien a proteger (libertad ambulatoria, libertad de expresión, etc.) que como condición del actuar. Esta faceta de la libertad no parece que sea libertad en sentido estricto, por cuanto se aplica a lo que no es necesario, y en la libertad política empleamos la expresión libertad como por oposición a «vivir socialmente sin sometimiento a la “bota del

⁵⁵ Crítico con el fundamento de la culpabilidad en el finalista «poder actuar de otro modo», FEIJOO SÁNCHEZ, en *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, p. 220.

⁵⁶ Véase *supra*, notas 8 y 9. Para otros -JAKOBS, «El principio de culpabilidad» (orig., 1993; trad., Cancio), en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, p. 392- «la función del principio de culpabilidad es independiente de la decisión que se tome en cuanto a la cuestión del libre albedrío».

⁵⁷ Entiéndase: no en cuanto a la operación en sí de imputar, sino en cuanto a los criterios exigidos para cada una de sus categorías.

⁵⁸ De forma que no se trata tanto de dilucidar si hay determinación o indeterminación respecto a factores internos o externos, sino de una supradeterminación («Überdetermination»), en cuanto que el agente capta una peculiar relación de sentido en lo que hace, y se decide precisamente en virtud de tal relación. Véase Arth. KAUFMANN, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2ª ed., 1976, pp. 279 a 282. Es así como me parece que puede superarse la crítica que efectúa FRANKFURT, *La importancia de lo que nos preocupa*, pp. 11 a 23, 61 a 73, a lo que denomina «principio de posibilidades alternativas» como - falso, véase *ibidem*, pp. 11 y 139- fundamento de la moralidad: no se trata de una posibilidad lógica, sino de que la opción del agente parezca aceptable, asumible, por el sujeto imputable en una concreta comunidad. Se trataría, por tanto, de una posibilidad valorativa, de que resulte aceptable o no el motivo por el que se obró.

⁵⁹ Es más: que se vincula con la modernidad (véase BERLIN, *Dos conceptos de libertad y otros ensayos*, p. 57).

poder”»: se trataría de una metáfora para la vida sin verse constreñido al ejercicio del poder⁶⁰. Sin embargo, pienso que merece el nombre de libertad⁶¹, por cuanto designa la proyección social de la conducta humana, que a pesar de sus características propias –que ahora expongo– se basa en una libertad más profunda, la antropológica y la de elección.

2. Esta libertad es de carácter *adquirido* y opera en la *prospectiva*. A diferencia de la libertad antropológica, las libertades públicas son i) de carácter adquirido: es decir, se trata de libertades que se ejercen, se poseen, pero también cabe pensar en que se pueden negar, restringir, limitar, como *de facto* ha sucedido en la historia y sucede aún hoy (y seguirá sucediendo en la medida en que exista Derecho penal); y ello, a diferencia de la libertad antropológica –o sencillamente, libertad, que no se ve menoscabada–, sino que existe en quien es ser humano. Al igual que la de la voluntariedad, como *libertad adquirida* que es, no sería algo propio del ser humano por ser tal, sino que dependerá de singulares actos del agente, de tal modo que este los adquiere y desarrolla en mayor o menor medida, a diferencia de la que se tiene de manera innata. Esta faceta de la libertad, que podemos denominar las «libertades», es posible por ser humana, pero se da por derivación, de modo que pueden faltar, y el sujeto privado de ellas no deja de ser humano, aunque sí deja de desarrollarse como tal, de crecer como ser social, en concreto. De este modo, las libertades se dan en mayor o menor medida, pues dependen de su ejercicio, de la atribución o su reconocimiento.

Además, ii) las libertades operan como ámbitos de acción, de modo que se proyectan hacia el futuro, se hallan *orientadas a la prospectiva*, en cuanto abren posibilidades de actuar, intervenir en la vida social... Que se encuentren orientadas a la prospectiva significa que posibilitan la acción y desarrollo del ser humano, como también sucede con la libertad antropológica. Y a diferencia de lo que caracteriza a la volición y voluntariedad, que operan para imputar procesos como hechos y como hechos meritorios o reprochables, ahora las libertades abren ámbitos de conductas futuras, es decir, operan en la prospectiva.

3. Esta faceta de la libertad podría reconducirse sencillamente al ámbito de las «libertades», en cuanto que se trata de identificar los ámbitos de conductas que se abren ante el sujeto en la sociedad. Y se aplica a sujetos humanos aunque no ejerzan *de facto* su libertad de elección (volición y voluntariedad): así, para no nacidos, niños, incapaces, reclusos, inmigrantes... Por eso, podría incluso dudarse de su carácter de libertad. Sin embargo, pienso que hay motivos suficientes para continuar predicando de estas realidades su carácter de faceta de la libertad: por cuanto se refieren a ámbitos de conducta plenamente humanos por ser sociales y por referirse a realidades que posibilitan el desarrollo del ser humano. Con todo, me parece oportuno reservar este espacio para las libertades, pues permite diferenciar esta realidad de la libertad tanto antropológica como del libre albedrío.

No cabe desconocer que algunos planteamientos, como el de K. Günther, dan entrada a las libertades políticas como condición de la imputación. A su modo de ver, el pluralismo de nuestra

⁶⁰ Estas «libertades políticas» serían, según entiendo, lo que para BERLIN, *Dos conceptos de libertad y otros ensayos*, pp. 47 a 60, es la *libertad negativa*.

⁶¹ Véase la exposición que traza DAHRENDORF, *La libertad a prueba. Los intelectuales frente a la tentación totalitaria* (orig., 2006; trad., Madrigal Devesa), 2009, pp. 40 a 49.

sociedad actual reclama una fundamentación más sólida de la imputación y del concepto de persona, que él busca en un concepto «moral» de sujeto vinculado a su carácter social y político⁶². Con todo, la idea de libertad en cuanto «libertades» es reduccionista si no se completa con los restantes aspectos.

4. Hasta aquí lo que he denominado la «síntesis de la libertad», en cuanto que pretendía superar la fragmentación propia de la analítica de la libertad, y dar con el sentido y contenido de esta realidad. Ahora, con estos instrumentos conceptuales pienso que hemos podido dar una visión sintética, en cuanto completa o integradora de la libertad. Así, se puede percibir que dentro de la idea de libre albedrío es preciso distinguir dos formas de ejercer la voluntad, una es expresión de la libertad innata y la otra de la libertad adquirida. Asimismo, ideas como las de libertad *de* y libertad *para* pueden ganar en nitidez como también en contenido, pues no es lo mismo hablar de libertad en sentido antropológico que en sentido político: ambas afectan al sujeto humano, pero la primera va de suyo con el ser humano, mientras que la segunda, las segundas, las libertades públicas, son adquiridas y por tanto cabe pensar en su ejercicio mayor o menor sin menoscabo de la libertad de carácter básico.

5. Algunas consecuencias de este planteamiento

Me refiero ahora a algunas consecuencias de este planteamiento de la libertad para el Derecho penal. Concretamente, referidas al concepto mismo de libertad (párr. 1), sus repercusiones en cuanto al dolo (párr. 2), y a los contenidos de la imputabilidad (párr. 3), y al fundamento de la culpabilidad (párr. 4).

1. Uno de los problemas del enfoque para aproximarse al tema puede ser que asimilamos la libertad al *género conceptual* de otras ideas, de modo que le exigimos o esperamos de ella lo que no puede aportar. Así, en concreto, para unos la libertad es vista como cosa empírica, como algo a comprobar; y, como nunca se ve, no es posible aportar comprobaciones de ella. Para otros, la libertad es un concepto a demostrar deductivamente, desde unos principios; pero esta vía no lleva muy lejos, pues se exige que previamente sean asumidos estos, y suelen ser los que se rechazan⁶³. Otros la entienden como realidad intersubjetiva, como un

⁶² Véase K. GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit. Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat*, 2005, pp. 232 a 243. Ese fundamento más sólido de la imputación vendría dado por un concepto «moral» de persona vinculado a su carácter social y político: la idea de «persona deliberativa» (pp. 245 y s.), aquella a la que se puede atribuir la capacidad de «crítica» (en cuanto distanciamiento) respecto a las conductas propias y ajenas, y la capacidad de adoptar decisiones susceptibles de modificar sus manifestaciones y acciones con base en determinadas razones; concepto de claro componente político, en cuanto democrático (es presupuesto de los procesos democráticos: p. 249), pero también de consecuencias prácticas: «Con el concepto de culpabilidad se trata de la autocomprensión de los ciudadanos como personas en Derecho libres e iguales» (p. 258). Al respecto, véase SÁNCHEZ-OSTIZ, «Recensión a Klaus GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit. Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat*, Vittorio Klostermann (Juristische Abhandlungen, Band 45), Fráncfort d.M., 2005», *InDret* 03/2006.

⁶³ Sobre la «lógica implacable» tras la negación del libre albedrío, véase CUERDA RIEZU, *El legislador y el Derecho penal (una orientación a los orígenes)*, 1991, pp. 28 y s., glosando la expresión de GIMBERNAT «teoría

mínimo consensuable, y por tanto, mudable, pero útil para cada necesidad o ámbito social; pero difícilmente conceptuable. Para otros, en fin, la libertad es el resultado de la inducción desde diversos y abundantes casos, incluido el de la propia actuación de quien lo afirma, pero que es muy endeble porque no se aporta una definición.

Pero ¿qué *cosa* es la libertad? Cabe apuntar lo siguiente: la libertad comparece cuando imputamos: por tanto, con claridad en la volición o elección básica y en la voluntariedad o elección moral; y por eso también cuando reflexionamos sobre la propia acción (operaciones de autoimputación) o cuando nos referimos a la de terceros (de heteroimputación). Pero no es tan fácil de percibir en su faceta de libertad antropológica, por cuanto es de carácter prospectivo. Su carácter innato es reconocible por el propio agente y se halla en la base de las operaciones de imputación (de la volición y voluntariedad). En todo caso, escapa a aprehensiones conceptuales habituales: es trascendental, en cuanto no empírica. Eso es lo propio de la libertad antropológica⁶⁴. Podrá negarse, ignorarse o darse por supuesta, pero siempre en ejercicio de la propia libertad. Pero no es una cosa, ni un argumento, ni una cuestión de fe, ni un mero concepto consensuado.

En la medida en que la operación de atribuirnos libertad tiene lugar entre personas y en sociedad, se requiere también tener en cuenta que la libertad es atribuida, y por ello no cabe desconocer la dotación que aporta el contexto intersubjetivo en el que se emite el juicio sobre la libertad. Ello se evidencia de manera más clara en la libertad de carácter adquirido, es decir, en la *voluntariedad* y en *las libertades*. En efecto, la libertad se afirma en la atribución que nos hacemos unos a otros, tanto en las múltiples relaciones humanas cotidianas, como en el concreto proceso judicial de que se trate. Al atribuirnos libertad, entra en juego una operación de mutuo reconocimiento que no es arbitrario o casual⁶⁵, sino que se basa en la propia experiencia, como también en el respeto de la información con la que es racional contar sobre datos biológicos y psicológicos..., y también en la consideración social de las consecuencias de una atribución u otra⁶⁶. Se trata por tanto de operaciones de atribución de sentido que cuentan con criterios de racionalidad⁶⁷. Lo cual conduce a contar con que hay

del dominó». Sobre ésta, véase GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, pp. 140 a 161, 142, quien, sin embargo, «salva» la posibilidad del Derecho penal aun tras la caída de la culpabilidad y el libre albedrío (p. 158).

⁶⁴ Esta libertad es trascendental, en cuanto que queda más allá de lo empírico. Y se atribuye a la racionalidad humana, que se da tanto en el entendimiento como en la voluntad. En cuanto al entendimiento, se trata de la ilimitada o irrestricta apertura del entendimiento a todo objeto y de la voluntad a todo bien (MILLÁN-PUELLES, *El valor de la libertad*, pp. 48 y 50). Sobre la legitimidad de tales planteamientos, véase *supra*, 4.1, párr. 5.

⁶⁵ Es decir, que no es fruto de una conexión irracional, mágica o mítica –si se quiere–, sino producto de nuestro modo –bastante consolidado, por cierto– de entendernos.

⁶⁶ En tal sentido, la disponibilidad de medios de reacción frente a un caso con visos de ser considerado propio de una patología (medidas de seguridad eficaces, por ejemplo), dependerá mucho de cuáles sea los avances de la ciencia (calificación como enfermedad, posibilidades de curación...) y su disponibilidad en nuestra sociedad.

⁶⁷ Sobre el valor de los datos científicos en las construcciones normativas, véase MOLINA FERNÁNDEZ, «¿Culpabilidad sin libertad?», en CANCIO MELIÁ/FEIJOO SÁNCHEZ, *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, 2008, pp. 220 a 224. Lo que queda por ver es el grado de vinculación e interdisciplinariedad entre lo científico y lo normativo, que Molina propone sea el de respeto a la *misma* «realidad» a través de un acceso de complejidad estratificada en cuya cúspide se hallarían las construcciones normativas (*ibidem*,

una base empírica como también un componente de consenso y discursividad en la atribución de libertad⁶⁸ (método mixto). Y lo racional es prestar atención tanto a la base empírica como a las condiciones de atribución social de la libertad.

Dicho de manera resumida, la libertad comparece de diversa manera en cada faceta de las cuatro expuestas: cuando imputamos –sea en nuestras relaciones humanas cotidianas, sea en los juicios de atribución de responsabilidad penal– se llega a la libertad de manera *inductiva*, desde los casos singulares se abstrae y conceptualiza. En cambio, comparece por *demonstración*, de forma deductiva, en la libertad antropológica. Y es *reconocida* cuando nos referimos a las «libertades».

2. Lo que he expuesto sobre la elección –más en concreto, sobre la doble elección (como volición y como voluntariedad)– me obliga a pronunciarme sobre el contenido y función del *dolo*. Así, entiendo que a sendas formas de elección como voluntad preceden otras dos formas de ejercicio de la facultad de conocer. No hay nada querido que no sea previamente conocido. En efecto, a la volición debe preceder la percepción de lo que se «quiere» en dicha operación, por sencilla o simple que sea. En concreto, dicha operación de la volición consistiría en la elección mínima, la cual exige una opción⁶⁹. Por mísera que sea la elección entre opciones disponibles es preciso conocer éstas, de modo que a esa volición primaria y básica precede el conocimiento, igualmente primario y básico de lo que se elige. Asimismo, a la voluntariedad precede el conocimiento propio de esta elección: puesto que la elección es autodeterminación por el bien captado como tal bien, el conocimiento que precede a esta elección es de otro orden, es conocimiento sobre el sentido de la acción. A quienes partimos de un concepto cognoscitivo de *dolo* nos surge la duda de si ambas formas de conocimiento (previas a sendas formas de voluntad) constituyen el *dolo*. A mi modo de ver, el *dolo* no se identificaría específica y únicamente con ninguna de esos niveles de conocimiento, pero tampoco se prescinde de ellos. No es que exista un tercer nivel, ni superior ni intermedio, sino que la operación de identificación de una conducta como dolosa es el producto de la imputación como hecho del proceso en el que el sujeto se ve inmerso, a la que sigue la operación de medición, valoración (la tipicidad). Y es en esta operación en la que el conocimiento inicial se ve valorado (en la *applicatio legis ad factum* según terminología de la doctrina de la imputación; o de la *tipicidad*, según las teorías del delito). Así como el conocimiento inicial, previo a la volición, se imputa (en un juicio de imputación de primer nivel o *imputatio facti*, permitiendo entonces que el proceso en el que el sujeto se ve inmerso sea imputado como hecho), el *dolo* es el resultado de la valoración de dicho conocimiento desde el punto de vista de la tipicidad concreta con la que se valora el hecho ya imputado. De este modo, podemos hablar de una doble función u operatividad del *dolo* al imputar algo como hecho y al valorar ese hecho como doloso: primero, como conocimiento que precede a la volición, y que permite imputar el proceso como hecho; y

pp. 226 y s., y 228 a 232); véase también la versión inicial de dicho trabajo: EL MISMO, «Presupuestos de la responsabilidad jurídica: análisis de la relación entre libertad y responsabilidad», en *ADPCP* (50-3), 2000, pp. 169 a 283.

⁶⁸ Véase *supra*, nota 17.

⁶⁹ Véase *supra*, nota 47.

después como valoración de ese conocimiento en sede de tipicidad, y que posibilita valorar el hecho como «subjetivamente» típico⁷⁰.

3. A su vez, este enfoque del libre albedrío hacia la elección (tanto la básica o volición, como la moral o voluntariedad) saca a relucir el problema de la categoría sistemática de la *imputabilidad* de las teorías del delito. Las numerosas causas que excluyen la imputabilidad, y el concepto mismo de imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad dificulta elaborar un sistema. El sistema, sin embargo, ha de ser completo y consistente. La proliferación de factores que condicionan la imputabilidad obstaculiza la elaboración de un sistema, por cuanto desconocemos el criterio con el que se ordenan los conceptos, así como la amplitud y número de factores, por cuanto varían según las diversas legislaciones nacionales. Lo señalado ahora sobre la volición y voluntariedad puede ser de utilidad para ordenar los contenidos de la imputabilidad. Y dicho esquema puede evidenciarse si se toman en cuenta las dos operaciones que permiten hablar de culpabilidad (en terminología de la doctrina de la imputación, la *imputatio iuris*): el saber y la voluntariedad. Así sí es posible proceder a elaborar un sistema. Todos ellos se podrían reconducir a las facultades intelectivas y volitivas, respectivamente; y como opera en el ámbito de la elección moral, en concreto, a lo que hemos denominado *saber* y *voluntariedad*. Este planteamiento lleva consigo que la mera existencia de una enfermedad psíquica, o de un estado de desconocimiento de la norma, o la presencia de una situación de necesidad coactiva, no dan razón por sí solas de lo que se efectúa en el juicio sobre la culpabilidad. En este se imputa como *culpable* el *hecho* que ha sido valorado como *antijurídico*. Para lo cual, se precisa «saber» y «voluntariedad». Y ello no será posible, si o bien el agente desconoce la norma (sea por defecto patológico, sea por defecto de socialización), o bien es insuficientemente capaz de obrar conforme a dicha norma conocida (sea por padecer una patología, sea por carecer de resortes morales para oponerse a las propias inclinaciones o a las amenazas de un tercero). La situación psicológica del agente constituye un sustrato que no basta para decidir la cuestión de la imputación, que ha de establecerse por vía de juicio de atribución y no de mera constatación de requisitos legales. Esta cuestión se expresa en un juicio de imputación en sentido estricto que atiende a si el agente puede comprender las normas y obrar conforme a esa comprensión. Ambos elementos pueden estar determinados tanto por la enfermedad psíquica o una situación de intoxicación, como por una situación de necesidad coactiva o un error sobre la antijuricidad. Con otras palabras: la norma puede ser eventualmente desconocida, tanto por el enfermo, como por quien yerra; y no «pueden» obrar conforme a la norma, tanto el amenazado, como ciertos enfermos. Distintos son, en cambio, el origen de esas situaciones y la valoración que de ellas podamos hacer⁷¹. El elemento determinante de la imputación, o de la no-imputación, es el efecto que produce ese sustrato en el agente (método mixto). De este modo, la voluntariedad no se comprueba o se constata, sino que se atribuye.

⁷⁰ Para los *elementos subjetivos del injusto* podría afirmarse que comparecen también, primero en el hecho que se imputa, y después en su valoración como típico a los efectos del delito en cuestión.

⁷¹ Lo cual influirá en la imputación de carácter extraordinario (como error vencible, como provocación de su defecto de imputabilidad) que se realice al sujeto.

4. Desde estos planteamientos nos preguntamos si obra *libremente quien delinque*. La pregunta es razonable pues se ha afirmado más arriba que la voluntariedad es una faceta de la libertad de carácter adquirido, por lo que de ella depende el desarrollo de la persona, pero también admite diversos niveles de realización y cumplimiento. En concreto, se afirma en tal planteamiento que solo se obra con voluntariedad cuando el agente se comprometa por el bien percibido como tal. Lo primero no parece darse en la conducta del delincuente, quien opta por cometer el delito por la razón que sea (cualquiera, pero no parezca que sea por percibir el bien como tal, sino por odio, venganza, avaricia, placer..., o incluso «por hacer justicia»). En consecuencia, aun ejerciendo su libertad básica (antropológica) y obrando con volición, carecería de esa voluntariedad que es el requisito del pleno libre albedrío. Entonces, ¿por qué le castigamos?, ¿por qué castigamos en Derecho penal si el delincuente no obra con pleno libre albedrío? A mi modo de ver, la respuesta es que la libertad existe ya con la potencia básica o libertad antropológica, y con el ejercicio de la volición; es decir, en las facetas de la libertad innata; y no necesariamente en la faceta de libertad adquirida: con esa base de la libertad innata se daría ya el mínimo de intervención personal para poder imputar; lo cual significaría que no se precisa la libertad para la culpabilidad. Esto es, a pesar de que no exista la voluntariedad en sentido pleno, se atribuiría con base en un mal uso de la libertad, por un actuar al margen de lo que el agente debía realizar. De este modo, la atribución de responsabilidad penal se basaría, no en que efectivamente exista y se emplee, sino en el mal uso de ella. Lo cual explica que el juicio de culpabilidad dirija un *reproche* al agente por la conducta antijurídica. Esta visión significa que la culpabilidad no se basa propiamente en la libertad (como si tras tanto tiempo planteándonos el «poder actuar de otro modo», resultase que la cuestión no estaba ahí). Lo que sin duda se basa en la libertad es el Derecho, «lo moral». En cambio, en sede de culpabilidad penal la cuestión es otra: la de ese mal uso de la libertad. Lo cual apela a las necesidades preventivas y en última instancia al grado de exigibilidad que cabe esperar del concreto sujeto en el caso singular⁷². Por tanto, el Derecho penal, cuenta con la libertad, pero eso no significa ni que se exija la libertad plena y perfecta, ni que se trate de su único fundamento⁷³.

5. En definitiva, no apporto una definición única de la libertad, sino cuatro facetas o aspectos de ella. En puridad, se podría reservar la denominación de *libertad* para la antropológica,

⁷² Con lo que volvemos a la idea que ya planteaba SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 413: «culpabilidad es exigibilidad».

⁷³ Más allá del determinismo, las diferencias surgen en cuanto se pretende dar contenido a esta libertad. Crítico con la fundamentación de la imputación en el libre albedrío, K. GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, pp. 2 a 4 (sin embargo, el propio K. GÜNTHER, en *Jenseits des Rechtsstaatlichen Strafrechts*, pp. 72 y 89, parte de la base de que sin libertad no es posible el Derecho). Véase también en sentido crítico, para fundamentar el Derecho penal, GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, pp. 142 a 157; MIR PUIG, *DP. PG*, 9ª ed., 2011, 20/39 a 41 (el «poder actuar de otro modo»). Véase, en cambio, CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3ª ed., 2002, XI/48. Una vía distinta es la emprendida por MOLINA FERNÁNDEZ, «Presupuestos de la responsabilidad jurídica (Análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (4), 2000, pp. 57 a 137, 85 a 94, cuando propone una tesis ecléctica que intenta conciliar los avances de la ciencia con la pretensión de indeterminismo: véase pp. 122 a 137; pero el punto de partida de dicho autor (concepción meramente empirista de la persona: p. 125) reduce su planteamiento a una cuestión de perspectivas.

que es innata y prospectiva, en cuanto que es la que identifica más plenamente al ser humano. *Volición* y *voluntariedad*, cada una con sus diferencias según sea innata o adquirida, operan en el ámbito del denominado «libre albedrío», y permitirían distinguir dentro de éste según matices que a veces suelen pasar por alto. Finalmente, las *libertades políticas* vendrían a designar ámbitos de desarrollo personal: libertad adquirida y orientada a la prospectiva.

6. Final

Me proponía indagar el sentido y significado de la expresión «libertad» cuando la empleamos en Derecho penal, tanto para ser negada como para ser reafirmada. Espero haber podido aportar alguna luz al respecto. No me parece que haya logrado resolver uno de los temas que vienen ocupando a la humanidad desde hace siglos. Eso sería pretencioso. En todo caso, estas reflexiones ponen de manifiesto que tanto su afirmación como su negación son muestras de libertad.

7. Bibliografía

Juan ARANA (2005), *Los filósofos y la libertad. Necesidad natural y autonomía de la voluntad*, Madrid.

Manuel CANCIO MELIÁ (2012), «Psicopatía y Derecho penal: Algunas consideraciones introductorias», en Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ (ed.), *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, Cizur Menor, Navarra, pp. 261-286.

Isaiah BERLIN (2008), «Dos conceptos de libertad» (orig., 1958, 1969), en *Dos conceptos de libertad y otros ensayos* (trad., Rivero), Madrid.

Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE (1991), «Freiheit und Recht, Freiheit und Staat», en EL MISMO, *Recht, Staat, Freiheit* (erweiterte Aufgabe), Fráncfort d.M.

José CEREZO MIR (2008), *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Montevideo.

Joaquín CUELLO CONTRERAS (2002), *El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3ª ed., Madrid.

Antonio CUERDA RIEZU (1991), *El legislador y el Derecho penal (una orientación a los orígenes)*, Madrid.

Ralf DAHRENDORF (2009), *La libertad a prueba. Los intelectuales frente a la tentación totalitaria* (orig., 2006; trad., Madrigal Devesa), Madrid.

Eduardo DEMETRIO CRESPO (2011), «Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal», *InDret 2/2011*, pp. 1-38.

Eduardo DEMETRIO CRESPO (dir.)/Manuel MAROTO CALATAYUD (coord.) (2013), *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas*, Montevideo, Buenos Aires.

Karl ENGISCH (1965), *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2.ª ed., Berlín.

Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ (ed.), *Retribución y prevención general*, Montevideo, Buenos Aires, 2007.

- EL MISMO (2011), «Derecho penal y neurociencias. ¿Una relación tormentosa?», en EL MISMO (ed.), *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, pp. 71-168 (*InDret 2/2011*, pp. 1-58).

- EL MISMO (2012), (ed.), *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, Cizur Menor, Navarra.

- EL MISMO (2012), «Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias», en EL MISMO (ed.), *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, pp. 215-259.

Wolfgang FRISCH (2012), «Sobre el futuro del Derecho penal de la culpabilidad», en Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ (ed.), *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, Cizur Menor, Navarra, pp. 19-70.

Enrique GIMBERNAT ORDEIG (1990), *Estudios de Derecho penal*, Madrid.

- EL MISMO (1970), «¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?» («Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (82), pp. 405-410.

Javier GOMÁ (2009), *Ejemplaridad pública*, Madrid.

Ana Marta GONZÁLEZ (2006), *Moral, razón y naturaleza. Una investigación sobre Tomás de Aquino*, 1998, 2ª ed., Pamplona.

Klaus GÜNTHER (2005), *Schuld und kommunikative Freiheit. Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat*, Fráncfort d.M.

- EL MISMO (2007), «Die naturalistische Herausforderung des Schuldstrafrechts», en Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a. M. [ed.], *Jenseits des Rechtsstaatlichen Strafrechts*, Fráncfort d.M.

Jürgen HABERMAS (2006), «Das Sprachspiel verantwortlicher Urheberschaft und das Problem der Willensfreiheit: Wie lässt sich der epistemische Dualismus mit einem ontologischen Monismus versöhnen?», *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* (54), pp. 669-707.

Winfried HASSEMER (2011), «Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal», *InDret* 2/2011, pp. 1-14.

Georg Wilhelm Friedrich HEGEL (1830), *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften*, Hamburgo, 1969.

Rolf Dietrich HERZBERG (2010), *Willensfreiheit und Schuldvorwurf*, Tübinga.

Joachim HRUSCHKA (2005), *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, ed. a cargo de Pablo Sánchez-Ostiz, Cizur Menor, Navarra.

Günther JAKOBS (2012), «Culpabilidad jurídico-penal y “libre albedrío”» (trad., Cancio), en Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ (ed.), *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, Cizur Menor, Navarra, pp. 197-213.

- EL MISMO (1997), «El principio de culpabilidad» (orig., 1993; trad., Cancio), en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, pp. 365-393.

- EL MISMO (2012), «Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica» (orig., 2005; trad., Feijoo), en Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ (ed.), *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, Cizur Menor, Navarra, pp. 169-196.

Alain FINKIELKRAUT (2006), *Nosotros, los modernos* [orig., 2005; trad., Montes], Madrid.

Inmanuel KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, AA (Akademie Ausgabe: Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, Berlín), IV.

- EL MISMO, *Kritik der praktischen Vernunft*, AA (Akademie Ausgabe: Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, Berlín), V.

- EL MISMO, *Die Metaphysik der Sitten*, AA (Akademie Ausgabe: Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, Berlín), VI.

Arthur KAUFMANN (1976), *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2.ª ed., Heidelberg.

Franz v. LISZT (1881), *Das deutsche Reichsstrafrecht auf Grund des Reichstrafgesetzbuchs*, Berlín, Leipzig, 1881 (reimpr., Goldbach, 1997); 2.ª ed. (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*), Berlín, Leipzig, 1884; 4.ª ed., Berlín, 1891; 26.ª ed., 1932.

- EL MISMO (1882), «Der Zweckgedanke im Strafrecht» (orig., 1882), en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, I, Berlín, 1905 (reimpr., Berlín, 1970), pp 126-179.

- EL MISMO (1893), «Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts» (1893), en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, II, Berlín, 1905 (reimpr., Berlín, 1970), pp 75-93.

- EL MISMO (1899), «Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft» (lección inaugural en la Universidad de Berlín, 1899), en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, II, Berlín, 1905 (reimpr., Berlín, 1970), pp 284-298.

Diego-Manuel LUZÓN PEÑA (2012), «Libertad, culpabilidad y neurociencias», *InDret* 3/2012, pp. 1-59.

Alejandro LLANO (1985), *El futuro de la libertad*, Pamplona.

- EL MISMO (2002), *Fenómeno y trascendencia en Kant*, 1973; 2ª ed., Pamplona.

Abraham Irving MELDEN (1949), «La volición» (orig., 1949), reproducido en WHITE (ed.), *La filosofía de la acción* (trad., Block), Madrid, 1976, pp. 104-115.

Antonio MILLÁN-PUELLES (1995), *El valor de la libertad*, Madrid.

Santiago MIR PUIG (1990), *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Barcelona, 1990; 9ª ed., Barcelona, 2011.

Fernando MOLINA FERNÁNDEZ (2000), «Presupuestos de la responsabilidad jurídica (Análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (4), pp 57-137 («Presupuestos de la responsabilidad jurídica: análisis de la relación entre libertad y responsabilidad», en *ADPCP* (50-3), pp. 169-283).

- EL MISMO (2008) «¿Culpabilidad sin libertad?», en CANCIO MELIÁ/FEIJOO SÁNCHEZ, *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Cizur Menor, Navarra, pp. 207-232.

Alexander PFÄNDER (1911), *Motivos y motivación* (orig., 1911; trad., García Morente), Madrid.

Mercedes PÉREZ MANZANO (2011), «Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia», *InDret* 2/2011, pp. 1-39.

Harold Arthur PRICHARD (1949), «Acto, volición, deseo» (orig., 1949), reproducido en White (ed.), *La filosofía de la acción* (trad., Block), Madrid, 1976, pp. 88-103 («Acting, Willing, Desiring», *Moral Obligation. Essays and Lectures*, Londres..., 1949, pp. 187-198).

José Antonio RAMOS VÁZQUEZ (2013), *Ciencia, libertad y Derecho penal*, Valencia.

Martin RHONHEIMER (2000), *La perspectiva de la Moral. Fundamentos de la Ética Filosófica* (trad. Mardomingo), Madrid.

Paul RICŒUR (1977), *El discurso de la acción* [orig., 1977; trad., Calvo], Madrid, 1981.

José María RODRÍGUEZ PANIAGUA (1987), *Métodos para el conocimiento del Derecho*, Madrid.

Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ (2006), «Recensión a Klaus Günther, *Schuld und kommunikative Freiheit. Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat*, Vittorio Klostermann (Juristische Abhandlungen, Band 45), Fráncfort d.M., 2005», *InDret* 03/2006.

- EL MISMO (2008), *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, Montevideo y Buenos Aires.

- EL MISMO (2012), *Fundamentos de Política criminal. Un retorno a los principios*, Madrid.

Juan Fernando SELLÉS (2006), *Antropología para inconformes. Una antropología abierta al futuro*, Madrid.

Robert SPAEMANN (2000), *Personas. Acerca de la distinción entre "algo" y "alguien"* (orig., 2000; trad., del Barco), Pamplona.

Bern SCHÜNEMANN (1984), «La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo», en EL MISMO (ed.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales* (orig., 1984; trad., Silva Sánchez), Madrid, 1991.

- EL MISMO (2000), «La culpabilidad: Estado de la cuestión» (trad., Felip. i Saborit/Ragués i Vallès), en VV.AA., *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid, pp. 102-113.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (1992), *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona; 2ª ed., Buenos Aires, Montevideo, 2010.

Tomás Salvador VIVES ANTÓN (1996), *Fundamentos del sistema penal*, Valencia; 2ª ed., Valencia, 2010.

Hans WELZEL (1969), *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Berlín.

- EL MISMO (1941), «Persönlichkeit und Schuld», *ZStW* (60), pp. 428-474.

- EL MISMO (1975), «Naturrecht und Positivismus», en EL MISMO, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlín, Nueva York, 1975.