

Paz M. de la Cuesta Aguado

CULPABILIDAD

Exigibilidad y razones
para la exculpación



UCA

Universidad
de Cádiz

Servicio de Publicaciones
2003

Dykinson, S.L.

CULPABILIDAD

Exigibilidad y razones para la exculpación

PAZ M. DE LA CUESTA AGUADO

CULPABILIDAD

Exigibilidad y razones para la exculpación



UCA

Universidad
de Cádiz

Servicio de Publicaciones
2003

Dykinson, S.L.

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistemas de recuperación, sin permiso escrito del AUTOR y de la Editorial DYKINSON, S.L.

© Copyright by
Paz M. de la Cuesta Aguado
Madrid, 2003

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 84-9772-212-4
Depósito Legal: SE-49-2004

Preimpresión por:
iCubo S.L.
<http://www.icubo.com> e-mail: info@icubo.com
Teléfono (91) 855 14 64

Impreso por:
Publidisa

A Marina

ÍNDICE

Primera Parte. LAS BASES

CAPÍTULO I. SOBRE EL TÉRMINO "CULPABILIDAD"	13
I. INTRODUCCIÓN.....	13
II. EVOLUCIÓN TERMINOLÓGICA EN ESPAÑA EN EL SIGLO XIX.....	15
1. En la primera mitad del siglo XIX	15
A) <i>En el CP de 1822</i>	15
B) <i>Marcos Gutiérrez</i>	16
C) <i>Pacheco</i>	18
2. En la segunda mitad del siglo XIX	20
A) <i>El CP de 1848 y el CP de 1850</i>	20
B) <i>El CP de 1870 y la obra de Silvela</i>	23
III. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO "CULPABILIDAD" EN EL SIGLO XX EN ESPAÑA	25
1. Respecto del vocablo "culpabilidad"	25
2. Respecto del principio de culpabilidad	29
IV. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE "CULPABILIDAD" EN ALEMANIA.....	32
V. RECAPITULACIÓN.....	41
VI. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN LA ACTUALIDAD	53
 CAPÍTULO II. CULPABILIDAD JURÍDICA O CULPABILIDAD MORAL.....	 59
I. DE LOS ELEMENTOS COMUNES ENTRE MORAL Y DERECHO	59
1. Introducción	59
2. La Moral y el Derecho penal.....	67
3. Recapitulación	73

II.	REPROCHABILIDAD Y CULPABILIDAD	74
1.	El fundamento de la culpabilidad en la reprochabilidad	74
A)	<i>Culpabilidad como expresión de un reproche fundamentado en la idea de "poder"</i>	76
a)	"Poder actuar de otro modo"	76
b)	"Poder motivarse por la norma" y racionalidad preventiva ..	80
c)	La generalización del modelo de destinatario de la norma ..	84
B)	<i>Culpabilidad como expresión de un reproche fundamentado en actitudes o vivencias</i>	86
2.	Moralidad y culpabilidad jurídica	88
A)	<i>Sobre reprochabilidad y reproche</i>	88
B)	<i>Juicio de desvalor ético social y culpabilidad jurídica</i>	89
III.	RECAPITULACIÓN.....	92
	CAPÍTULO III. CULPABILIDAD Y LEGITIMACIÓN	97
I.	INTRODUCCIÓN.....	97
II.	MODELOS DE SOCIEDAD Y DE FUNDAMENTACIÓN DEL <i>IUS PUNIENDI</i>	103
1.	Sociedad moderna e ideologías legitimadoras	105
A)	<i>Retribucionismo</i>	105
B)	<i>Prevención general negativa.....</i>	109
C)	<i>Prevención general positiva.....</i>	118
D)	<i>Prevención especial.....</i>	124
E)	<i>Teorías mixtas o eclécticas.....</i>	127
3.	Sociedad actual o sociedad tecnológica: La Paradoja de la subjetividad social	128
A)	<i>El problema de la legitimidad del dominio en la sociedad actual</i>	129
B)	<i>Legitimación del dominio y subjetividad social</i>	132
III.	EL MODELO DE "HOMBRE" EN LA SOCIEDAD HODIERNA: LA PERSONA COMO CENTRO DE PODER SOCIAL	135
1.	Biocentrismo: el individuo social	136
2.	La persona como centro de poder	138

3.	El medio social democrático	140
4.	La capacidad de realizar afirmaciones que implican compromisos inferenciales	142
IV.	EL MODELO DE <i>IUS PUNIENDI</i>: MOMENTO NORMATIVO <i>VERSUS</i> MOMENTO COACTIVO	144

Segunda Parte. LOS PRESUPUESTOS

CAPÍTULO IV. RECONOCIMIENTO SUBJETIVO Y EXIGIBILIDAD DEL DERECHO PENAL INJUSTO		153
I.	INTRODUCCIÓN	153
II.	EL PROBLEMA DEL "DERECHO INJUSTO"	157
1.	Razones morales de lo justo	157
2.	Interrelaciones entre Moral y Derecho penal con fines de legitimación subjetiva desde el punto de vista del destinatario de la norma jurídico-penal	160
	<i>A) Conflictos normativos con eficacia social deslegitimadora</i>	162
	<i>B) Conflictos normativos que no generan deber de infringir la norma jurídico-penal</i>	162
	<i>C) Conflictos normativos que generan un deber de actuar contrario a la norma jurídico-penal: Anomia débil</i>	163
III.	LA OBLIGACIÓN JURÍDICA DE OBEDECER AL DERECHO	165
1.	Introducción	165
2.	La obligatoriedad jurídica de la norma válida	168
	<i>A) Sobre las consecuencias de la permisividad</i>	168
	<i>B) Sobre la validez de la norma</i>	172
3.	Modalidades de disenso	174
	<i>A) El relativismo ético y disenso ideológico</i>	174
	<i>B) Tratamiento jurisprudencial del disenso ideológico</i>	177
	<i>C) El disenso derivado de razones prácticas (intereses de primer y de segundo orden) y su reconocimiento jurisprudencial</i>	179
IV.	CONCLUSIONES	185

Tercera Parte. LA PROPUESTA

CAPÍTULO V. LA RECONSTRUCCIÓN DE LA CULPABILIDAD	195
I. RACIONALIDAD, MORALIDAD Y DERECHO PENAL	195
II. CULPABILIDAD, RACIONALIDAD Y LEGITIMACIÓN	198
1. Introducción	198
2. La reconstrucción racional de la culpabilidad	201
III. ÉTICA FORMAL Y FUNDAMENTO MATERIAL DE LA CULPABILIDAD	204
IV. LA FUNCIÓN DE LA CULPABILIDAD	209
 CAPÍTULO VI. LA EXIGIBILIDAD.....	 215
I. LA CULPABILIDAD COMO EXIGIBILIDAD	215
1. La comprobación de la exigibilidad	219
2. El juicio de exigibilidad	219
II. CAPACIDAD AUTONORMATIVA DEL SUJETO.....	223
1. El concepto de capacidad autonormativa	223
2. Revisión del concepto de "integridad moral"	224
3. Definición del concepto de integridad moral y delimitación de competencias.....	227
III. PROPUESTA: JUICIO DE EXIGIBILIDAD EN TRES NIVELES	229
1. Primer nivel del juicio de exigibilidad: Respeto a la integridad moral	231
2. Segundo nivel del juicio de exigibilidad: Principio de respeto a la Dignidad de la Persona.....	234
3. Tercer nivel del juicio de exigibilidad: El principio de igualdad ante la ley	239
IV. EPÍLOGO	242
BIBLIOGRAFÍA	245

Primera Parte
Las Bases

CAPÍTULO I

SOBRE EL TÉRMINO "CULPABILIDAD"

I. INTRODUCCIÓN

Según el diccionario de la lengua española, culpabilidad es "la calidad de ser culpable"¹. A estos efectos, por calidad ha de entenderse "propiedad o conjunto de propiedades inherentes a una cosa que permiten apreciarla como igual, mejor o peor que los restantes de su especie". Esta definición que da el diccionario de la lengua española de culpabilidad hace depender el concepto culpabilidad del adjetivo "culpable"². Sin embargo, la culpabilidad es un sustantivo abstracto que debería de tener su propio contenido, de la misma forma que sucede con otros sustantivos abstractos, por ejemplo, con "amistad".

Esta carencia de definición incluso en el lenguaje coloquial nos indica, ya, las dificultades que previsiblemente nos encontraremos para intentar definir el concepto de culpabilidad. Pero de esta primera aproximación terminológica se puede intuir el origen histórico del concepto culpabilidad y ayudar a entender su significado, al menos, desde un punto de vista histórico. El sustantivo "culpabilidad" se forma a partir del adjetivo "culpable" que, a su vez, procede del sustantivo "culpa".

¹ Según CASTILLA DEL PINO, C., *La culpa*, Madrid 1981, p. 264, "la conciencia de culpa es la actualización del conflicto a que hemos llegado en nuestra relación con la realidad —es decir, con los otros y con nosotros mismos...— a través de una decisión errada, esto es, de una praxis responsablemente inadecuada". ..."es preciso hacer que la persona adquiera conciencia de su realidad respecto de su culpa y de su responsabilidad".

² "que tiene culpa o se le imputa" o "delincuente responsable de un delito"

En momentos anteriores a la República Romana, la voz "culpa" poseyó un significado muy amplio que hacía referencia tanto a "imputabilidad", como a "culpabilidad" en general. Posteriormente la expresión "culpa" fue usada para designar la imprudencia y la negligencia, por lo que tuvo un sentido ambivalente³. En nuestro sistema jurídico histórico no se utiliza el concepto de culpabilidad con el significado jurídico actual hasta aproximadamente el primer tercio del siglo XIX. Aunque se afirma que Alfonso de Castro, teólogo y jurista del siglo XVI, utilizaba en ocasiones el término culpa en un sentido muy actual. En su principal obra *De potestad legis poenalis* recurre a los términos *peccatum-culpa* dándoles una significación jurídico-penal. En este caso, el término culpa casi siempre aparece en el sentido de culpabilidad subjetiva entendido más bien como quebrantamiento de la orden de la conciencia⁴. Tampoco lo utiliza LARDIZABAL⁵ quien, sin embargo, sí que habla del principio de dolo o culpa como princi-

³ JIMENEZ DE ASUA, L., *Tratado de Derecho penal*, tomo V *La culpabilidad*, Buenos Aires, Argentina 1976, p. 89. También QUINTANO RIPOLLES, A., *Derecho penal de la culpa (Imprudencia)*, Barcelona 1958, pp. 1 ss.

⁴ RODRÍGUEZ MOLINERO, M. *Origen español de la ciencia del Derecho penal. Alfonso de Castro y su sistema penal*, cit., p. 221. O en otras ocasiones utiliza el término culpa como equivalente a delito (p. 222). Puede verse también *Alfonso de Castro (antología)*, selección realizada por Juan del Rosal, Madrid 1942, p.34: "la ley penal es la ley que fija la pena que se debe infligir a una persona por una culpa contraída", "basta para que la pena lo sea, que, preestablecido por la ley, dirá relaciona la culpa del condenado". P. 45: "la pena impuesta no debe exceder la gravedad de la culpa". P. 48 "Para medir directamente la gravedad de un delito no basta con extender escuetamente la mera calidad de esta, sino que es preciso, además, analizar las principales circunstancias de la culpa y del culpable, ya que tales circunstancias pueden agravar, atenuar y en suprimir por completo la culpa". En el sentido del texto se pronuncia JIMENEZ DE ASUA, L., *Tratado de Derecho penal, tomo V La culpabilidad*, cit., p. 88.

⁵ LARDIZABAL URIBE, M., *Discurso sobre las penas*, 1782. Puede verse en *REP* (174) 1966. Con importantes citas bibliográficas BALDO LAVILLA, F./ SILVA SÁNCHEZ, J.M., "Introducción al pensamiento penal de la ilustración española. Ley penal en Manuel de Lardizabal y Uribe" en *Documentación jurídica* XV, 60 (1988), p. 1611, nota 1.

pio limitador de la responsabilidad que excluye la responsabilidad por el resultado y el *versari in re illicita*⁶.

II. EVOLUCIÓN TERMINOLÓGICA EN ESPAÑA EN EL SIGLO XIX

1. En la primera mitad del siglo XIX

A) En el CP de 1822

En cuanto a la ley positiva, el CP de 1822 distingue entre "delito" y "culpa". Utiliza el término "delito" para referirse a lo que nosotros calificamos de delito doloso y "culpa" para designar lo que hoy calificaríamos de delito imprudente. En este sentido, según el art. 1.2 del CP de 1822 "come te culpa el que libremente, pero sin malicia, infringe la ley y por alguna causa que puede y debe evitar"⁷. En esta línea el art. 3 del CP de 1822 disponía que "a ningún delito ni culpa se impondrá nunca otra pena que la que le señale alguna ley promulgada antes de su perpetración". Y el art. 26 del mismo CP reconoce que "tampoco se puede tener por delincuente ni culpable al que comete la acción hallándose dormido".

De todo ello podríamos concluir que para el CP de 1822 hay que distinguir entre "delito y culpa" y entre "delincuente y culpable". "Delito" sería el hecho típico y antijurídico doloso; y "delincuente", el autor "culpable" –según nuestra concepción actual– de un delito (doloso). "Culpa, por el contrario sería el término utilizado para designar el hecho típico y antijurídico realizado sin la diligencia debida (imprudencia) y "culpable" sería el

⁶ Puede verse en BALDO LAVILLA, F./SILVA SÁNCHEZ, J.M., "Introducción al pensamiento penal de la ilustración española. Ley penal en Manuel de Lardizabal y Uribe", cit., pp. 1620 y 1628.

⁷ Esto mismo sucedió con algunos códigos hispano americanos citados por JIMENEZ DE ASUA, L., *Tratado de Derecho penal*, tomo V *La culpabilidad*, cit., p. 119.

autor responsable de un delito imprudente. De esta forma, podría afirmarse que "delincuente" es a delito (doloso) lo que "culpable" es a "culpa" (delito imprudente).

Por tanto, a diferencia de lo que se entiende actualmente por la doctrina, "crimen" sería el género, con dos especies que serían el delito (crimen doloso) y la culpa (crimen imprudente). En la doctrina actual, el género es "delito" y las especies podrían ser en atención a la voluntad, doloso e imprudente, y en atención a la modalidad de la acción, (delitos) de acción y de omisión. No obstante, este significado al que hemos hecho referencia "convive" con la utilización del término "culpa" en expresiones como la del art. 627: "o tenga involuntariamente la culpa de su muerte". "Tener la culpa" se identifica aquí con "ser responsable" o "haber originado" involuntariamente la muerte. Pero el auténtico significado aparece oculto tras un "juego de palabras" entre "culpa" como sinónimo de delito imprudente y "culpa" como sinónimo de haber "originado".

B) Marcos Gutiérrez

Marcos Gutiérrez, en su *Discurso sobre los delitos y las penas*⁸ distingue, en el sentido del CP de 1822, entre delito –como delito doloso– y culpa –como delito imprudente–. El autor de una culpa –delito imprudente– será culpable⁹. Culpado será quien ha recibido el reproche penal y es merecedor de la pena¹⁰. La medida de la pena habrá de ser la cualidad y la calidad del delito, pero no la culpabilidad, término que no utiliza¹¹. En su lugar utiliza el término "imputabilidad". Así lo hace en los Axiomas Décimo y

⁸ MARCOS GUTIERREZ, J., *Discurso sobre los delitos y las penas*, Tomo III, sin lugar, sin fecha, p. 15.

⁹ MARCOS GUTIERREZ, J., *Discurso sobre los delitos y las penas*, cit., p. 16. Véase también p. 26

¹⁰ MARCOS GUTIERREZ, J., *Discurso sobre los delitos y las penas*, cit., p. 32: "este es la correccion del culpado, para que intimidado conel castigo no vuelva a delinquir".

¹¹ MARCOS GUTIERREZ, J., *Discurso sobre los delitos y las penas*, cit., 19.

Undécimo¹². Sigue en ello a FILANGIERI, para quien "una acción no es imputable sino cuando es voluntaria¹³; donde no puede haber voluntad, no puede haber delito"¹⁴. FILANGIERI asentaba la responsabilidad en la imputabilidad, categoría que no constituía ni un mero antecedente de la culpabilidad ni un elemento separado del delito. Otros autores, como ROMAGNOSI deslindaban entre imputación física e imputación moral. Sólo cuando concurriera ésta cabría hablar de responsabilidad penal¹⁵. El delito se concebía como "acción voluntaria" entendiendo el vocablo "voluntad" en sentido amplio, que incluía tanto la manifestación externa de la acción libre, como la capacidad de discernir y elegir o el conocimiento de la naturaleza peligrosa y reprochable de la acción¹⁶. A partir de la Ilustración, lo esencial del delito empieza a ser que se ocasione un daño social ("la verda-

¹² Axioma décimo: "Por no ser imputable el acaso, o caso fortuito, no deben las leyes castigarlo, más si la culpa por la razón contraria". Undécimo Axioma: "Si la culpa es menos imputable que el dolo, porque en éste hay deseo de violar la ley, y en aquella solo le hay de esponerse al riesgo de violarla, en una misma acción, la pena de la culpa nunca deberá ser igual a la del dolo".

¹³ "Es voluntaria la que depende de la determinación de la voluntad, precedida de los estímulos del apetito, y del conocimiento del fin y de las circunstancias de la acción". FILANGIERI, C., *Ciencia de la legislación*, traducida por J. Rivera, tomo IV, Madrid 1822, p. 93. Los axiomas propuestos por MARCOS GUTIERREZ se basan en la obra de FILANGIERI, quien, literalmente propone: "la culpa supone un efecto diverso del que se había propuesto conseguir el que obra... No es pues imputable el acaso; pero lo es la culpa... porque no falta enteramente el conocimiento" "en esta (la culpa) no hay voluntad de violar la ley, pero hay voluntad de esponerse al riesgo de violarla" (op. cit., p. 96). "Siendo imputable la culpa, deben castigarla las leyes. Siendo la culpa menos imputable que el dolo, porque en este hay voluntad de violar la ley, y en aquella no hay mas que la voluntad de esponerse al riesgo de violarla; la pena de culpa no deberá jamás ser igual en una misma acción á la del dolo" (op. cit., p. 97).

¹⁴ FILANGIERI, C., *Ciencia de la legislación*, traducida por J. Rivera, tomo III, Madrid 1821, p. 306. Véase también página siguiente.

¹⁵ Puede verse ampliamente en VIRTO LARRUSCAIN, M.J., *El caso fortuito y la construcción del sistema de culpabilidad en el CP de 1848*, Bilbao 1984, pp. 63.

¹⁶ VIRTO LARRUSCAIN, M.J., *El caso fortuito y la construcción del sistema de culpabilidad en el CP de 1848*, cit., p. 64.

dera medida de los delitos, es decir, el daño a la sociedad..." diría BECCARIA¹⁷) y que conlleve un reproche moral (germen de la culpabilidad), que no cabe contra el inimputable porque no tiene capacidad para discernir; no actúa voluntariamente.

Las acciones delictivas se dividen así en voluntarias e involuntarias. Solo las voluntarias son imputables y la voluntad ahora consiste en la voluntad directa de violar la ley, considerando tanto al dolo como a la culpa, acciones voluntarias. De estas fuentes bebe la doctrina clásica en su formulación del concepto de delito¹⁸.

C) Pacheco

En sus *Estudios de Derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid*¹⁹ de 1842, ofrece una visión elaborada de su pensamiento y en las lecciones 4ª a 6ª, la definición del concepto de delito o crimen además del análisis de los elementos que lo integran. En estas lecciones, opta por utilizar ambos conceptos delito y crimen como sinónimos aunque reconoce que no son idénticos²⁰. Crimen o delito es "una infracción libre y voluntaria de los deberes sociales, que no están suficientemente garantidos por sanciones naturales, civiles y administrativas, o bien que reclaman para su afianzamiento, natural y necesariamente la sanción penal"²¹. Con esta definición PACHECO intenta ofrecer los caracteres externos u objetivos del fenómeno delincencial. Pero estos aspectos, que hacen relación al hecho punible, han de ser completados con aquellos otros relacionados con el

¹⁷ BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, cit., p. 140.

¹⁸ Esta concepción de la acción libre se fundamenta ya en el libre albedrío, de donde pasaría a la concepción clásica de la culpabilidad.

¹⁹ PACHECO, F., *Estudios de Derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid*, Madrid 1842.

²⁰ PACHECO, F., *Estudios de Derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid*, cit., p. 88 nota 1.

²¹ PACHECO, F., *Estudios de Derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid*, cit., p. 114.

individuo. Se habla, entonces, de "imputabilidad, o sea las cuestiones que dicen relación con sus perpetradores"²².

Hasta ahora PACHECO ha venido utilizando los términos "culpa", "culpable" e incluso "inculpabilidad"²³ para referirse al merecimiento de sanción o de reproche penal derivado de la comisión intencionada de un crimen o delito (doloso)²⁴. Cuando el autor ha verificado el hecho libremente y con dolo se le llama delincuente y "se le imputa el mal que ha causado y se le hace responsable de él"²⁵.

Para que un hecho considerado como delito sea imputable a su autor y éste sea declarado culpable, según PACHECO, es necesario que concurren tres requisitos:

1. que haya actuado libremente (capacidad de acción y que su voluntad haya sido libremente emitida sin coacción o violencia).
2. conocimiento y voluntad de realizar el hecho.
3. que el hecho haya sido tipificado previamente a su comisión como delito (tipicidad).

Estos tres requisitos conforman el contenido de la culpabilidad²⁶. La "culpabilidad" se define, entonces, como el conjunto de requisitos que con-

²² PACHECO, F., *Estudios de Derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid*, cit., p. 114.

²³ PACHECO, F., *Estudios de Derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid*, cit., p. 99.

²⁴ Y, por tanto, en el ámbito de los delitos dolosos y no de los "delitos imprudentes". La definición que ofrece de "crimen o delito" se reduce a los delitos dolosos pues se exige "intención". Véase PACHECO, F., *Estudios de Derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid*, cit., pp.98, 99, 113 y 115. En ésta última dice "la intención y la libertad, el conocimiento y el poder, son las dos primeras bases de la imputabilidad de los delitos. Lo que en terminología actualizada serían: dolo (conocimiento e intención de realizar el hecho) y "poder actuar libremente" (libertad y poder para actuar).

²⁵ PACHECO, F., *Estudios de Derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid*, cit., p. 115.

²⁶ PACHECO, F., *Estudios de Derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid*, cit., p. 117.

vierten al autor de un delito en responsable del mismo y merecedor de una pena²⁷ y es graduable atendiendo a las características personales del autor y a las que concurren en el hecho e incluso puede ser excusada²⁸. Dentro de las posibles causas que "modifican la naturaleza de la culpabilidad" hay que distinguir entre las que la agravan (circunstancias agravantes) y las que lo disminuyen, distinguiendo en este caso entre "causas de excusa" –que disminuyen la culpabilidad– y "causas de justificación" –que la excluyen completamente²⁹–. No se reproduce, sin embargo, en esta obra, al menos expresamente, la distinción realizada por el CP de 1822 entre delincuente/delito (doloso) y culpable/culpa (delito imprudente). Culpabilidad y culpa hacen referencia al juicio realizado sobre el autor que ha cometido un hecho tipificado como delito con determinados requisitos y que se hace acreedor de sanción penal. El culpable merece sanción penal, el no culpable, no la merece.

2. En la segunda mitad del siglo XIX

A) El CP de 1848 y el CP de 1850

El nuevo CP de 1848 (reformado en 1850 por Real Orden de 30. VI. 1850) extrae de su primer artículo la distinción entre delito como término

²⁷ PACHECO, F., *Estudios de Derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid*, cit., pp. 117 ss.

²⁸ PACHECO, F., *Estudios de Derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid*, cit., p. 128 "¿Había la conciencia del bien y del mal, cuando se ejecuta la acción que generalmente considerada es un crimen? Si la había, crimen fue efectivamente el hecho: la acción es imputable, quien la cometió debe responder de ella. Si no la hubo, tampoco fue crimen lo verificado: la acción no es imputable, el perpetrador se haya exento de culpa. Si por último, hubo conciencia pero no plena, pero no completa y adecuada, cual lo es justamente la del género humano, el crimen se ha modificado y disminuido, la imputabilidad no surte las mismas consecuencias, la culpa y la responsabilidad son notoriamente menores".

²⁹ PACHECO, F., *Estudios de Derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid*, cit., pp. 118.

con el que designar al "delito doloso" y culpa como término para designar al "delito imprudente" y sustituye la distinción de las infracciones criminales en delitos y faltas³⁰, iniciando con ello una diferenciación que nos resulta muy cercana.

Por otro lado se generaliza el concepto de responsabilidad en el CP de 1848 frente al de 1822, siguiendo con ello la posición de PACHECO³¹ que relaciona "responsabilidad" y "culpabilidad"³², entendiendo esta última en el sentido de "merecimiento de sanción penal" derivada de la identificación con "imputabilidad" en sentido amplio —lo que da pie a afirmar a JIMENEZ DE ASUA que PACHECO confunde ambos conceptos³³—.

El término "culpable" aparece por primera vez, en el CP de 1848, en el art. 3 para definir el delito frustrado y la tentativa³⁴. En el mismo sentido,

³⁰ Y ambos se presumen voluntarios salvo prueba en contra.

³¹ PACHECO, F., *El CP concordado y comentado*, 2ª edición, Tomo 1, Madrid 1856, p. 140. Así dice en la p. 51 refiriéndose a la minoría de edad (en la que distingue cuatro periodos): "El primero, en que la ley no reconoce, ni se presta reconocer ninguna culpabilidad, ninguna responsabilidad, porque no admite el necesario discernimiento para justificarla. En el segundo período "cree que pueden ser culpados, y que pueden ser inocentes". En la minoría de edad la diferencia entre culpable e inocente o entre culpable y responsable está en lo que denomina discernimiento o capacidad de discernimiento que define en la página 144 como distinguir una cosa de otra, por las diferencias que hay entre ellas. Sobre esta idea de la vigencia entre culpa y delito como imprudentes e intencionado incide el art. 8.8 del CP comentado tras la reforma del 1850 según el cual "el que con ocasión de ejecutar un acto lícito, con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente, sin la menor culpa ni intención de causararlo".

³² En este sentido también, JIMENEZ DE ASUA, L., *Tratado de Derecho penal, tomo V La culpabilidad*, cit., p. 58.

³³ JIMENEZ DE ASUA, L., *Tratado de Derecho penal, tomo V La culpabilidad*, cit., p. 57.

³⁴ "Hay delito frustrado cuando el culpable, a pesar de haber hecho cuanto estaba de su parte para consumarlo, no logra su mal propósito por causas independientes de su voluntad. Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por los hechos exteriores, y no prosigue en ella por cualquier causa o accidente, que no sea su propio y voluntario desistimiento".

más adelante, puede verse el art. 9.2, según el cual: "son circunstancias atenuantes... la de ser el culpable menor de dieciocho años". Aquí, el término culpable adopta un sentido más amplio que el propio del CP de 1822 (delincuente por imprudencia) y sigue en ello al CP austriaco y al Código napoleónico³⁵. Pero, inmediatamente después, en el punto 3º del mismo art. 9º, recupera el término "delincuente" como asociado a "delincuencia intencional" —esto es, delito doloso— al considerar circunstancia atenuante "la de no haber tenido el delincuente intención de causar todo el mal que produjo".

El CP de 1848 (reformado en 1850) usa por primera vez el término "culpa" en el art. 8º cuando reconoce que "esta exento de responsabilidad criminal... 8ª: el que con ocasión de ejecutar un acto lícito, con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente, sin la menor culpa ni intención de causarlo". El propio PACHECO³⁶ se cuestiona si en este CP —de forma similar a lo que sucedía en el de 1822— el término culpa no tendrá un significado propio, como sinónimo de delito imprudente esto es, el cometido como consecuencia de la realización de un hecho sin la diligencia debida. Concluye afirmando que "culpa jurídicamente es negligencia, ni menos, ni más. Culpado y culpable se toman por lo común en más graves sentidos, y no siguen la índole y alcance y el sustantivo que los engendra"³⁷.

³⁵ PACHECO, F., *El CP concordado y comentado*, cit., p. 192. Véase ANTON ONECA, J., "El CP de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco" en *ADPCP* 18 (1965), pp. 473 a 495.

³⁶ PACHECO, F., *El CP concordado y comentado*, cit., p. 168.

³⁷ PACHECO, F., *El CP concordado y comentado*, cit., p. 168. Continúa diciendo "los autores del Derecho romano la habían dividido la culpa en lata, leve y levisima: nuestra ley, cuando se sirve de ella, indica solo lo que acaba de referirse. Culpa es para nosotros la culpa leve de las aulas: la que se opone a la diligencia racional y común, la que contradice a ese cuidado ordinario y prudente, que es la regla de la humanidad...Cuándo no se observa ésta, entonces es cuando se cae en la culpa". En el mismo sentido también LUIS SILVELA, en *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, 2ª edición, parte 2ª, Madrid 1903, p. 127 "la antigua doctrina de los romanos de que el caso fortuito en otra de responsabilidad de ninguna especie, que sólo puede resultar del dolo, o sea de la intención dañada y maliciosa, o de la culpa, o sea de la omisión del cuidado que a toda persona puede exigirse..."

Con ello PACHECO acaba de deslindar definitivamente los conceptos "culpa" y "culpable". A partir de ahora, "Culpa" seguirá siendo sinónimo de delito imprudente, pero culpable ya no dependerá semánticamente del término "culpa" sino que hará referencia a "culpabilidad". De este modo, a partir de este momento, culpable será el que tiene "culpabilidad" (y merece una sanción penal porque ha cometido una infracción penal) o responsabilidad³⁸. Ello no obsta para que los Códigos penales de 1848 y 1850 designen como delincuente al autor de un delito doloso.

B) El CP de 1870 y la obra de Silvela

La situación dada por del CP de 1848 no se ve alterada, a los efectos que ahora nos interesan, por la entrada en vigor del CP de 1870. Y en cuanto a la doctrina puede afirmarse que las variaciones también son mínimas. Así, en la línea ya iniciada por PACHECO, SILVELA³⁹ (1874) parece preferir sobre el vocablo "culpabilidad"⁴⁰, el de responsabilidad⁴¹ entendida como "la necesidad moral a que está sujeta toda persona de atenerse o estar a las consecuencias que provienen de sus acciones imputables". Sin embargo, cuando se refiere a las circunstancias modificativas opta por calificar-

³⁸ PACHECO, F., en *El CP concordado y comentado*, cit., p. 169 los utiliza como sinónimos y así dice "¿Hay culpabilidad, hay responsabilidad por su parte?"

³⁹ SILVELA, L., *El Derecho penal y estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, cit., p. 125.

⁴⁰ Según JIMENEZ DE ASUA, L., *Tratado de Derecho penal, tomo V La culpabilidad*, cit., p. 58, aunque SILVELA distingue más certeramente que PACHECO entre imputabilidad y culpabilidad, sigue confundiendo responsabilidad.

⁴¹ Así sucede al analizar los conceptos de imputación y responsabilidad. SILVELA, L., *El Derecho penal y estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, cit., p. 127 "si mediante la condición de imputabilidad, los actos son reconocidos como propios de por el agente y como suyos le son atribuidos, nace de aquí la idea entre responsabilidad, que no consiste en otra cosa que en la necesidad moral a que está sujeta toda persona, de atenerse o estar a las consecuencias que provienen de sus acciones imputables".

las como "modificativas de la imputabilidad en el agente"⁴², renunciando al empleo del término culpabilidad⁴³.

Destaca, en la obra de SILVELA, probablemente como reflejo de la situación doctrinal, jurisprudencial y legislativa, la imprecisión con que se utilizan los vocablos que nos vienen preocupando, en especial "culpable" "culpabilidad" y "culpa". Bien podría afirmarse que aún, con el CP de 1870 se están asentando y delimitando conceptos, a la vez, que se perfecciona y evoluciona la teoría del delito.

SILVELA afirma que la "palabra culpabilidad representa lo que en alguna acción libremente ejecutada hay de opuesto, de contrario a la ley que debe regirla. Fijar, por tanto, la culpabilidad de un acto, es descartar, separar en dos aquello que no ha provenido de esa libre determinación, y, hecho esto, valuar su importancia"⁴⁴. "Confúndese a menudo con las nociones de imputabilidad y responsabilidad, pero se diferencia de la primera en que no sólo señala aquello en que el espíritu se ha mostrado como causa libre sino que, además, aprecie su valor y de la segunda en que no determina las consecuencias que habrían de ocasionarse por el hecho imputable como por ejemplo la pena sino tan sólo el mérito del acto en si bien en absoluto, bien en comparación con otros"⁴⁵ ⁴⁶. Algunos autores, además, afirman que el

⁴² Incluye como requisito este autor ya la necesidad del conocimiento de la antijuridicidad del hecho ("la conciencia de que es el Derecho lo que se infringe") como causa que excluye el delito (SILVELA, L., *El Derecho penal y estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, cit., p. 114).

⁴³ SILVELA, L., *El Derecho penal y estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, cit., p. 183.

⁴⁴ SILVELA, L., *El Derecho penal y estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, cit., p. 217.

⁴⁵ Finaliza el libro 2º de la parte primera nombrando los elementos que según él "determinan la culpabilidad de una acción criminal" en los que, en terminología actual, se incluían todos los elementos derivados de la tipicidad, antijuridicidad incluido sujeto activo sujeto pasivo dolo o negligencia fase del iter criminis y circunstancias modificativas de la imputabilidad así como las circunstancias agravantes y atenuantes. En el mismo modo se pronuncia en *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, 2ª edición, parte 2ª, Madrid 1903, p. 130,

vocablo "culpabilidad" "aparece asimismo profusamente utilizado por las leyes procesales del siglo XIX, aunque en un sentido distinto a aquel en que tal expresión es utilizada por la doctrina"⁴⁷.

III. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO "CULPABILIDAD" EN EL SIGLO XX EN ESPAÑA

1. Respecto del vocablo "culpabilidad"

En la doctrina, durante el siglo XX se pueden distinguir dos momentos: el anterior a la recepción de la doctrina alemana, que se efectúa en los años 20-30, aproximadamente, en España y la evolución posterior a la recepción de la dogmática alemana de mano, básicamente, de JIMÉNEZ DE ASÚA, RODRIGUEZ MUÑOZ, CUELLO CALÓN y ANTÓN ONECA, entre otros⁴⁸. En el primer periodo, no hay alteraciones significativas respecto de la doctrina anterior, siendo el desarrollo más importante el que se efectúa tras la implantación mayoritaria en nuestra doctrina del modelo germano.

A partir de este momento, la doctrina más importante se ha ido haciendo eco de la terminología y el debate que se venía desarrollando en la doctrina europea, sobre todo alemana e italiana, si bien, ha ofrecido versiones propias

con referencia al art. 65 de su código que determinaba la medición de la pena hace referencia al culpable como "la persona sobre la que se ha determinado que existe de un delito y se está valorando la pena que le corresponde".

⁴⁶ JIMENEZ DE ASUA, siguiendo a CUELLO CALON, reconoce que el CP español no contiene las nociones de imputabilidad y culpabilidad, sino que más bien parece que engloba estos términos en el concepto de responsabilidad. JIMENEZ DE ASUA, L., *Tratado de Derecho penal, tomo V La culpabilidad*, cit., pp. 122 y 58. CUELLO CALON, E., *Derecho penal*, tomo I, 1956, pp. 368 s.

⁴⁷ CORDOBA RODA, J., *Culpabilidad y pena*, Barcelona 1977, p. 16 citando a Jiménez de Asúa.

⁴⁸ CORDOBA RODA, J., *Culpabilidad y pena*, cit., 15.

de los problemas planteados en torno a la culpabilidad⁴⁹. En cualquier caso, en función de la propia evolución del CP se pueden distinguir tres etapas: una primera, hasta 1983 en que aún se mantenía en nuestro ordenamiento el principio del *versari* (*qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu*); la segunda, desde 1983 hasta el CP de 1995, donde se introduce el principio de culpabilidad, o más estrictamente, de responsabilidad subjetiva⁵⁰ con límites (delitos cualificados por el resultado y preterintencionalidad); y la tercera, desde la entrada en vigor del CP de 1995, y su art. 5 que establece sin restricciones el principio según el cual "no hay pena sin dolo o imprudencia".

En éste último periodo cabe destacar como novedad, la definitiva sustitución del término "culpa" por "imprudencia" en el texto legal, lo que sin duda es una mejora técnica importante, en la medida en que sirve para delimitar conceptos hasta ese momento, como hemos visto, con límites difusos. No obstante, se siguen manteniendo algunas referencias en concretos delitos al "culpable" para designar al autor de un hecho típico, antijurídico, responsable penalmente y merecedor de una pena. Así sucede, por ejemplo, en el art. 169. 1º respecto de la pena que correspondería al "culpable" de un delito de amenazas condicionales, en función de la obtención o no de su propósito.

El hecho de que el término "culpable" se utilice en relación a la cuantía de la pena a imponer, podría recordar la idea de "merecimiento". Sería como si el legislador, una vez determinado que el sujeto "merece" la pena (se ha hecho acreedor del castigo por su actuar) procediera a determinarla, en función en este caso de elementos objetivos⁵¹ —consumación entendida

⁴⁹ Sobre la evolución en España de la teoría de la culpabilidad normativa puede verse PEREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y Prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid 1990, pp. 87 a 92.

⁵⁰ SUAREZ MONTES, R.F., "Artículo 5" en *Comentarios al CP*, dirigidos por M. Cobo del Rosal, Tomo I, Madrid 1999, p. 168.

⁵¹ Lo que indicaría también en la medida de la pena no sólo incide la culpabilidad entendida como conjunto de circunstancias personales del sujeto e individualización de la responsabilidad penal en función de ellas, sino que la cuantía de la pena vendría determinada también por elementos que afectan al tipo de injusto.

como entrega de una parte o toda la cantidad solicitada u obtención del propósito⁵²—.

Por otro lado, el "principio del dolo o culpa" o de responsabilidad subjetiva, entra abiertamente y sin restricciones en el nuevo art. 5, que, según parte muy significativa de la doctrina, no proclama en principio de culpabilidad sino el de imputación o responsabilidad subjetiva, en la medida en que "no garantiza que no pueda haber responsabilidad sin culpabilidad. No garantiza, por tanto, que la responsabilidad penal y la pena requieran como presupuesto la culpabilidad"⁵³.

La jurisprudencia ha estado más ligada que la doctrina a las formas lingüísticas más tradicionales o usadas en el siglo XIX, manteniendo, por ejemplo en uso el término "inculpabilidad"⁵⁴. A ello se une que el tratamiento de la jurisprudencia del concepto de culpabilidad a nivel teórico ha sido limitado y, prácticamente, se centra en el análisis y evolución de la inimputabilidad, aunque existen referencias que finalmente pocas veces tienen trascendencia práctica en el fallo. En este sentido, siguiendo a QUINTERO OLIVARES, se puede distinguir una evolución en tres aspectos: en primer lugar, se va diluyendo el requisito de la base morbosa; en segundo lugar, se admite expresamente que no toda alteración mental debe llevar a la declaración de inimputabilidad y, en tercer lugar, se sitúa "el punto de inflexión entre la inimputabilidad y la capacidad de culpabilidad en la posibilidad de conocimiento de lo que *es justo o moralmente adecuado y lo que es injusto o moralmente reprobable*"⁵⁵.

⁵² Así PRATS CANUT, J.M., en *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, de G. Quintero Olivares y J.M. Valle Muñiz, cit., p. 182.

⁵³ SUAREZ MONTES, R.F., "Artículo 5", cit., pp. 174 s.

⁵⁴ Así STS de 30.1.1998: "la declaración interina de inculpabilidad en que la presunción de inocencia consiste", o la de 20.4.1999: "el estado de necesidad puede ser causa de justificación o causa de inculpabilidad".

⁵⁵ QUINTERO OLIVARES, G., *Locos y culpables*, Pamplona 1999, p. 72. Las cursivas son mías. Tengo interés en remarcar ahora estas afirmaciones a los efectos que después se verán. Pueden verse también las pp. 111 ss.

Con la aceptación mayoritaria por parte de la doctrina española del modelo germano se ha admitido durante mucho tiempo, y en muchos casos así sigue siendo, que el papel de la culpabilidad es el de servir como medida y fundamento de la pena. En la jurisprudencia en ocasiones se hace referencia a este aspecto, pero sin trascendencia práctica y sobre todo desde una perspectiva casi docente cuando se trata de asumir una determinada posición teórica⁵⁶. Este problema, originado por la redacción del CP alemán, en España se veía potenciado, en relación a la culpabilidad como fundamento de la pena (la pena merecida) porque desde finales del siglo XIX se tendía a configurar la culpabilidad como un elemento de contenido moralizante en el que se materializaba el "reproche moral" y del que se deducía el "merecimiento" de pena en clave retribucionista.

Sin embargo, el CP de 1995 ha apoyado la opinión de quienes han defendido que "el problema de la culpabilidad se presenta con un cariz totalmente diferente en las legislaciones que, como sucede con la alemana, además de referirse a la culpabilidad en distintos preceptos, incluyen declaraciones generales *que obligan a los Tribunales en todo caso a decidir sobre la concurrencia de la culpabilidad y lo que ésta significa*, frente a aquéllas otras, como la española, en la que ni la palabra culpabilidad se utiliza en el lenguaje de la ley penal ni existe tal clase de pronunciamiento legal. Por eso, cuando los juristas españoles examinan el sentido y la función de la culpabilidad, muchas veces transportando opiniones de la doctrina alemana, corren el riesgo de olvidar que nuestro problema no es el de dar respuesta e interpretar la palabra "culpabilidad", sino el de analizar *cuanta presencia y qué función de lo que la ciencia llama culpabilidad puede encontrarse en nuestro derecho positivo*⁵⁷.

⁵⁶ Así la STS de 20.2.93 (RJ 1993/1383), que trata de explicar la evolución del tratamiento del CP a los delitos cualificados por el resultado, respecto de la reforma de 1983 afirma que tampoco era una solución satisfactoria pues castigaba igualmente el resultado más grave doloso o imprudente de modo que "el principio de proporcionalidad y aquella regla según la que "la culpabilidad debe ser la medida de la pena" aparecían contradichos por tal punición igualitaria a situaciones en las que la culpabilidad del autor era de distinta gravedad".

⁵⁷ QUINTERO OLIVARES, G., *Locos y culpables*, cit., p. 193.

A las dificultades de delimitación del contenido del concepto de culpabilidad, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia⁵⁸ se unen las introducidas por la Ley Orgánica 5/1995 de 22 de mayo del Tribunal del Jurado, que exige al jurado dos votaciones; una sobre la prueba de los hechos y otra sobre la "culpabilidad o inculpabilidad" del acusado (art. 60.1 de la LOTJ). Habida cuenta de que el sistema implantado en el ordenamiento jurídico español solo admite que el jurado se pronuncie sobre los hechos y no realice una valoración jurídica (pronunciamiento sobre la culpabilidad del reo), el sistema de doble votación –como indica GARCIA ARÁN⁵⁹– no sólo es reiterativo sino introduce un nuevo significado distinto al existente hasta la fecha para el vocablo "culpabilidad" como "valoración de la existencia de la prueba o no según los hechos realizada por el Jurado".

2. Respecto del principio de culpabilidad

Con la definitiva implantación del concepto "culpabilidad" en nuestra doctrina y jurisprudencia, el denominado principio *nulla poena sine culpa* se ha ido asentando bajo el aforismo "no hay pena sin culpabilidad" para describir el contenido propio del principio de culpabilidad. La sustitución de "culpa" por "culpabilidad" –en el enunciado– llama la atención sobre todo, en una época en la que la imprudencia seguía siendo designada como culpa de forma mayoritaria en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, y desde la perspectiva de nuestra tradición jurídica, según la cual la culpa era inicialmente la forma mínima de responsabilidad penal como imprudencia (sin perjuicio de la responsabilidad objetiva o el *versari*) y "culpable" era el delincuente por imprudencia, quizá la mejor traducción sea la que realiza el art. 5 de nuestro CP: "No hay pena sin dolo o imprudencia".

⁵⁸ Así, la STS de 30.1.1998, reconoce la existencia de dos posibles acepciones a culpabilidad: como sinónimo de intervención o participación en el hecho y en sentido normativo como reprochabilidad jurídico-penal.

⁵⁹ GARCIA ARÁN, M., "El llamado principio de culpabilidad: ¿no hay pena sin culpabilidad?" en *Nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor J.M. Valle Muñiz*, de G. Quintero Olivares y F. Morales Prats, Pamplona 2001, p. 413.

En este orden de discusiones, en torno al contenido y significado del principio de culpabilidad – que, entendido como "no hay pena sin culpabilidad", es admitido mayoritariamente– conviene advertir sobre la "imprecisión" de su contenido. Muchos de los autores lo interpretan y utilizan en el sentido de que "no se puede imponer una pena a quien no ha sido declarado culpable", pero no en el sentido hispano-tradicional ciertamente abandonado, sino en el moderno de (–culpable es la–) persona que ha cometido un hecho típico, antijurídico y, además, no concurre ninguna causa de inimpuntabilidad ni de exclusión de la culpabilidad, en el que se incluiría la exclusión de la responsabilidad por el resultado⁶⁰. Además, se suele saltar del elemento "culpabilidad" como categoría del delito al principio de culpabilidad sin previo aviso. Esta forma de entender el contenido del principio de culpabilidad es coherente, en el primer paso de la evolución terminológica, entre los defensores de un modelo (neo-) clásico de culpabilidad, esto es, para quienes en la estructura de la culpabilidad integran como formas de la misma, el dolo y la culpa, pues, para estos autores, todavía, "culpa" es la forma mínima de "culpabilidad".

Sin embargo, se sigue manteniendo la equiparación entre la "culpabilidad" del principio del mismo nombre y la "culpabilidad" como elemento dogmático del delito, entre autores finalistas, para quienes, sin embargo, la "culpa" –*nulla poena sine culpa*– no forma parte de la culpabilidad. La cuestión se torna más complicada, porque aún, muchos autores no exponen cuál es, en su opinión, el contenido del principio de culpabilidad. Aunque honrosas excepciones siempre existen. Y, en este sentido, para CEREZO MIR, el principio de culpabilidad ha de entenderse como "no hay pena sin culpabilidad y la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad". Queda excluido, sin embargo, la tesis doble del principio de culpabilidad, según la cual junto a lo anterior tampoco debería existir culpabilidad sin pena⁶¹. Con ello, estamos ampliando el principio de culpabilidad más allá del

⁶⁰ Véase GIMBERNAT ORDEIG, E. "Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?" en *Estudios de Derecho penal*, 2ª ed., Madrid 1981, p. 108, nota 12.

⁶¹ CEREZO MIR, J., "El delito como acción culpable", cit., p. 20. Véase nota 4 ul. op. cit. con referencias.

de responsabilidad por "culpa" como mínimo. Y replanteando la incidencia de la categoría de la culpabilidad en la fundamentación y límites de la pena.

GARCIA ARAN, en un reciente trabajo, pone de manifiesto cómo la doctrina está de acuerdo en que el art. 5 del CP de 1995 no recoge todo el contenido del principio de culpabilidad, pero que, cuando se trata de definir el contenido de éste, no cabe hablar de unanimidad⁶². En lo que sí es unánime la doctrina es en valorar positivamente el contenido altamente garantista del principio de culpabilidad, cualquiera que sea su contenido (y, por consiguiente, su fundamentación). Se utilizaría, por ello, el principio de culpabilidad –no hay pena sin culpabilidad– como "expresión convenida pese a ser inexacta".

El principio de responsabilidad subjetiva contenido en el art. 5 del CP implicaría que, la responsabilidad penal que deriva en la imposición de una pena solo se podrá generar, al menos, por imprudencia –descartando el caso fortuito o actos no humanos-; personal –y no ajena-; y presupone unos requisitos mínimos de capacidad individual del sujeto y proporción entre la pena y la culpabilidad⁶³. Se diferenciaría del principio de culpabilidad en la tesis amplia mantenida por ejemplo por CEREZO MIR en que, no comprendería a la culpabilidad como fundamento y límite de la pena. De importancia histórica, en nuestro ordenamiento jurídico, de esta primera exigencia del principio de culpabilidad en sentido amplio⁶⁴, el principio de responsabilidad subjetiva, proscribía la preterintencionalidad⁶⁵ y la cualificación por el resultado.

⁶² GARCIA ARÁN, M., "El llamado principio de culpabilidad: ¿no hay pena sin culpabilidad?", cit., p. 403.

⁶³ SUAREZ MONTES, R.F., "Artículo 5", cit., pp. 166 s.

⁶⁴ Primera de las exigencias resultantes del principio de culpabilidad según CORDOBA RODA, J., *Culpabilidad y pena*, cit., p. 19.

⁶⁵ Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, G., en *Comentarios al CP I*, de J. Córdoba Roda/G. Rodríguez Mourullo, Barcelona 1972, pp. 448 ss.

IV. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE "CULPABILIDAD" EN ALEMANIA

En Alemania, la evolución de la culpabilidad no es del todo diferente a la sucedida en España, aún antes de que la doctrina española asumiera la teoría general del delito, aunque sí presenta características específicas. El punto de partida fue la teoría dominante en el Derecho Común de origen escolástico de la teoría de la imputación⁶⁶. En el concepto de delito se distinguía entre *imputatio facti*, que consistía en la imputación objetiva de un resultado a su autor; y la *imputati iuris* donde, desde un punto de vista normativo se analizarían la posibilidad de subsumir tal comportamiento en una norma, así como, según OTTO, la situación en que se encontraba el autor y si había tenido la posibilidad de adecuar su comportamiento a la exigencia normativa⁶⁷. El desarrollo posterior se centra, con HEGEL y sus seguidores, en determinar si la acción era un hecho libre de su autor, y como tal podría ser considerado "su" hecho o *factum*. Pero estas cuestiones referidas a la voluntariedad de la acción no se trataban en el ámbito de la *imputatio iuris*, sino en el de la *imputatio facti*, pues solo era considerado "*factum*" y, como tal, susceptible de imputación en el primer nivel, el derivado de la consciencia y voluntad libre del autor⁶⁸.

El problema de la culpabilidad ("*Schuld*") era tratado en relación con la *imputatio iuris* donde lo que se trata de averiguar es si el autor es *culpable* y *merece una pena*. "*Schuld*" sería un abuso de la libertad de volun-

⁶⁶ Puede verse más ampliamente, con referencias a la tradición escolástica KÖHLER, M., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlín-Heidelber 1997, p. 368. Ejemplo de ello puede ser el comentario al CP de Hessen de 1941, de BREIDENBACH, M., *Commentar über das Grossherzoglich Hessische Strafbuch*, Damstadt 1842.

⁶⁷ OTTO, H., *Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Strafrechtlehre*, 6ª ed., Berlín-Nueva York 2000, p. 197.

⁶⁸ Sobre la evolución del delito puede verse MERKEL, A., *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, Stuttgart, 1889, pp. 29 ss. Véase del mismo, *Die Lehre von Verbrechen und Strafe*, Stuttgart, 1912, pp. 27 ss. Véase el modelo de delito propio de la teoría de la imputación propuesto por VON HOLTZENDORFF, F., *Handbuch des Deutschen Strafrecht*, Berlín 1871.

tad⁶⁹. La teoría de la culpabilidad de BINDING parte de esta perspectiva, que desarrolla. De hecho, este autor muestra una gran preocupación por el origen histórico del concepto jurídico de "*Schuld*", término que también era utilizado en el lenguaje coloquial de forma ambivalente, pero que ya aparecía en el Código de Baviera de 1751⁷⁰, aunque en otros códigos, como el de Hessen de 1841 el término utilizado era el de *Zurechnung*⁷¹. Bajo el término "*Schuld*", BINDING analiza propiamente los problemas de imputación subjetiva, esto es, de la imputación del *factum* a título de dolo (*Vorsatz*) o imprudencia (*Fahrlässigkeit*)⁷², advirtiendo ya que se trata de dos "forma distintas de delito". Ambas, *Vorsatz* y *Fahrlässigkeit* encuentran su antecedente en Derecho romano, respectivamente en los conceptos de *culpa lata* y *dolus malus*, y de *culpa leve*⁷³.

Este autor distingue entre *objektive Tatbestand* y *subjective Tatbestand*⁷⁴. *El principal sería el primero (que versa sobre los problemas que anterior-*

⁶⁹ OTTO, H., advierte que no está claro si la introducción del término *Schuld* se debe a un error de traducción o a que, desde el punto de vista ideológico, era un concepto más idóneo. (*Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Strafrechtlehre*, cit., p. 197.)

⁷⁰ BINDING, K., *Die Normen und ihre übertretung*, 2ª ed., Band II, Hälfte 1, (*Zurechnungsfähigkeit, Schuld*), Leipzig 1914, p. 335.

⁷¹ Véase en BREIDENBACH, M., *Commentar über das Grossherzoglich Hessische Strafgesetzbuch*, cit., pp. 477; 511; 522; 545) Se utiliza en término *Zurechnung* cuando se trata de excluir la imputación, ya sea por lo que hoy designamos como ausencia de acción, como por causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad e inimputabilidad. Así el art. 39 del código, niega la imputación en un sentido similar a lo que hace actualmente el CP alemán en su art. 35 cuando niega la culpabilidad (*ohne Schuld*). Simultáneamente, el art. 40 del CP de Hessen comentado, en referencia a la obediencia debida habla de responsabilidad (*verantwortlichkeit*).

⁷² El Código criminal de Baviera adoptaba el término *merklichen Versen von Unbehutsamkeit* que posteriormente fue sustituido por el actual de *Fahrlässigkeit*. BINDING, K., *Die Normen und ihre übertretung*, cit., p. 332.

⁷³ BINDING, K., *Grundriss des Deutschen Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8ª ed., Leipzig 1913, p. 121 y 122.

⁷⁴ BINDING, K., *Die Normen und ihre übertretung*, cit., pp. 229; 334. En sentido similar SCHÜTZE, Th. R., *Lehrbuch des Deutsche Strafrecht*, Leipzig 1871.

mente se abordaban bajo la *imputatio facti*) y el segundo, "*Schuld*", versa en torno a aquél y depende de él. En este segundo aspecto del *Tatbestand* se analizaría *die Schuldhafte Handlung und die Arten der "Schuld"*, es decir, la acción (como *factum* imputable) y las clases de "*Schuld*"⁷⁵. En cuanto al contenido material del término, siempre según BINDING, "*Schuld*", inicialmente designa "lo que es debido y lo que hay que hacer", o más exactamente *Die Zahlung*—el pago, es decir, el castigo con que se retribuye, se restaura, cancela la "deuda que se ha asumido con la sociedad"⁷⁶, aunque en los primitivos dialectos germanos se usa más propiamente para designar la causa de ese *Zahlung*⁷⁷ (es decir, el motivo por el que hay que cumplir un castigo, esto es, en sentido moral, el merecimiento derivado del delito). El delito estaría constituido entonces por dos elementos (que sustituyen a las anteriores formas de imputación) indisolublemente unidos: Antijuridicidad (objetiva) —*Rechtswidrigkeit*- y culpabilidad —"*Schuld*"- (subjetiva)⁷⁸. La culpabilidad aparece por la lesión de un deber jurídico que el sujeto ha realizado y sería el fundamento de la responsabilidad⁷⁹. La libertad de voluntad y la voluntad culpable —*Schuld ist WillensSchuld*⁸⁰ - ya son elementos esenciales de este momento normativo; incluso ya se plantea el propio BINDING las cuestiones entre deterministas e indeterministas⁸¹.

En este modelo someramente dibujado, la capacidad para delinquir o para ser imputable (inimputabilidad) sería una cuestión objetiva a analizar en el primer momento del delito —*Rechtswidrigkeit*— pues para configurar "el hecho propio" es imprescindible determinar si el sujeto estaba en condiciones de realizar hechos libres emanados de su voluntad, de acuerdo también con el modelo de la teoría de la imputación. La imputabilidad, por

⁷⁵ BINDING, K., *Die Normen und ihre übertretung*, cit., p. 17..

⁷⁶ Así también en BINDING, K., *Handbuch des Strafrecht*, Leipzig 1885, p. 716: "Die Zahl der Verbrechen".

⁷⁷ BINDING, K., *Die Normen und ihre übertretung*, cit., p. 267.

⁷⁸ BINDING, K., *Die Normen und ihre übertretung*, cit., p. 285.

⁷⁹ BINDING, K., *Die Normen und ihre übertretung*, cit., p. 286.

⁸⁰ BINDING, K., *Die Normen und ihre übertretung*, cit., p. 294.

⁸¹ BINDING, K., *Die Normen und ihre übertretung*, cit., p. 229.

lo tanto, sería un problema de capacidad (subjetiva) de acción y no un problema de "Schuld" (culpabilidad). Sería, eso sí, *la última cuestión que sistemáticamente se analizaría en la "Rechwidrigkeit"*. "Schuld" significará acción culpable⁸², es el elemento subjetivo del delito⁸³ y no aborda, por tanto, el problema de la imputabilidad. BINDING ha sistematizado de forma muy correcta su pensamiento, algo que no había hecho la doctrina española. Sin embargo, este modelo permite explicar por qué para la doctrina española del siglo pasado, la imputabilidad es un concepto distinto a la culpabilidad y, como hemos dicho, no un mero antecedente. En la culpabilidad sólo se analizaría si la imputación se realiza a título imprudente o doloso. El culpable merecerá la pena y la sociedad, dice este autor, le podrá reprochar su conducta del siguiente modo: "Tu serás castigado porque tú has podido hacer lo que tú has debido hacer y, sin embargo, no lo has hecho"⁸⁴.

La restante doctrina de la época también se mantiene en los márgenes de la teoría de la imputación si bien se constata la búsqueda de nuevas soluciones. Así por ejemplo, HÄLSCHNER mantiene un concepto de delito en el que distinguiría un aspecto formal, siguiendo los parámetros de una teoría de la imputación y un aspecto material en el que incluiría las causas de justificación y la que denomina "culpabilidad moral"⁸⁵.

MERKEL no abandona la perspectiva de la teoría de la imputación, pero introduce elementos valorativos hasta ahora no nombrados. Distingue este autor entre un juicio de causalidad (en la que se sitúa tanto la relación de causalidad objetiva entre acción y resultado, como subjetiva entre hecho y autor en relación a la capacidad de imputación) y un juicio distributi-

⁸² BINDING, K., *Die Schuld im Deutschen Strafrecht*, Leipzig 1919, p. 2

⁸³ BINDING, K., *Die Schuld im Deutschen Strafrecht*, cit. p. 10.

⁸⁴ BINDING, K., *Die Normen und ihre übertretung*, cit., p. 210. Conscientemente no omito el sujeto en castellano, para remarcar el aspecto de imputación o reproche al autor (tú).

⁸⁵ HÄLSCHNER, H., *Das gemeine Deutsche Strafrecht*, Bonn 1881. Sobre su concepto moral de culpabilidad, puede verse, pp. 503 ss.

vo, en el que se asigna un valor positivo o negativo a la acción⁸⁶. MERKEL introduce ya en su concepto de delito, por tanto, un juicio de desvalor, derivado del que ha denominado "juicio distributivo" –muy cercano a la retribución– cuyo fundamento será un juicio que tendrá como base valores morales o éticos. La culpabilidad (*Schuld*) es ahora merecimiento, con toda la carga ideológica desde el punto de vista moral y retributivo que conlleva. Como consecuencia, para que se pueda realizar este juicio valorativo sobre el comportamiento es requisito necesario el libre albedrío. La libertad de voluntad, es en MERKEL, por tanto, un elemento de la capacidad de imputación que ya relaciona con la culpabilidad.

Dogmáticamente, el paso siguiente será trasladar definitivamente el último elemento del elemento objetivo (inimputabilidad) hacia el elemento subjetivo del delito, que quedaría configurado, entonces, con dos elementos: inimputabilidad y "*Schuld*" –integrado a su vez por dolo e imprudencia⁸⁷. El actual CP alemán sigue expresamente distinguiendo entre *Schuldunfähigkeit* (incapacidad de culpabilidad) y *Schuldfähigkeit* en sus artículos 19 a 21; o *Handelt ohne "Schuld"* (comportamiento sin "*Schuld*") en el art. 35 referido al estado de necesidad disculpante. Esta "reubicación dogmática" de la inimputabilidad tiene dos consecuencias importantes. La primera es que el problema de la "capacidad de acción" –que en el sistema de BINDING se analiza junto al de inimputabilidad, pues el problema es común: el del hecho libremente emitido y por tanto atribuible a su autor como propio– se divide en dos cuestiones que se analizarán por separado y que serán, primero, la de la capacidad de acción, que se analizará en el concepto de acción como supuestos de ausencia de acción y, segundo, la de la capacidad de imputabilidad, que, en el ámbito del elemento subjetivo del delito, analizará, cuándo el autor puede ser hecho responsable, de forma objetiva, de sus actos. Pero esta partición no deja de ser problemática, pues los límites entre una y otra son difusos y, por ejemplo, no hay más que re-

⁸⁶ MERKEL *Die Lehre von Verbrechen und Strafe*, Stuttgart, 1889, pp. 65 ss. y 1912, pp. 80 s.

⁸⁷ Así por ejemplo, ALLFELD, Ph., *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, 8ª ed., Leipzig-Erlangen 1892.

pasar las causas que se han propuesto como de exclusión de la acción y las de exclusión de la imputabilidad para ver que en algunas ocasiones la diferencia no es más que "cuestión de grado". Esta cuestión se ve muy claramente en MAYER, que todavía distingue de forma expresa entre *Das objektive Unrecht y die Subjektive Zurechenbarkeit*⁸⁸, aunque en esta última ya incluye también la capacidad de culpabilidad (y ya no de imputabilidad) y las formas de culpabilidad. Para MAYER la capacidad de acción jurídico penal es la capacidad de culpabilidad, y en esta cuestión primera de la culpabilidad se abordarán los problemas de la libertad de voluntad como determinante de la capacidad de imputación –pero dentro del elemento que denomina capacidad de culpabilidad– que identifica con las causas de inimputabilidad.

En Alemania, precisamente ésta es una cuestión nunca cerrada, pues, más allá de la posibilidad o no de admitir la *actio libera in causa* en los delitos de mera actividad, la jurisprudencia analiza el problema de la capacidad de acción en el elemento "Acción" –*Handlung*–, mientras que la doctrina está dividida aunque tiende a situarlo en la actualidad en la culpabilidad –*Schuld*–.

La segunda consecuencia ha sido que se ha trasladado al elemento subjetivo el debate sobre la fundamentación de la imputación que a partir de aquí se desarrollará sobre la base de la exigibilidad y del reproche. Este segundo elemento de delito donde ahora sí que se analizarán todas las cuestiones subjetivas y que será designado por la doctrina como "tipo subjetivo" o *Subjektive Tatbestand* tendrá como primer elemento y presupuesto la imputabilidad⁸⁹ –de la misma forma que el tipo objetivo tiene como presupuesto la capacidad de acción– y como segundo elemento "*Schuld*" con sus dos formas, de imputación, dolo o imprudencia.

⁸⁸ Expresamente, MAYER, H., *Strafrecht*, Stuttgart 1953, p. 210.

⁸⁹ Hoy en día LECKNER/PERRON siguen identificando incapacidad de culpabilidad a incapacidad de imputación. Véase en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26ª ed., Munich 2001, p. 358.

BELING y VON LISZT dan un paso más en el distanciamiento de la teoría de la imputación con su concepto tripartito de delito, que, influenciado por la importancia que los Hegelianos han dado al concepto de *factum* como hecho propio, sitúan precisamente la acción –*Handlung*– en el centro del concepto dogmático del delito. Con este nuevo concepto, la idea de "imputación" se desdibuja en el concepto del delito, si bien, en estos autores, quizá porque ellos han bebido todavía de las fuentes de la teoría de la imputación, se percibe aún que el concepto dogmático del delito *es una teoría de la imputación*, perspectiva que en la evolución posterior se ha perdido, muy especialmente en España, y cuya recuperación ha marcado de forma significativa las propuestas de la doctrina alemana de la última parte del siglo XX.

Para VON LISZT⁹⁰ el delito es acción punible⁹¹ que goza de las siguientes "características" –*Merkmale*–: es una acción, que es antijurídica; que es susceptible de ser culpable y que está sancionada con una pena⁹². BELING⁹³ ya pone el acento en la tipicidad como característica propia de la acción punible⁹⁴. La "*Schuldhaftigkeit*" –responsabilidad por culpabilidad– sería la característica del delito en la que se analizaría, "el aspecto interno del delito, esto es, la voluntad"⁹⁵. "*Schuld*" es formalmente la responsabilidad –*Verantwortlichkeit*– por la realización de una acción antijurídica⁹⁶. VON LISZT ya habla de "juicio de culpabilidad" –*Schuldurteil*–, que trata de relacionar el hecho antijurídico con la persona de su autor (esto

⁹⁰ VON LISZT, F., *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, 14 y 15 ed., Berlin 1905.

⁹¹ VON LISZT, F., *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, cit., pp. 116 s.

⁹² "Verbrechen ist ... die mit strafe bedrohte Schuldhafte, rechtswidrige Handlung". VON LISZT, F., *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, cit., p. 117.

⁹³ BELING, E., *Grundzüge des Strafrechts*, 8º y 9º ed., Tübinga 1925.

⁹⁴ "Das erste vierter Merkmale ist die Tatbestandsmäßigkeit. Man kann nämlich zunächst das oben zu 2 a Dargelegte dahin ausdrücken, dass die "Tipizität" der Handlung ein allgemeines begriffliches Verbrechenmerkmal ist". BELING, E., *Grundzüge des Strafrechts*, cit., p. 2.

⁹⁵ BELING, E., *Grundzüge des Strafrechts*, cit., p. 39.

⁹⁶ VON LISZT, F., *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, cit., p. 157.

es, imputación del hecho al autor). Pero esta relación, a través de la cual se imputa el hecho a su autor (*zugerechnet wird*) tiene un aspecto de interrelación subjetiva entre el hecho y su autor, es decir, la relación entre autor y su hecho es una condición necesaria. A esta relación entre el autor y su hecho, es a la que, en un primer momento denomina VON LISZT como *Schuld in materiellen Sinne* – culpabilidad en sentido material⁹⁷. El juicio de culpabilidad es el juicio de imputación, con dos aspectos: la capacidad de imputación (*Zurechnungsfähigkeit como Schuldfähigkeit*)⁹⁸ –que para BELING es presupuesto⁹⁹– y la imputabilidad del hecho (*Die Zurechenbarkeit der Tat*). Este segundo elemento del juicio de culpabilidad tendría dos formas (*Schuldformen* en VON LISZT; *Schuldstufen* en BELING) que serían el dolo y la imprudencia, el fundamento de la imputación en estas formas estaría en la posibilidad que tuvo el autor o bien, de conocer el significado antisocial de su comportamiento, o bien, de haber podido y haber debido saberlo. Y además, advierte, que, en este sentido, la culpabilidad es independiente del problema del libre albedrío¹⁰⁰. BELING dedica una mayor atención al problema y admite que el Derecho penal se pueda construir sobre un *relativo indeterminismo*¹⁰¹.

Con la escuela neoclásica se instala definitivamente el termino "*Schuld*" en sentido amplio como categoría específica del concepto del delito¹⁰², en las que se sigue manteniendo la imputabilidad y las formas de culpabilidad, pero en el que se introduce un nuevo elemento en el que se analizan las causas de exclusión de la culpabilidad (*Schuldaussliessungs-*

⁹⁷ VON LISZT, F., *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, cit., p. 157.

⁹⁸ Esta identificación la mantienen expresamente aún LECKNER/PERRON, en *Strafgesetzbuch Kommentar*, de SCHÖNKE/SCHÖDER, cit., p. 358, aunque formulada en sentido contrario. Es decir, VON LISZT lo formula así: "Die Zurechnungsfähigkeit (*Schuldfähigkeit*)" y LECKNER/PERRON, al revés, (*Schuldunfähigkeit (Zurechnungsunfähigkeit)*).

⁹⁹ BELING, E., *Grundzüge des Strafrechts*, cit., p. 41.

¹⁰⁰ Todo en VON LISZT, F., *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, cit., p. 157 y 158.

¹⁰¹ BELING, E., *Grundzüge des Strafrechts*, cit., p. 40.

¹⁰² Así, entre otros, MEZGER, E., *Strafrecht*, Munich, Leipzig 1931, p. 247.

gründe). Este nuevo elemento aparece porque, desarrollando la idea ya expresada por BINDING, la reprochabilidad se convierte en el fundamento de la culpabilidad. Culpabilidad es ahora Reprochabilidad¹⁰³. La escuela neoclásica, admite la propuesta sistemática de VON LISZT, si bien la culpabilidad deja de ser una característica de la acción (*Schuldhaftige Handlung*) para convertirse en una categoría autónoma. La tipicidad que ya había sido definida por BELING como una característica independiente de la acción, sin embargo, en autores como MEZGER no aparece aún, que mantiene una estructura bipartita¹⁰⁴. La culpabilidad es, ahora, un juicio de valor, normativo, y jurídico y no ético¹⁰⁵. Para MEZGER, sobre la base de la reprochabilidad, el principio de culpabilidad se enuncia como *no hay pena sin culpabilidad*, (*ohne Schuld keine Strafe*) si bien reconoce que tan solo puede ser considerado una propuesta de actuación, pues no todos los sistemas lo siguen¹⁰⁶. Entre las causas de exclusión de la culpabilidad en sentido amplio distingue, causas de exclusión en sentido legal (legítima defensa y estado de necesidad) y la no exigibilidad¹⁰⁷. La no exigibilidad derivaría de un juicio de culpabilidad en sentido material según la propuesta de FREUDENTHAL¹⁰⁸ de 1922 cuya especial incidencia se planteará en el ámbito de la culpabilidad dolosa. Con el desarrollo doctrinal el concepto procesal y dogmático de culpabilidad se ha separado definitivamente¹⁰⁹.

¹⁰³ FRANK, R., "Über den aufbau des Schuldbegriffs" en *Festschrift für die juristische Fakultät der Universität Giessen*, Giessen 1907, p. 11.

¹⁰⁴ MEZGER, E., *Strafrecht*, 2ª ed., Munich-Leipzig 1933.,

¹⁰⁵ MEZGER, E., *Strafrecht*, 1ª ed., cit., p. 247: culpable es la acción que es la manifestación externa de la personalidad. Culpabilidad un juicio de valor (248) normativo (250) y jurídico y no ético (251).

¹⁰⁶ MEZGER, E., *Strafrecht*, cit., p. 259..

¹⁰⁷ MEZGER, E., *Strafrecht*, cit., pp. 370 ss.

¹⁰⁸ FREUDENTAL, B., *Schuld und Vorwurf integritad moral geltende Strafrecht*, Tubinga 1992.

¹⁰⁹ También WOLF, E., *Strafrechtliche Schuldlehre*, Mannheim-Berlin-Leipzig 1928, p. 130 ss. También para este autor la culpabilidad es un juicio ético de valor.

A partir de este momento, la evolución del término "*Schuld*" ha finalizado. El finalismo y los movimientos posteriores propiciarán un modelo cada vez más normativizado de culpabilidad pero a partir de este momento se ha definido definitivamente el ámbito y el significado jurídico del término y seguirá un desarrollo similar al de la doctrina española. Para WELZEL la culpabilidad jurídica sigue siendo la responsabilidad del autor por el hecho antisocial ante la comunidad (*gemeinschaftswidrige*); se sustenta en el reproche del proceso volitivo¹¹⁰ y la imputabilidad se mantiene como capacidad de culpabilidad¹¹¹.

A estas alturas, parece que se acepta la necesidad de definir, a partir de criterios valorativos, un concepto material de culpabilidad. Se ha abandonado ya definitivamente la teoría de la imputación y aceptado la reprochabilidad y la exigibilidad con carácter general –concepto que desde un punto de vista normativo y de la imputación fue adelantado por BINDING, como ya vimos– pese a las críticas de HENKEL. El concepto material de culpabilidad sirve ahora para legitimar el sistema penal desde la perspectiva de la pena. Hasta la actualidad, el concepto material de culpabilidad se ha relacionado íntimamente con las teorías de la pena y padecido de sus deficiencias. Pero esta cuestión será analizada más adelante.

V. RECAPITULACIÓN

Del breve análisis histórico realizado podemos extraer como conclusiones fundamentales para el desarrollo de nuestra investigación, la distinción entre los conceptos de "delito" y "culpa" y, como consecuencia, de "delincuente" y "culpable" que aparece en el CP español de 1822 y en la doctrina de la época. La doctrina y la legislación española de la primera mitad del siglo XIX, con el CP de 1822 –siguiendo a la doctrina europea

¹¹⁰ WELZEL, H., *Um die finale Handlungslehre*, Tubinga 1949, p. 26.

¹¹¹ WELZEL, H., *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrecht in feinen Grundzügen*, Berlin 1940, pp. 58 s.

(FILANGIERI¹¹²)— califican de "culpable" al autor de un delito imprudente (culpa), mientras que no se utiliza el vocablo "culpabilidad". Por el contrario, "culpado" sería la persona que ha sido calificada como responsable de un delito y merece una sanción penal.

Esta situación legal y doctrinal respondía al tradicional esquema, ya defendido en el derecho común y por autores como PUFENDORF, para quien al delito doloso correspondía la imputación ordinaria mientras que el delito imprudente (culpa) correspondía a la imputación extraordinaria¹¹³. La culpabilidad no aparece ni como término ni como elemento del delito. Y por tanto, la culpabilidad no podía ser tampoco ni fundamento ni medida de la pena. Por el contrario, se considera que la pena debía su cuantía a la cualidad y calidad del delito. El principio del dolo o culpa como limitador de la responsabilidad por el resultado, sin embargo, ya es conocido en la doctrina.

En un segundo momento de desarrollo doctrinal de conceptos, el término "culpable" se empieza a desvincular del término "culpa" al generalizarse para hacer referencia con él a toda persona a la que se le puede imputar una conducta típica y antijurídica, al menos, por culpa —a título imprudente—. Ahora será "culpable" todo el que es responsable penalmen-

¹¹² FILANGIERI, *Ciencia de la legislación*, traducida por Juan Ribera, Madrid 1822, p. 96. Sigue diciendo "si tirando una liebre que huye por un camino público, mata a un hombre, será ésta una culpa, y el homicidio se llamará culpable; Pues aunque el fin que yo me había propuesto fuese el de matar la liebre, sin embargo, no ignoraba que era posible que en aquel momento pasase un hombre por aquel paraje: y ésta era una de las circunstancias de la acción que debía determinar mi voluntad a dejar que se escapase la liebre antes de exponerme al riesgo de cometer un homicidio".

¹¹³ Puede verse más ampliamente PUFENDORF, R., *De officio Hominis et civis secundum legem Naturalem, Libri Duo*, Tomo I, 1769, pp. 37 ss. En el mismo sentido KANT, I., *Lecciones de ética*, Barcelona 1988, pp. 97 ss. Sobre estas doctrinas puede verse más ampliamente HRUSCHKA, J., "Reglas de comportamiento y reglas de imputación" en *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, de Luzón Peña y Mir Puig, (coor.), Pamplona 1995, p. 172.

te, ya sea a título doloso o a título culposo –imprudente–. Simultáneamente empieza a surgir en la literatura la voz "culpabilidad" con el significado de "calidad de culpable", de modo que pudiera ser calificado de "culpable" quien "tiene culpabilidad". La "culpabilidad"¹¹⁴ pasa a definirse como el conjunto de requisitos que convierten al autor de un delito en responsable del mismo y merecedor de una pena. Este concepto de culpabilidad aparece inicialmente relacionado con la declaración judicial de culpable. Como contrapunto, pero, de hecho, más habitual es el término "inculpabilidad", término, que aunque actualmente es poco usado por la doctrina penal¹¹⁵, sigue apareciendo con frecuencia en la jurisprudencia del TS y reaparece en la Ley Orgánica 5/1995 de 22 de mayo del Tribunal del Jurado.

Respecto de los requisitos personales para declarar responsable penalmente a un sujeto, PACHECO ya basa la imputabilidad (en sentido más amplio al actual como capacidad de imputación) del delito doloso en la intención (dolo), la libertad (libre albedrío) y el poder actuar libremente, reproduciendo las posiciones mayoritarias de la teoría de la imputación.

Pero es en la segunda mitad del siglo XIX cuando se aprecia una significativa expansión del vocablo "culpabilidad", cada vez más relacionado con la idea de "responsabilidad" penal. Se empieza a utilizar la voz "culpabilidad" para hacer referencia al "merecimiento de pena" concepto derivado de la idea de reproche moral. El sujeto que ha cometido la conducta prohibida penalmente se hace merecedor, por haberla cometido de un reproche moral. El concepto de "merecimiento" –sobre el que se asienta el de culpabilidad– en un sistema basado en el retribucionismo y libre albedrío se convierte en un elemento central de la fundamentación del castigo.

¹¹⁴ Problemas similares a los planteados surgían también en la doctrina alemana y sobre todo en la italiana, por no hacer referencia a la hispanoamericana muy cercana a la española. Puede verse in extenso JIMENEZ DE ASUA, L., *Tratado de Derecho penal, tomo V La culpabilidad*, cit., pp. 60 ss. También QUINTANO RIPOLES, A., *Derecho penal de la culpa (Imprudencia)*, cit., pp. 6 ss.

¹¹⁵ Lo utiliza entrecomillado GIMBERNAT ORDEIG, E., "El sistema del Derecho penal en la actualidad, en *Estudios de Derecho Penal*, 2ª ed., Madrid 1981, p. 146.

La pena se justifica porque el "culpable moral" de una ofensa lo merece¹¹⁶. En este ámbito, "el concepto de mérito presupone la existencia de una circunstancia de algún tipo que el sujeto posee en virtud de su actividad consciente y deliberada. Los juicios de mérito se orientan así hacia el pasado"¹¹⁷. La idea de merecimiento representa el criterio distributivo de la Justicia.

Este punto de partida, la teoría de la imputación y el Derecho común es también el de la dogmática alemana y sobre el que BINDING construye su concepto de delito, en el que distinguían un aspecto objetivo –*Rechtswidrigkeit*– y un aspecto subjetivo –*Schuld*–. El esfuerzo sistematizador realizado por PUFENDORF se manifiesta, sin embargo, en una mayor estructuración y una mayor profundización en la definición dogmática de los elementos del delito. El término "*Schuld*" ya aparece el Código de Baviera de 1751 y en el lenguaje popular por lo que tiene un sentido histórico relacionado con la retribución –*Zahlung*– y se convierte, desde la perspectiva de la *imputatio iuris*, en la categoría con la que se designarán las formas de imputación ordinaria –dolo e imprudencia– que como elementos específicos con contenido propio ya se conocen. Si "*Schuld*" se relaciona en el antiguo pensamiento germánico con la idea de "causa que exige una retribución", se puede entender que la idea de "medida de la pena" esté ya implícita en él. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en la doctrina española, el concepto de "*Schuld*" en BINDING está desvinculado de concepciones religiosas o metafísicas. BINDING fundamenta la exigencia de la pena –y justifica por tanto la imputación subjetiva– en el reproche social y jurídico que se realiza al culpable que "pudo hacer lo que debió y no lo hizo". Y mientras en la doctrina española se da por sentado el libre albedrío, BINDING inicia los esfuerzos por superar el dilema. Por lo demás, en este primer momento, la imputabilidad se concibe como un elemento objetivo (capacidad del sujeto actuante para recibir la imputación de *su* hecho)

¹¹⁶ BETEGON, J., *La justificación del castigo*, Madrid 1992, p. 328.

¹¹⁷ BETEGÓN, J., *ul. loc. cit.*, p. 328.

y se ubica dentro del aspecto objetivo del delito, como el último de sus elementos.

Poco a poco, mediante diversas aportaciones doctrinales, este elemento, la imputabilidad, entendida no como capacidad de culpa (*Schuld*) sino como capacidad para recibir la imputación del hecho (*Zurechnung*), se traslada desde el aspecto objetivo al aspecto subjetivo, donde, inicialmente se analizaría, con carácter previo a la culpabilidad (*Schuld*) como elemento subjetivo de imputación (separado de la capacidad de acción). Algunos autores, como MERKEL, tratan de dotar de un contenido legitimador a este elemento de la culpabilidad, a partir de concepciones éticas o morales, introduciendo la idea de valor –el juicio de culpabilidad como juicio de valor–, aspecto, como ya vimos, subyacente al concepto pre-jurídico de "*Schuld*" y que BINDING y VON LISZT habían tenido buen cuidado en evitar.

Este aspecto subjetivo del delito, con sus dos elementos (imputabilidad y "*Schuld*"), con VON LISZT y BELING se convierte en una de las características de la acción punible como acción culpable (*Schuldfähigkeit*) de modo que aún no se abandona del todo la teoría de la imputación (*Zurechnungsfähigkeit* como *Schuldfähigkeit*). El paso siguiente será ampliar el contenido del termino "*Schuld*" para designar propiamente el aspecto subjetivo del delito en el que se integraría la imputabilidad (*Zurechnungsfähigkeit*) renombrado ahora como *Schuldfähigkeit* pero sin alterar su contenido; y las formas de culpabilidad (*Schuldform*), el dolo y la culpa.

Con la recepción del concepto de delito de la escuela clásica en España, se puede entender que, en breve plazo de tiempo, el término "culpabilidad" se convirtiera en el vocablo idóneo para designar una categoría del concepto de delito que aúna los elementos de carácter subjetivo imprescindibles para dar lugar al "reproche penal". Es el reproche el que generará el merecimiento de la pena, la cual, en un paradigma retributivo (y distributivo), debe ser equivalente en gravedad a la infracción (delito o culpa). Y el término culpable, que ya desde 1848 había ido ampliándose para abarcar tanto al delincuente (por delito doloso) como al culpable (por delito culpo-

so), pasa a designar al sujeto que se ha hecho acreedor del reproche en que consiste la "culpabilidad" y que, por tanto, también "merece" el castigo en que consiste la pena.

En este esquema de conceptos no totalmente explicitados por la doctrina de la época, quizá porque sí que lo era en la filosofía jurídica o moral sobre la que se sustentaba, las categorías jurídicas de la culpabilidad y de la responsabilidad (penal) se mantienen contiguas pero aún diferenciadas. Igualmente, se puede distinguir entre cualquiera de ellas y la categoría de la "imputabilidad" donde se acumulan los elementos subjetivos, básicamente biológicos, que permitirán la imputación del delito a título de dolo o imprudencia. Entre la imputabilidad y la responsabilidad penal, la culpabilidad destaca por ser el referente del juicio moral de reproche; el fundamento legitimador que, con base en la idea de merecimiento, justifica y legitima la imposición del castigo al responsable penal, castigo que consistirá en el mal justo de la pena.

La responsabilidad penal se asigna al sujeto que, merece un castigo-pena. Desde este planteamiento cobra un nuevo significado el hecho de que nuestros Códigos penales y aún el actual, no utilicen el término culpabilidad en relación a las que solemos denominar causas de exculpación de la culpabilidad, o en relación a las atenuantes o agravantes y, sin embargo, si utiliza, para referirse a determinados sujetos, la expresión "culpable" –en lugar de "responsable"–. Desde esta perspectiva, el culpable merecería un castigo (pena) por haber realizado un hecho típico y antijurídico, pero la medida del castigo, es decir, la medida de su responsabilidad penal, se determinará en función de determinados elementos que el legislador selecciona para individualizar la pena, bien con carácter general –atenuantes o agravantes– o bien para determinados delitos, como sería el caso del art. 169.1; e incluso, el legislador puede optar por no imponer una pena, renunciando a la exigencia de responsabilidad penal *aunque el sujeto fuera imputable*.

En el ordenamiento jurídico español posterior a la codificación, la responsabilidad penal derivada de la idea de merecimiento se relaciona con el

hecho propio, excluyendo la responsabilidad por el hecho de otro, aunque admitía la responsabilidad por el resultado¹¹⁸. Sin embargo, no siempre la responsabilidad penal ha sido individual o ha derivado de la comisión de un hecho antijurídico, sino que históricamente se ha admitido con generosidad la responsabilidad por el hecho "de otro" junto a la denominada "responsabilidad objetiva".

En este sentido, QUINTERO OLIVARES pone de manifiesto cómo la recepción de la responsabilidad subjetiva, como presupuesto del sistema penal es realmente tardía: "la admisión de la responsabilidad objetiva no significaba, en teoría, que se despreciara la imputabilidad, ya que los sistemas penales han acogido *simultáneamente* exigencia de responsabilidad objetiva y valoración de la imputabilidad, pese a la contradicción que en último término entraña. El problema real residió en que durante cientos de años esa condición jurídica (la imputabilidad) directamente ligada a la visión penal de la locura, carece de *auténtica* acogida, pues las más de las veces era algo que se daba por sentado, sin apenas admitir prueba en contrario"¹¹⁹... Más bien, sin embargo, propiamente no es que la imputabilidad se identificara con locura, sino que, en un sistema derivado del antiguo Derecho común, la responsabilidad subjetiva se derivaría de la posibilidad de imputar un hecho típico a su autor como propio. Pero para ello, el hecho tendría que haber sido realizado libremente o voluntariamente y, los supuestos en los que inicialmente se reconoció que el hecho no era "propio de la voluntad" fueron aquéllos en los que había un factor biológico o patológico (minoría, enajenación o sordomudez). En estos casos, el hecho no podía ser imputado porque los sujetos que lo habían realizado carecían de la capacidad mínima para actuar libremente; eran, por tanto inimputables (y, de ahí, inimputabilidad). Y en este desarrollo teórico, una vez que se ha "imputado el hecho" a su autor, este sería merecedor de pena –culpable– y, a continuación, se determinaría su "responsabilidad penal".

¹¹⁸ MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general* Valencia 1996 p.311.

¹¹⁹ QUINTERO OLIVARES, G., *Locos y culpables*, cit., pp. 52 s.

La responsabilidad penal ha podido surgir históricamente, entonces, de cuatro posibles fuentes:

1. delito (doloso),
2. culpa (delito imprudente),
3. responsabilidad por el resultado sobre la base del principio del *versari in re illicita*¹²⁰
4. y responsabilidad objetiva –*casus*¹²¹ que en la Europa del s. XIX no originaba ya responsabilidad penal¹²²–.

Originariamente, en España, la voz "culpabilidad" haría referencia, en un sentido restrictivo, a la responsabilidad penal que derivaría de la culpa (delito imprudente) y, en sentido amplio en un segundo momento de evolución doctrinal, como responsabilidad penal derivada "al menos" por "culpa" (imprudencia) frente a la responsabilidad penal surgida por otras causas en las que no concurrían ni dolo ni culpa (responsabilidad objetiva). Es decir, se pretende distinguir la "responsabilidad con culpa" de la "responsabilidad sin culpa" –respecto de la acción que origina el proceso causal–.

¹²⁰ Véase, por todos con bibliografía, CERZO MIR, J., "El "versari in re illicita" en el CP español" en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid 1982, pp. 60 ss. "El principio *qui versatur in re illicita respondit etiam pro casu*, es decir, el que realiza un acto ilícito responde de todas las consecuencias de dicho acto aunque no fuesen queridas, ni previstas, ni previsibles por el..." (p. 60) que aparece como limitador de la responsabilidad objetiva del Derecho penal germánico. El principio del *versari in re illicita* se vió fuertemente restringido por la reforma de 27 de junio de 1983 al introducir el art. 1.2 en el CP según el cual "no hay pena sin dolo o culpa. Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave sólo se responderá de éste si se hubiera causado, al menos, por culpa". Se mantenían, no obstante, delitos cualificados por el resultado. Véase en MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, 2ª ed., Valencia 1989, p. 81. Finalmente el CP de 1995 acaba con todo vestigio de responsabilidad objetiva por el resultado.

¹²¹ En este sentido todavía CASTILLA DEL PINO, C., *La culpa*, cit., p. 268.

¹²² Véase en JIMENEZ DE ASUA, L., *Tratado de Derecho penal, tomo V La culpabilidad*, cit., pp. 102 ss.

Esto explicaría que el principio de culpabilidad en su versión original formulado como "no hay pena sin culpa" –*nulla poena sine culpa*– responde a la doctrina garantista y limitadora del *ius puniendi* de origen ilustrado que exigía para imponer una pena necesariamente, como mínimo, que el hecho hubiera sido cometido de forma imprudente (excluyendo, por tanto, la responsabilidad objetiva). Esta exigencia de "al menos" culpa tenía su complemento en aquel otro principio según el cual la ley no puede castigar el acto sin la voluntad, ni la voluntad sin el acto (*cogitationis poenam nemo patitur*)¹²³.

En Alemania la traducción del aforismo como *Ohne Schuld keine Strafe*, tiene en estos momentos idéntico significado que en España, en la medida en que "*Schuld*" haría referencia únicamente a la *imputatio iuris* a título de dolo (*culpa lata* o *dolus*) o imprudencia (*culpa leve*). Desde esta perspectiva, el principio de culpabilidad en Alemania (*Schuldprinzip*) se presenta como un *desideratum* que tendría por finalidad promover la limitación de la intervención penal únicamente a conductas realizadas como dolo o imprudencia –al menos–.

Si esto fuera así, la traducción del aforismo romano con que se viene enunciando el principio de culpabilidad –*nulla poena sine culpa*– como "no hay pena sin culpabilidad" podría haber visto alterado su significado, como consecuencia de la posterior evolución doctrinal, sin modificar el enunciado. En su versión original *sine culpa* querría hacer referencia a la concurrencia *como mínimo de culpa* (un acto imprudente). Es decir, trata de asentar el principio de que no se puede castigar como delito ninguna acción que no sea como mínimo imprudente para distinguirlas de la responsabilidad objetiva de origen germánico (*erfolgshaftung*). Pero no se haría referencia a la exigencia de que concurriera la "culpabilidad" entendida como categoría del delito en el sentido a actual del término.

Posteriormente en España, el concepto dogmático clásico del delito, al definir la categoría de la culpabilidad con la inclusión del dolo y de la im-

¹²³ FILANGIERI, *Ciencia de la legislación*, cit., p. 105.

prudencia o culpa como "formas de culpabilidad" permitió la confusión entre *culpa* –del brocárdico latino– y culpabilidad (al traducirlo en la enunciación del principio de culpabilidad) y entre culpabilidad y responsabilidad¹²⁴. Aún así, en esta concepción clásica (y también la neoclásica) de la culpabilidad, que incluiría como formas de la misma el dolo o la culpa, la enunciación del principio de culpabilidad como "no hay pena sin culpabilidad", sigue, aunque de forma más confusa, haciendo referencia a la exigencia de imprudencia como mínimo, para que se pueda imponer una pena. Esta situación se ve alterada con la adopción de la estructura finalista del delito, en la que dolo e imprudencia pasan al tipo.

De modo que la evolución del concepto "*Schuld*" en Alemania y su traducción en España por el neologismo "culpabilidad" dan lugar a una serie de disfunciones en la interpretación del designado como *Schuldprinzip* en Alemania y, posteriormente, como principio de culpabilidad en España. La designación como principio de culpabilidad del aforismo *nulla poena sine culpa* se generaliza en España ya en el siglo XX, pues anteriormente se enunciaba en su terminología latina. En España, esta disfunción se produce en la propia traducción del término *Schuldprinzip* como principio de culpabilidad, pues en la tradición jurídica española no existe el término culpabilidad, con lo que "culpabilidad" derivada de "culpa" –imprudencia– se convierte en un término confuso al no tener el significado histórico que "*Schuld*" tenía en Alemania –en la obra de BINDING, por ejemplo– como *imputatio iuris*.

¹²⁴ Al afirmar que "el acaso no es imputable, pero sí lo es la culpa: en el acaso falta la voluntad, porque hay ignorancia; más en la culpa no falta enteramente la voluntad, porque no falta enteramente el conocimiento: en el acaso no hay voluntad de violar la ley, ni voluntad de exponerse al riesgo de violarla, y aunque en la culpa no hay voluntad de violar la ley, hay la de exponerse al riesgo de violarla." Y continuación enuncia el "nono axioma" no hay delito donde no hay voluntad cierta de cometer". En este sentido el art. 2 del CP de 1822 dice "comete culpa el que libremente, pero sin malicia, infringe la ley por alguna causa que puede y debe evitar". MARCOS GUTIÉRREZ, J., *Discurso sobre los delitos y las penas*, sin lugar, sin fecha tomo III, p.15.

Pero además, y en esto la situación alemana y española son similares, la ampliación del término "*Schuld*" de sus estrechos márgenes iniciales –dolo e imprudencia– a categoría del delito inicia un proceso de cada vez mayor confusión terminológica, pues "*Schuld*" ya no designa únicamente la imputación a título doloso o imprudente –que ahora se llamarán *Schuldformen*– sino también imputabilidad –que ahora, en alemán, pasará a denominarse *Schuldfähigkeit*–. La adopción del término "*Schuld*" para designar una categoría dogmática del delito y el mantenimiento del término "*Schuld*" en el *Schuldprinzip*, invita a la doctrina a confundir el principio limitador de la imputación con la categoría dogmática, confusión que tiene como efecto, por un lado, la expansión del principio que se ve obligado a asumir otras exigencias limitadoras autónomas a medida que se "reinterpreta" la categoría dogmática del delito ahora designada como "*Schuld*" en sentido amplio; y por otro, la asignación de específicas funciones limitadoras a la categoría dogmática de la culpabilidad que coadyuvan a convertirla en un elemento complejo con un alto contenido ideológico definible a partir de conceptos metafísicos.

Finalmente, con la adopción de la estructura finalista que extrae de la culpabilidad el dolo y la imprudencia –el contenido auténtico del término "*Schuld*" cuando BINDING lo enuncia– se acaba por confundir completamente el panorama doctrinal, pues ya poco tiene que ver el aforismo *nulla poena sine culpa* con su designación dogmática como principio de culpabilidad, en un sistema donde la culpabilidad no contiene ni dolo ni imprudencia¹²⁵.

Esta nueva situación obliga a la doctrina a separar el concepto dogmático de "culpabilidad" del "principio de culpabilidad" como enunciado que engloba un conjunto (más o menos indeterminado) de principios garantistas, aunque hay quien mantiene el principio de culpabilidad entendido

¹²⁵ De ahí que se haya afirmado que "el paso de la sistemática neoclásica a la finalista provoca ya la primera e importante disfunción del término culpabilidad para expresar lo que se pretende y no se trata de una disfunción precisamente nueva". GARCIA ARÁN, M., "El llamado principio de culpabilidad: ¿no hay pena sin culpabilidad?", cit., p. 404.

como exigencia del mantenimiento de la categoría jurídica "culpabilidad" para la imposición de una pena (como fundamento y límite de la misma). Sin embargo, ninguna de las dos posiciones, que ocultan divergencias respecto del propio fundamento legitimador de la culpabilidad, es satisfactoria para explicar –desde la estructura finalista del concepto de delito que incorpora el dolo y la imprudencia como formas de tipicidad (en línea con el CP de 1995 y el art. 10 en relación con el art. 12)–, el principio de culpabilidad con un contenido enunciable como *no hay pena sin culpabilidad*, en parte porque culpabilidad –concepto dogmático– y *culpa* –imputación a título de– divergen definitivamente; en parte, por la evolución doctrinal de delimitación de los principios garantistas y, en parte, porque subyaciendo a todo este debate, se percibe aunque no se explicita, la discusión acerca de la función legitimadora que, también y más allá de la meramente dogmática (sistematizadora) o garantista, se relaciona con el vocablo "culpabilidad", también, precisamente como consecuencia de la expansión del término "*Schuld*" para convertirse en categoría dogmática que engloba la imputabilidad.

Para la teoría de la imputación, solo el *factum*, el hecho propio, es imputable. Por eso es esencial responder a la cuestión de las características que convierten un hecho realizado en un hecho propio. Y la doctrina sitúa en la "libertad de voluntad" el criterio definitivo. No es un hecho propio el acto reflejo –hoy en día estos problemas se tratan en España como ausencia de acción– y tampoco lo es el acto de quien no reúne las condiciones personales mínimas para realizar actos "libres" –hoy en día inimputabilidad–.

Estos dos grupos de casos, se trataban, como hemos visto, en la *imputatio facti* y, con BINDING, en el ámbito de la *rechtswidrigkeit*. Al pasar el segundo de ellos a la categoría de la culpabilidad –"*Schuld*"– se traslada a esta categoría todo el problema del libre albedrío. Con esta reubicación del problema, esta cuestión, que en la "imputabilidad" originaria tenía como única función determinar si el hecho es propio o no, se desborda y, desde una perspectiva ya no objetiva –si el hecho es fruto de una voluntad– sino subjetiva –si el sujeto es libre– pasa a convertirse en la base ideológica y le-

gitimadora de la culpabilidad y, con ello, se carga también sobre este elemento la función de legitimación de la pena y de legitimación del Derecho penal. Al convertirse la culpabilidad en el elemento ideológico legitimador del delito, el problema de la legitimación de la pena y de su medida, también se convierten en un problema de la culpabilidad, que va engrosando su contenido y produce simultáneamente el paralelo incremento del absolutamente desbordado *nulla poena sine culpa* enunciado como principio de culpabilidad.

A todo ello se une la aparición de la exigibilidad, como "eventual causa" de exclusión de la culpabilidad inicialmente, que no puede evitar sumarse a las complejas cuestiones filosófico-ideológico-legitimadoras que la culpabilidad ha asumido. Y, finalmente, la teoría jurídica del delito —que inicialmente es una teoría de la imputación (como procede) derivada de la una previa teoría normativa, como consecuencia del adelantamiento del problema de la "justificación teleológico-utilitaria del castigo" a la culpabilidad y el debate que se produce en ella y que, por extensión, convierte el "fin de la pena" en el "fin del Derecho penal"— pierde la perspectiva de la imputación y el problema de la normatividad del Derecho penal se traslada, del bien jurídico y la norma, a la pena. El Derecho penal mayoritariamente se explica y enfoca desde una perspectiva meramente coactiva.

Por todo ello, al menos en España, será preciso "desbrozar" el contenido del principio de culpabilidad para ir distinguiendo e individualizando los diversos principios que, como consecuencia del proceso de expansión y confusión descrito ha ido asumiendo.

VI. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN LA ACTUALIDAD

Sin perjuicio de lo que más adelante se verá, las referencias doctrinales a la culpabilidad en el seno del principio de culpabilidad¹²⁶, en España,

¹²⁶ Véase HIRSCH, H.J. "Das Schuldprizip und seine Funktion integridad moral Strafrecht" en *ZStW* 106 (1994), pp. 746 ss.

han de ser matizadas a partir del CP de 1995 y de sus artículos 1º, 5º y 10º¹²⁷.

Además, sí se ha puesto de manifiesto por parte importante de la doctrina, y ya desde hace treinta años, que el principio de culpabilidad basado en el libre albedrío es irracional¹²⁸, pero que se recurre a él porque sustituir el criterio de que la pena tiene por base la culpabilidad (personal y por el hecho) por el de la peligrosidad hace pensar en un sistema penal totalitario¹²⁹. Pero la cuestión no está en mantener un principio de culpabilidad fundamentado en bases metafísicas que hoy en día minarían su contenido y eficacia legitimante, y de contenido complejo; sino que, por el contrario, el mantenimiento de las garantías irrenunciables que aporta –en lo que toda la doctrina está de acuerdo– pasa por analizar por separado cada una de las consecuencias garantistas del "viejo" principio de culpabilidad y ver si pueden, por separado, tener una fundamentación racional sobre la base del Derecho penal de que "esta sociedad" quiere dotarse

Propongo, por ello distinguir, dentro de los contenidos tradicionales del principio de culpabilidad entre el principio de responsabilidad subjetiva, el principio de culpabilidad, el principio de responsabilidad por el hecho y el principio de proporcionalidad de las penas.

a) Según el principio de responsabilidad subjetiva, en nuestro ordenamiento, la responsabilidad penal lo es, al menos, por imprudencia –descar-

¹²⁷ Aunque se advierte que el art. 5º del CP podría ser reiterativo pues su contenido podría perfectamente deducirse de los otros dos artículos –1º y 10º–.

¹²⁸ Puede verse sobre el principio de culpabilidad recientemente, NAUCKE, W., *Strafrecht. Ein Einführung*, 9ª ed., Neuwied-Kriftel 2000, pp. 228 ss. y especialmente sobre sus posibles múltiples significados, pp. 234 s. Sin embargo, GROPP, W., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Berlin-Heidelberg 2001, p. 59.

¹²⁹ Así GIMBERNAT ORDEIG, E., "Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?", cit., p. 109. Así, por ejemplo, también CORDOBA RODA, J., *Culpabilidad y pena*, cit., p. 21, planteaba como 3ª exigencia del principio de culpabilidad, la exclusión para determinar la pena, de presupuestos distintos a los concernientes a la culpabilidad. Con ello, trataban de excluir de la pena criterios basado en la peligrosidad.

tando el caso fortuito o actos no humanos— y personal —no ajena—. A este principio responderá el aforismo *nulla poena sine culpa*. Así concebido, el principio de responsabilidad subjetiva no sólo proscribe la responsabilidad objetiva sino que, para la imposición de una pena, exige positivamente la concurrencia de responsabilidad subjetiva.

La diferencia entre este principio de responsabilidad subjetiva y el principio de culpabilidad entendido en sentido más amplio, estaría en que, para aquél, la culpabilidad no sería el fundamento y límite de la pena —aunque la pena deberá guardar proporción con la gravedad de la responsabilidad detectada en la culpabilidad, según el principio de proporcionalidad de la pena en su faceta limitadora de la actividad judicial—. Y con todas las demás opciones del principio de culpabilidad en que no acoge las otras posibles restricciones al *ius puniendi* que, ciertamente no siempre de forma unánime, se suelen incluir en el principio de culpabilidad.

En cambio, no creo que se pueda argumentar para insistir en la diferenciación entre el principio de responsabilidad subjetiva enunciado en el art. 5 del CP y una concepción germanizada del principio de culpabilidad, que éste se fundamenta en una determinada concepción cristiano-occidental tradicional del hombre, derivada de su capacidad de obrar libremente —libre albedrío—.

b) Pero el principio de responsabilidad subjetiva no hace mención a otro problema importante para el que sí se puede mantener un principio de culpabilidad entendido en sentido muy estricto. Y es que, en nuestro ordenamiento jurídico, la respuesta penal se puede generar "con culpabilidad" —pena— o "sin culpabilidad" —medida de seguridad—¹³⁰. El principio de cul-

¹³⁰ En este sentido, MUÑOZ CONDE, F., afirma que "se llama culpabilidad al conjunto de condiciones que justifican la imposición de una pena al autor de un delito; se llama peligrosidad al conjunto de condiciones que justifican la imposición de una medida" en "Introducción" en *culpabilidad y prevención en Derecho penal*, de C. ROXÍN, Madrid 19981, p. 14. Para CORDOBA RODA, J., "(las) medidas de seguridad (son) propios y verdaderos castigos para presupuestos constituidos por efectivos modo de ser o comportarse" en *Culpabilidad y pena*, cit., p. 21.

pabilidad entendido como exigencia de la concurrencia de la categoría dogmático-sistemática de la culpabilidad solo vendría a determinar que, para imponer una pena como una de las posibles modalidades de responsabilidad penal, es imprescindible que el sujeto haya sido declarado culpable, lo que incluye admitir unos requisitos mínimos de capacidad al sujeto.

Un principio de culpabilidad así entendido no aparecería expresamente recogido en nuestro ordenamiento jurídico, pero podría deducirse de los artículos 19 y 20.1º y 3º, en relación con la Disposición Adicional Primera del CP que establece que "cuando una persona sea declarada exenta de responsabilidad criminal por concurrir alguna de las causas previstas en los números 1º y 3º del art. 20 de este Código, el Ministerio Fiscal instará, si fuera procedente, la declaración de incapacidad ante la Jurisdicción Civil, salvo que la misma hubiera sido ya anteriormente acordada y, en su caso, el internamiento conforme a las normas de la legislación civil".

El principio de culpabilidad en este estrictísimo sentido, partiría, por tanto, del reconocimiento de unos requisitos mínimos de capacidad al sujeto. Sin embargo, el contenido de estos requisitos no viene determinados por el principio de culpabilidad aunque sí puede invitar a revisar continuamente y críticamente, la existencia de medidas de seguridad de carácter penal. En este sentido, y solo en éste, se podría afirmar que la culpabilidad, como elemento dogmático del delito es fundamento (¿o elemento?) necesario, aunque no suficiente, para la imposición de una pena.

c) Distinto, aunque ciertamente muy relacionado con el principio (o requisito) anterior estaría el principio de imputación personal del injusto que exigiría distinguir dogmáticamente entre la categoría de la culpabilidad, que cumpliría funciones de "individualización" de la responsabilidad penal y la antijuridicidad del hecho. GARCIA ARAN considera que ambos aspectos –exigencia de unos requisitos mínimos de capacidad e independencia de culpabilidad y antijuridicidad– integrarían en principio de imputación personal. Así afirma "...se trata precisamente de eso: de que el Estado valore las circunstancias y las condiciones personales del sometido a juicio para decidir la imposición de una pena o, lo que es lo mismo, que

por muy grave que sea el injusto, no se sancione si el autor no está en condiciones de que se le impute, atribuya o, en terminología clásica, reproche"¹³¹.

d) La culpabilidad, como elemento dogmático del delito, que se constituye en un elemento imprescindible para poder imponer una pena, ha de estar a su vez, fundamentada en el hecho cometido y nunca en la personalidad del autor¹³². Este criterio limitador del *ius puniendi* sería reconocido bajo el principio de responsabilidad por el hecho.

Este elemento del principio de culpabilidad que aquí hemos separado y que enunciaremos como principio de responsabilidad por el hecho, ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional que lo configura como "un principio estructural de nuestro ordenamiento jurídico"¹³³. Sin embargo, no conviene tampoco confundirlo con otros principios limitadores que pudieran coexistir con él dentro de un amplio principio de culpabilidad. El principio de responsabilidad por el hecho es un principio efectivamente estructural de nuestro ordenamiento jurídico –en el sentido de configurador de la orientación de nuestro sistema penal–, y de él se deriva que la culpabilidad sólo puede ser generada por el hecho realizado y no por la propia personalidad o forma de vida –Derecho penal del hecho–.

Tampoco del principio de responsabilidad por el hecho se puede derivar que sólo se pueda exigir responsabilidad penal al "culpable", ni que sólo al culpable se le pueda imponer una pena (y al inimputable, una medida) –ésto se derivaría del principio de culpabilidad– sino que la responsabilidad solo se puede generar como consecuencia de un comportamiento en relación a un hecho y no en una forma de ser de pensar o de vivir.

¹³¹ GARCIA ARAN, M., "El llamado principio de culpabilidad: ¿no hay pena sin culpabilidad?", cit., p. 410.

¹³² Con los matices que pone de manifiesto QUINTERO OLIVARES, G., *Locos y culpables*, cit., pp. 188 s.

¹³³ St. del Tribunal Constitucional 50/1991.

e) Finalmente, el principio de proporcionalidad de las penas trataría de racionalizar los criterios limitadores e imprecisos que desde una concepción retributiva de la pena entendía que ésta era la "merecida" en función de la "culpabilidad" por el hecho realizado. En este sentido la pena deberá estar limitada por la gravedad del hecho y se tratará de un principio a valorar en otros ámbitos.

CAPÍTULO II

CULPABILIDAD JURÍDICA O

CULPABILIDAD MORAL

I. DE LOS ELEMENTOS COMUNES ENTRE MORAL Y DERECHO

1. Introducción

Etimológicamente "Ética" procede del vocablo griego *ethos*, que significa "lugar donde se habita", "modo de ser" o "carácter". La Ética, según esto, tendría por objeto "el modo de ser del que vamos apropiándonos a lo largo de nuestra experiencia". También etimológicamente, el vocablo latino *mos*, del que deriva "moral", hace referencia a un modo de vida del que nos hemos apropiado. Desde un punto de vista etimológico "Ética" y "Moral" son vocablos con significado prácticamente idéntico. Sin embargo a lo largo de la historia de los saberes, se ha ido distinguiendo entre "Moral" que forma parte de la vida cotidiana y "filosofía moral" o "Ética" que tiene por objeto el estudio de la Moral¹.

Por otro lado, tres son las instancias que imponen obligación y, por tanto, tres son las clases de deber: ético, moral y jurídico². El deber ético

¹ Desde este punto de vista, las tareas de la ética, como filosofía moral, serían determinar en que consiste "lo moral", fundamentarlo y aplicar los principios descubiertos. Desde un punto de vista coloquial, sin embargo, usualmente el vocablo "ética" suele referirse a la Moral no religiosa. La pluralidad en el terreno de la Moral (moral cristiana, musulmana, hindú...) es tan amplia como en el de la ética (ética kantiana, utilitarista, comunitarista, pragmatista...). Sigo en ésto a CORTINA, A., *Ética aplicada y democracia radical*, cit., p. 162 a 165.

² VALLS, R., "Ética para la bioética", cit., p. 17.

puede llamarse también social, es el primero que contempló la filosofía y se refiere directamente a acciones externas. El deber jurídico es consecuencia de la ley escrita y solo grava las conductas externas³. El deber moral se instala en una dimensión estrictamente personal e íntima de los individuos, por lo que alcanza a intenciones y propósitos⁴. "Moral" o "Ética" y "Derecho"⁵ describen principios que invitan a la acción⁶ y en este sentido indican o proponen normas o pautas de conducta⁷. La Ética, como rama de la filosofía, está considerada como una ciencia normativa⁸ (que impone o propone razones para la acción). Algo similar podría afirmarse de la Moral y tanto una como otra, Ética y Moral, constituyen medios de control social⁹ para la ordenación de conductas¹⁰.

³ "La ética atañe a la bondad intrínseca de las acciones; la jurisprudencia versa sobre lo que es justo, no refiriéndose a las intenciones, sino a la licitud y a la coacción. En cambio la ética solo se interesa por las intenciones". KANT, I., *Lecciones de Ética*, trad. de Rodríguez Aramayo, R. Y Roldán Panadero, C., Barcelona 1988, p. 114.

⁴ "El deber moral, en síntesis, es individual e íntimo, en contraste con el deber ético y jurídico, ambos públicos y colectivos" según VALLS, R., "Ética para la bioética", cit., p. 19.

⁵ Ampliamente GARZÓN VALDÉS, E., *Derecho, ética y política*, Madrid 1993, pp. 317 ss.

⁶ Véase infra p. 160.

⁷ HABERMAS, J. *Facticidad y validez*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid 1998, pp. 170 ss. En la p. 171 afirma: " las cuestiones jurídicas y las cuestiones morales se refieren, ciertamente, a los mismos problemas: el cómo ordenar legítimamente las relaciones interpersonales y cómo coordinar entre sí las acciones a través de normas justificadas, el de cómo solucionar consensualmente los conflictos de acción sobre el trasfondo de principios normativos y reglas intersubjetivamente reconocidos. Pero se refieren a los mismos problemas de forma distinta en ambos casos". MUÑOZ CONDE, F., llama "norma" a "toda regulación de conductas humanas en relación con la convivencia. La norma tiene por base la conducta humana que pretende regular y su misión es la de posibilitar la convivencia entre las distintas personas que componen la sociedad", *Derecho penal y Control Social*, Jerez 1985, p. 21. También, sobre esto, p. 25.

⁸ Véase CORTINA, A., *Ética aplicada y democracia radical*, cit., p. 33.

⁹ SORIANO, R. *Sociología del derecho*, Barcelona 1997, pp. 213, sobre distinción entre Derecho y Moral.

¹⁰ Y si bien no son, como ya hemos dicho, idénticos, incluso en el ámbito filosófico se suele recurrir indistintamente a los términos "Ética" y "Moral". Véase SAVATER, F., *Diccionario filosófico*, Barcelona 1997, p. 146.

En común tienen la ordenación de conductas calificadas como "buenas" con relación a unos valores predeterminados¹¹.

En otro sentido, se suele distinguir también entre moral social y moral individual¹². La moral individual o Ética sería "la que se ocupa de la administración que cada cual hace de su vida *por su propio bien*. La opción moral (individual) es una cuestión de conciencia y nos indica el "trato" que debemos deparar a los demás¹³. Esta moral individual suele ser la expresión personalizada de una moral social interiorizada y reconocida como propia tras un proceso personal de asunción crítica de un sistema de valores. Moral social hace referencia más específicamente al conjunto de normas de conducta, con pretensión de validez general y universal, constante, imperceptible y omnipresente¹⁴ en una sociedad o grupo social. De esta forma, SORIANO distingue "tensiones a dos bandas": en la relación ética individual-moral social y en la relación moral social-orden legal¹⁵.

El Derecho penal se distinguiría de la Ética o la Moral por su carácter altamente formalizado como medio de control social¹⁶, por ser más coerci-

¹¹ VALLS, R., "Ética para la bioética", cit., p. 19 diría: "En resumen, *hay Moral o Ética en general allí donde se da una partición binaria de las acciones humanas que, dividiéndolas en buenas y malas, añade el imperativo deque las buenas deben hacerse y las malas omitirse*".

¹² FRIEDMANN, W., *Legal Theory*, Nueva York 1967, p. 47, seguido por SORIANO, R. *Sociología del derecho*, cit., p. 204.

¹³ SAVATER, F., *Diccionario filosófico*, cit., p. 146.

¹⁴ SORIANO, R. *Sociología del derecho*, cit., p. 203.

¹⁵ SORIANO, R. *Sociología del derecho*, cit., p. 204.

¹⁶ Al respecto puede verse SORIANO, R. *Sociología del derecho*, Barcelona 1997, pp. 219 y 354, en ésta última afirma que "podríamos asegurar que el Derecho –el más relevante y eficaz instrumento de control en el ámbito social– se singulariza por constituir un orden normativo dotado y protegido por una coercibilidad (potencial compulsión) directa o refleja, que debe traducirse en un razonable, oportuno, proporcional y excepcional ejercicio legítimo de la fuerza, convertida a través del Derecho en coacción jurídica". También (sobre la distinción kantiana ente Derecho y Ética, FERNANDEZ GARCIA, E., en "La polémica actual sobre la obediencia al Derecho desde una perspectiva kantiana", cit., p. 660. Véase también, KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, México 1983 pp. 75; 203 y ss.

tivo¹⁷ en el sentido de que los medios de coerción son más intensos y en los ámbitos de actuación: mientras que la Moral puede abarcar los ámbitos públicos y privados, externos e internos, el Derecho penal solo debe incidir en conductas humanas externas y lesivas para la convivencia que no pueden ser reprimidas de otro modo.

Ética y Moral hacen referencia a lo "valioso del comportamiento desde su intención" mientras que Derecho hace referencia a la valoración del comportamiento como hecho externo desde las consecuencias que produce en el mundo exterior en una realidad socializada¹⁸. Las conductas se ubican en el "orden" moral o ético en función o en atención a una determinada escala de valores. Los valores no pueden ser experimentados, no describen el mundo, sino "conceptualizan de forma axiológica" nuestra concepción de cómo debería ser el mundo¹⁹. Pero la ordenación de las conductas en función de determinados valores no es competencia exclusiva de la Moral, pues también el Derecho penal como medio de control social protege un determinado sistema de valores.

¹⁷ Otra diferencia que se alega como fundamental entre Moral y el Derecho, desde KANT es el carácter autónomo de la Moral (la norma procede de uno mismo, del propio sujeto) y heterónomo del Derecho (la norma procede de otro). Críticamente SORIANO, R. *Sociología del derecho*, cit., p. 218. La norma moral personal podrá ser en algunos casos –no siempre– autónoma. La moral social impone normas heterónomas, pues, de la misma forma que por las circunstancias personales de nuestra vida estamos "obligados a someternos" a las normas de un ordenamiento jurídico sin posibilidad real de extraernos a las mismas (salvo para aceptar las de otro ordenamiento jurídico), la moral social nos es impuesta por el grupo en el que en cada caso nos integremos, sin que podamos, de hecho, sustraernos a las mismas (salvo para integrarnos en otro grupo reconociendo la moral social de éste).

¹⁸ KANT, I., *Lecciones de Ética*, cit., p. 115 ("el delito es siempre un acto humano; por tanto, actuación voluntaria trascendente al mundo exterior" diría en este sentido, VON LISZT, F., *Tratado de Derecho penal*, trad. De Jimenez de Asúa, L., y adiciones de Saldaña, Q., Madrid s/f., p. 262).

¹⁹ LYONS, D., *Ética y derecho*, trad. de M. Sierra Ramoneda, Madrid 1986, p. 17.

De hecho, el control social se ejerce gracias a la conformidad²⁰ que existe en la aceptación de las normas prevalentes²¹. Normas que, por otro lado, son la manifestación de valores —con elementos culturales en cuanto que concepciones anheladas de la realidad—²² pues los valores no pueden manifestarse sin normas de conducta que los enmarquen y tienen que ser aceptados por un mínimo de los miembros de la sociedad. Este control social se mantiene mediante instituciones (religiosas, jurídicas, etc.) y mediante el consenso, en un movimiento de interrelaciones recíprocas que da lugar a su doble vertiente consensual y coercitiva²³.

II) El Derecho penal puede responder (suele hacerlo) al sistema de valores impuesto por los grupos sociales mayoritarios (en el sentido de "con mayor poder social"). Pero la instauración de sistemas políticos democráticos apoyados en el principio de división de poderes y el reconocimiento de los intereses de las mayorías (y el respeto a los Derechos Humanos y Libertades de las mino-

²⁰ "La conformidad es el proceso por el cual los individuos modifican sus actitudes o su conducta para ajustarse a las normas vigentes en un grupo o una sociedad. Es el resultado de la presión social ejercida por una mayoría, que controla, mediante sanciones, el cumplimiento de dichas normas para evitar posibles desviaciones que pongan en peligro la cohesión o el funcionamiento del grupo". GAVIRIA, E., "La conformidad a las normas" en *Prácticas de Psicología Social*, Madrid 1998, p. 92. La conformidad puede ser deseada, impuesta o inconsciente (GINER, S., *Sociología*, cit., pp. 227 s.). "El consenso se produce cuando los miembros del grupo se encuentran en un estado de acuerdo afirmativo en materia normativa o cognitiva, relevante para su interacción mutua, respecto a las personas y roles centrales al sistema y respecto a personas, roles y colectividades externas al sistema" (p. 226). Algunos autores distinguen entre norma descriptiva (aquella que describe lo que normalmente hace la mayoría de la gente en una determinada situación) y norma prescriptiva (aquella que impone lo socialmente correcto, y por tanto, puede ir acompañada de una sanción). Cuando ambas normas son contradictorias, la conducta del individuo dependerá en cierta medida en cual de las dos atraiga más su atención en un determinado momento o situación.

²¹ De hecho, el control social se ejerce gracias al consenso que existe en la aceptación de la norma prevaleciente (GINER, S., *Sociología*, cit., p. 56).

²² GINER, S., *Sociología*, cit., pp. 76 y 78.

²³ GINER, S., *Sociología*, cit., p. 56.

rías) obliga a limitar la intervención penal²⁴ a aquellos intereses y/o valores, (esto es, bienes jurídicos) considerados imprescindibles y reconocidos de forma inmensamente mayoritaria para el correcto funcionamiento del sistema social. De esta forma, nuestro sistema jurídico-penal deberá proteger los "mínimos comunes" a las distintas concepciones éticas o morales de sus miembros, "los valores mínimos de las distintas concepciones de la vida buena"²⁵. Por ello, podría afirmarse que el Derecho penal ha de responder "al mínimo común denominador" entre las distintas concepciones éticas, morales predominantes en una sociedad, respetando lo que se ha denominado pluralismo moral²⁶.

Este conjunto de valores mínimos, o bienes jurídicos protegidos puede coincidir con una moral determinada, (la moral de un determinado grupo social) o compartir valores (comunes) de varias "morales". En cualquier caso, este *mínimum* protegible por el Derecho penal ha de coincidir con los valores mínimos a los que la moral mayoritaria no está dispuesta a renunciar²⁷. Pero el Derecho penal además de recoger y fijar mediante la protección penal un conjunto de valores, utiliza su efecto simbólico promocional en beneficio

²⁴ Lo que no es sinónimo de "reducir" la intervención penal. Esta limitación del *ius puniendi* es compatible con una "expansión" de la actividad interventora mediante el Derecho penal, siempre que con ello se garantice que se protegen los intereses y valores mínimos e imprescindibles en la sociedad democrática. Más aún, esta expansión en los estados europeos (y en España) responde precisamente al reconocimiento y al poder otorgado por los estados democráticos a las mayorías frente a las oligarquías detentadores del poder económico y político.

²⁵ CORTINA, A., *Ética aplicada y democracia radical*, cit., p. 31. En similar sentido, JUNQUERA DE ESTÉFANI, R., *Reproducción asistida, filosofía ética y filosofía jurídica*, Madrid 1998, p. 22.

²⁶ Puede verse en VALLS, R., "Ética para la bioética", cit., p. 23.

²⁷ La identificación entre una moral (por muy mayoritaria que sea) y el Derecho penal tenderá a un estado de terror penal y poco democrático mediante la "penalización" de las conductas inmorales de acuerdo con la moral protegida. Por otro lado, la imposición inmensamente mayoritaria (en términos de poder para trasladarla al Derecho penal) de una moral indica el carácter autoritario y no democrático del sistema. En sentido similar se pronuncia ZIPF, H., *Introducción a la política criminal*, trad., M. Izquierdo Macías-Picavea, Madrid 1979, p. 50. Ello no debe hacer olvidar, como aquí se ha tratado de poner de manifiesto la interdependencia entre Derecho y Moral o Ética.

de otros, como medio que interviene en la conformación de la "conciencia social" o de la "moral social"²⁸. En este sentido se puede afirmar que también el Derecho penal incide en la constitución y mantenimiento de la moral social²⁹ como elemento generalizador, de publicidad y de cambio³⁰. Así hay quien afirma que el Derecho penal y la Moral son como círculos concéntricos que tienen puntos de intersección³¹.

III) En cuanto a las características de las normas de conducta advertimos que tanto las normas jurídicas como las normas morales son mutables y responden y se ordenan axiológicamente en atención a la obtención de fines considerados valiosos. Cuales sean éstos, dependerá de las circunstancias sociales, económicas, demográficas, etc., de una sociedad. De ahí que, hoy en día, no pueda afirmarse que exista una moral "universal" ni principios morales absolutos de contenido material, esto es, fundamentados en valores³², en el sentido de inalterables y admisibles por cualquier sociedad en cualquier momento histórico o cualquiera que sea su grado de evolución social.

Las normas morales, en cuanto que directoras de conductas en atención a unos fines, son normas contingentes aunque, en su aspecto de moral social, con pretensión de validez universal. Este principio fue advertido ya

²⁸ La compleja relación entre valor, norma y símbolo puede verse aclarada en GINER, S., *Sociología*, cit., pp. 78 s. Los valores no pueden manifestarse sin norma de conducta que los enmarque. Los símbolos a su vez son elementos fundamentales del sistema de comunicación que es la cultura.

²⁹ Así, LYONS, D., *Ética y derecho*, cit., p. 72.

³⁰ Para SUÁREZ VILLEGAS, J. C., *¿Hay obligación moral que obedecer al derecho?*, Madrid 1996, p. 103, por ejemplo, la obligación jurídica adquiere un sentido moral en tanto que ofrece una razón para los ciudadanos de actuar de acuerdo con los intereses de todos que son coordinados por el Derecho. Por otro lado, una de las críticas fundamentales que WELLMER realiza a la teoría discursiva de HABERMAS consiste precisamente en relacionar justicia y eticidad, asimilando conceptualmente los problemas morales con los legales (LARA ZAVALA, M.P., prólogo a WELLMER, A., *Ética y diálogo, Elementos del juicio moral en Kant y en la ética del discurso* Méjico 1994, p. 17.)

³¹ Véase en SORIANO, R. *Sociología del derecho*, cit., p. 211.

³² Véase en cambio SAVATER, F., *Ética como amor propio*, Madrid 1988, pp. 75 s.

por algunos sofistas caracterizados por su escepticismo en lo relativo a los sistemas morales³³ y teorizado por KANT. Pero, de la misma forma que las normas morales son contingentes, toda norma que dependa de fines será contingente porque fines y valores también lo son.

A la vista de lo anterior y sin perjuicio de lo que posteriormente plantearemos, ahora podemos aceptar también que el Derecho penal también ha sido construido desde la "idea de fin" y la correspondiente protección de unos valores determinados calificados como "buenos", "correctos" o "funcionales"³⁴ desde el punto de vista del fin que se persigue³⁵ (por otro lado,

³³ El pensamiento sofista se caracterizaba en primer lugar por el convencionalismo que atribuían a las normas morales. Esto significa que lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, no es universalmente válido ni inmutable. No hay principios morales absolutos sino que las normas morales en cuanto directoras de la conducta humana son normas convencionales. (Modernamente, CASTILLA DEL PINO, C., *La culpa*, cit., pp. 104 ss. Con citas bibliográficas, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal y control social*, cit., p. 22). Al convencionalismo de las normas morales se unía como rasgo característico del movimiento sofista el relativismo, como tendencia que rechaza toda verdad absoluta y afirma que la validez del juicio depende de las condiciones o circunstancias en que es enunciado. Estas doctrinas enunciadas en el siglo V antes de Cristo por los filósofos griegos fueron abandonadas tras la crítica que de ellas realizaron SÓCRATES y, especialmente, PLATÓN y ARISTÓTELES. Puede verse en GUTHRIE, W.K.C., *Historia de la filosofía griega III. Siglo V. Ilustración*, trad. J. Rodríguez Feo, Madrid 1988, pp. 95 ss. Críticamente sobre el concepto platónico y cristiano de "Justicia" véase KELSEN, K., *¿Qué es justicia?*, cit., pp. 46 a 48.

³⁴ Véase GINER, S., *Sociología*, cit., p. 57. También la acción humana es teleológica (op. cit., p. 49). Y la propia acción social tiene unos fines a los que habitualmente se llama funciones. El calificativo de funcional, en este sentido y desde MERTON suele hacer referencia a la presencia de un elemento dado en el seno de un sistema social que incrementa o mantiene su grado de integración (MERTON, R.K., *Teoría y estructura sociales*, México 1987). Las funciones sociales pueden ser latentes o manifiestas, pero no buenas ni malas, sobre todo porque, por lo general, los fenómenos sociales tienen un doble faz de funcionalidad y disfuncionalidad (GINER, S., *Sociología*, cit., p. 59).

³⁵ Así, VON IHERING, R., *El fin en el Derecho*, Buenos Aires, Argentina, (sin fecha), pp. 11 y 12; VON LISZT, F., *La idea de fin en el Derecho penal*, trad. de Aimone Gibson, Valparaíso 1984; ROXIN, C., *Política criminal y sistema del Derecho penal*, trad. Muñoz Conde, F. Barcelona 1972, p. 29.

las acciones humanas también son teleológicas por muy irracional que sea el fin³⁶).

2. La Moral y el Derecho penal

I) La Teoría del Derecho ha dedicado de siempre una especial atención a la adecuación a la Moral de la norma jurídica. Baste recordar que "*la filosofía vinculó desde sus orígenes la Ética a la discusión política y al Derecho*"³⁷. Incluso posturas antagónicas en apariencia como el *iusnaturalismo* de AQUINO y el positivismo jurídico de AUSTIN hacen hincapié en que la ley debe cumplir una serie de requisitos morales³⁸, lo que presupone que "los juicios morales no tienen por qué ser arbitrarios"; sino que pueden tener una justificación que a su vez justificaría a la ley que en ellos se fundamenta³⁹.

Ello no obsta para que la historia de la separación entre Derecho y Moral haya sido la historia de la génesis del derecho moderno de corte ilustrado⁴⁰. Esta cuestión —la distinción entre Derecho y Moral o la independencia del Derecho respecto de la Moral— cobra especial relevancia en el Derecho penal y, específicamente, en la culpabilidad, donde sigue vigente como lo demuestra el hecho de que la mayoría de los autores se pronuncian aún sobre ella afirmando reiteradamente la separación entre culpabilidad jurídica y culpabilidad moral.

Si la culpabilidad fuera una culpabilidad jurídica⁴¹, según considera la inmensa mayoría de la doctrina, su cuantificación habría de hacerse con

³⁶ GINER, S., *Sociología*, cit., p. 49.

³⁷ VALLS, R., "Ética para la bioética" en *Bioética, derecho y sociedad*, Valladolid 1998, p. 17.

³⁸ Véase en este sentido, LYONS, D., *Ética y derecho*, cit., p. 19.

³⁹ LYONS, D., *Ética y derecho*, cit., p. 22.

⁴⁰ Ampliamente puede verse LYONS, D., *Ética y derecho*, cit., p. 75 ss.

⁴¹ Así JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal*, trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona 1981, p. 575; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general.*, cit., p. 537.

arreglo a baremos jurídicos. Sin embargo, todavía, hay autores que denuncian cómo a través del concepto de culpabilidad se sigue legitimando la represión penal otorgándole un matiz moralmente descalificador⁴² y surgen indicios que invitan a pensar que el concepto jurídico-penal de culpabilidad aún no se ha desvinculado totalmente de criterios y conceptos morales, los cuales siguen influyendo en su fundamento y justificación. Por otro lado, como ya hemos adelantado la doctrina pone de manifiesto la tendencia jurisprudencial a "situar el punto de inflexión entre la inimputabilidad y la capacidad de culpabilidad en la posibilidad de conocimiento de que es justo o moralmente adecuado y lo que es injusto o moralmente reproable"⁴³.

La cuestión planteada no es baladí –aunque ciertamente tampoco es nueva– puesto que afecta a la legitimación del sistema. Mientras que una *culpabilidad moral* exigiría que la norma se admitiera individualmente como obligatoria para la propia conducta, la *culpabilidad jurídica* no requería este reconocimiento individual como requisito para la vigencia de la norma⁴⁴, pero más allá de esta cuestión, que no beneficia precisamente al reo, pocas más diferencias se advierte entre culpabilidad moral y jurídica

II) Cuando la doctrina hace referencia a la "culpabilidad moral" no lo hace en sentido unívoco sino que, por el contrario, puede significar o resaltar aspectos diversos:

1. La expresión culpabilidad moral puede utilizarse para hacer referencia a la *expresión o manifestación del sentimiento de culpa del reo o delincuente*. En este sentido, para que exista culpabilidad en sentido jurídico –y, por tanto, se pueda imponer una pena– no es necesario en absoluto que concurra una "culpabilidad moral" entendida como sentimiento de culpa por parte del delin-

⁴² POLITOFF, S., "Sistema jurídico-penal y legitimación política en el estado democrático de derecho" en *Nuevo foro penal* (1989), p. 321.

⁴³ QUINTERO OLIVARES, G., *Locos y culpables*, cit., p. 72.

⁴⁴ Y como consecuencia no puede ser reconocida la "conciencia discrepante". Expresamente CEREZO MIR, J., "El delito como acción culpable" en *Dogmática penal, Política criminal y criminología en evolución*, La Laguna 1997, p. 35.

cuente. A la doctrina no le cabe la menor duda de que en ningún caso se puede hacer depender la imposición de una pena del sentimiento de culpa del sujeto⁴⁵. Y de la misma forma que no se hace depender la imposición de la pena de este "sentimiento de culpa" en el reo, tampoco se puede imponer una pena cuando exista tal sentimiento pero no haya cometido un hecho típico y antijurídico o, cuándo habiéndolo cometido, el sujeto pueda ser disculpado por el Derecho penal.

2. Culpabilidad moral entendida como expresión o manifestación de que la conducta ha sido irrespetuosa con "el" catálogo de valores. Es la culpabilidad "justa", que responde a un Derecho penal que se siente como "justo"⁴⁶. A través de este concepto, la represión penal puede adquirir un significado moralmente descalificador: "una pena es justa cuando responde a las exigencias de la moral comunitaria"⁴⁷, o de la moral nazi, o de la moral democrática. Pero más importante que el posible –y evidente– significado moralmente descalificador, es el significado "moralmente" legitimador de la culpabilidad concebida como "adecuada a la Moral" o justa.
3. Culpabilidad (moral) en sentido "material", más cercano de lo que a primera vista parece al anterior, la culpabilidad puede ser *entendida como juicio de desvalor o de reproche*⁴⁸. Para quien opina así, la culpabilidad consistiría en un juicio de desvalor que (según se dice) puede ser jurídico o moral. Cuando el juicio de

⁴⁵ En este sentido, entre otros muchos, CREUS, C., *Introducción a la nueva doctrina penal*, Santa Fe (Argentina) 1992, p. 95.

⁴⁶ Véase RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, trad. M. D. González, Madrid 1995, p. 19. Desde el punto de vista de la justicia social que RAWLS plantea la justicia es la imparcialidad en la distribución de derechos y deberes fundamentales y en la división de las ventajas de la cooperación social que efectúan las instituciones sociales.

⁴⁷ Véase POLITOFF, S., "Sistema jurídico-penal y legitimación política en el estado democrático de derecho", cit., p. 321.

⁴⁸ Véase, por ejemplo, en HIRSCH, H.J., "La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas" en *ADPCP XLVI* (1993), p. 1114.

desvalor sea un juicio moral estaremos ante un supuesto similar al punto número 2. Cuando, por el contrario, el juicio de desvalor tenga un contenido jurídico (normativo) –cuestión a delimitar, pero por ejemplo lo sería el derivado de la comparación del comportamiento del enjuiciado y del propio del "hombre medio"– nos hallaríamos ante una "culpabilidad jurídica"⁴⁹.

Para que existiera culpabilidad (jurídica) con trascendencia en la imposición de una pena, bastaría con un juicio de desvalor de carácter y contenido normativo (en atención al criterio elegido, básicamente, "poder actuar de otro modo" o "comparación de la actuación con la del hombre medio"), sin que fuera necesario, para afirmar la culpabilidad que, además, concurriera o pudiera concurrir también un juicio de desvalor de carácter moral o ético. Pero estas posiciones no aclaran en qué medida el juicio de desvalor normativo puede o debe coincidir con un juicio de desvalor moral.

Por otro lado, bajo el paradigma de la objetividad del hombre medio, se oculta el contenido "moralizante" de la figura del criterio del "hombre medio ideal", cuya conducta respondería a un determinado catálogo de valores. Si el "hombre medio" actuara –o debiera actuar– moralmente, el reproche o juicio de desvalor que surgiera de la comparación de la conducta real y la conducta ideal del hombre medio, sería un juicio moral (de reproche). Ahora bien, esta generalización y objetivización realizada sobre el paradigma del "hombre medio" no es exclusiva de las teorías normativas que se fundamentan en el libre albedrío y/o el poder actuar de otro modo, pues como pone de manifiesto MORALES PRATS "las teorías preventivas –entre las que se encuentra la teoría de la motivabilidad– irremediablemente acaban por introducir referencias esenciales de carácter normativo. Así, por ejemplo, para establecer el parámetro de lo "normal" en la motivabili-

⁴⁹ Según PEREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, cit., pp. 80 s. "Será WEGNER el que en su recensión al Proyecto Gubernamental de 1925 hablará por primera vez del "hombre medio" como medida de la exigibilidad, aunque será EB. SCHMIDT el que desarrolle el concepto que tanta importancia tendrá para la teoría normativa.

dad del sujeto"... "en otros términos, la adopción del *parámetro referencial del hombre-medio*, queda revestido ahora bajo el arquetipo de "lo normal"⁵⁰.

En relación a esta cuestión es singularmente clarificadora la tesis de RAZ, para quien el lenguaje normativo ha ayudado a mantener dos grandes falacias de la filosofía del derecho⁵¹: por un lado, la creencia falaz de que las disposiciones jurídicas son necesariamente razones morales. Por otro, que un sistema jurídico puede existir sólo si la mayoría de su comunidad piensa que es que válido moralmente⁵². Sin embargo, RAZ advierte que para que una persona opte por seguir las indicaciones normativas sólo es necesario que considere que la norma es válida, y ello puede ser por razones prudencia o por razones de moral⁵³. Además, afirma que para que un sistema jurídico esté en vigor no es necesario que la población en general siga al derecho; ni tampoco que crea que las disposiciones jurídicas son razones válidas. **Basta con que los Tribunales así lo consideren y, como tal, lo apliquen.**

Tampoco es necesario, para que un sistema jurídico esté en vigor, "*que sus sujetos normativos sean modelos ideales de ciudadanos que se atienen al Derecho o que deban serlo (esto es, que las normas jurídicas sean moralmente válidas). Pero es necesario que sus jueces, cuanto actúan como jueces, actúen en su conjunto de acuerdo con el punto de vista jurídico. Esto implica también que los Tribunales deben considerar que a los ciudadanos ordinarios se les exige que sean modelos ideales de ciudadanos que se atienen al Derecho y que les juzguen de acuerdo con ello*"⁵⁴.

⁵⁰ MORALES PRATS, F., "Precisiones conceptuales en torno a la culpabilidad: convenciones normativas y función individualizadora" en *El nuevo CP: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Angel Torío López*, Granada 1999, p. 173.

⁵¹ RAZ, J., *Razón práctica y normas*, cit., p. 180.

⁵² RAZ, J., *Razón práctica y normas*, cit., p. 199.

⁵³ RAZ, J., *Razón práctica y normas*, cit., p. 170.

⁵⁴ RAZ, J., *Razón práctica y normas*, cit., p. 199.

Sin perjuicio de otras consideraciones que se harán más adelante, precisamente la utilización del concepto de hombre medio ha tenido caracteres gravemente discriminadores respecto de personas que no se adecuaban a estos parámetros sociales o a quienes se les pretendía mantener en una posición jurídicamente discriminatoria amparándose en la supuesta igualdad de trato que significa el criterio de la generalización de las características que *para la jurisprudencia* han revestido al modelo ideal de ciudadano. Así alguna doctrina ha puesto de manifiesto cómo la aplicación de modelos ideales masculinos a problemas sociales específicamente femeninos (en general relacionados con los requisitos del consentimiento en comportamientos de contenido sexual como agresiones o, más modernamente, reproducción asistida sin consentimiento⁵⁵) bajo la escrupulosa apariencia de igualdad de trato ha ocultado la imposición de requisitos específicamente más gravosos para la mujer y, por tanto, discriminatorios.

III) De modo que en un discurso racional y no ideológico –y también descriptivo– debemos distinguir en la relación entre Derecho y Moral entre el punto de vista del "ser" y del "deber ser". En el ámbito del ser (o la realidad), en principio, se afirma la separación de los ámbitos de la Moral y del Derecho. Sin embargo, lo cierto es que, cuando se trata de exigir responsabilidad penal, veremos como los Tribunales "juegan" con "hombres ideales" (*hombres morales*) tras una abstracción de las particulares y concretas circunstancias, ideología, etc. La idealización del modelo de destinatario de la norma se realiza en función de un código de valores, de modo que por esta vía ya nos acercamos peligrosamente al ámbito de la Moral. Desde el punto de vista del deber ser, la Teoría del Derecho –y la Teoría del Delito– con carácter general intentan buscar en la "moralidad" de la norma su fundamento legitimador y, si bien, se intenta abstraer teóricamente la fundamentación jurídica de la fundamentación moral, de hecho, una y otra vez se recurre a razones de moralidad o éticas (teleológicas inspiradas en valores) para explicar y justificar la imposición normativa. Lo mismo sucede

⁵⁵ Véase DE LA CUESTA AGUADO, P.M.. *Reproducción asistida sin consentimiento. Aspectos penales*, Valencia 1998.

en relación a la culpabilidad fundamentada en la idea de reproche. Pese al esfuerzo doctrinal por independizar y juridificar (esto es, desligar de la Moral) el fundamento de la culpabilidad o la razón que explica la exigencia de responsabilidad penal, una y otra vez en el discurso aparece por diversas vías el argumento "moral" lo que pone en cuestión la tan reiterada independencia de la "culpabilidad jurídica".

De modo que en las relaciones entre Derecho y Moral se pueden advertir dos movimientos contrarios: se afirma expresamente la separación entre Derecho y Moral, en el ámbito penal, para negar justificación a la intervención penal en determinados ámbitos y, en sentido contrario, se alega, más o menos expresamente, la coincidencia entre Derecho y Moral para justificar la intervención penal en otros. De este análisis surgen, al menos *prima facie*, dudas acerca de la supuesta independencia de la exigencia de responsabilidad penal a partir de la declaración de culpabilidad respecto de criterios morales.

3. Recapitulación

Si bien para la historia de la filosofía y la epistemología los vocablos "Ética" y "Moral" tienen significado diverso, desde el punto de vista de la justificación del sistema penal en base al juicio de valor derivado de la comparación con alguno de estos órdenes o de la introducción o asunción por el sistema penal de normas de conducta o valores, el sistema de referencia, esto es, Ética o Moral resulta irrelevante. Por otro lado, tanto la Moral o la Ética como el Derecho imponen deberes y pueden proponer o imponer razones para la acción. Estos tres órdenes constituyen, así mismo, medios de control social.

Tiene trascendencia, sin embargo, a los efectos que posteriormente veremos, la distinción entre Moral (o Ética) Individual –entendiendo por tal la que se ocupa de la administración que cada cual hace de su vida por su propio bien (SAVATER)– y que suele ser expresión de una Moral Social interiorizada, y Moral Social, entendida como conjunto de normas de conducta con pretensión de validez universal en un grupo social (SORIANO).

Tanto el Derecho penal como la Moral son sistemas normativos que imponen pautas de conducta y que se diferencian en que el Derecho penal es más formal, más coercitivo y rige exclusivamente en el ámbito de la conducta externa. Ambos sistemas normativos responden –y fomentan– un determinado sistema de valores que suele venir impuesto por los grupos con mayor poder social o ser fruto del pacto entre distintos grupos con poder. Pero todo control social se basa en la conformidad –proceso por el cual los individuos modifican sus conductas para ajustarse a las normas vigentes en un grupo social o en una sociedad (GAVIRIA)– y se mantienen mediante una serie de relaciones consensuadas en una doble vertiente consensual y coercitiva (GINER).

Pero solo el Derecho penal de un sistema moral democrático –y no la Moral– debe limitar su intervención a la protección de los "mínimos comunes" a las distintas concepciones éticas o morales de sus miembros. De ahí que el Derecho penal democrático deba responder "al mínimo común denominador entre las distintas Morales" permitiendo la existencia de un pluralismo moral. Un Derecho penal democrático que respete este principio sólo se puede garantizar con un sistema político democrático basado en una separación real de poderes.

En cuanto a la norma de conducta impuesta, tanto la jurídica como la Moral son normas mutables y contingentes que se ordenan axiológicamente en función del sistema de valores adoptado.

II. REPROCHABILIDAD Y CULPABILIDAD

1. El fundamento de la culpabilidad en la reprochabilidad

Desde que FRANK enunciara el concepto de reprochabilidad como síntesis de los elementos concretos de la culpabilidad⁵⁶, este concepto, la

⁵⁶ FRANK, R., "Über den Aufbau des Schuldbegriffs", cit., p. 12. Los concretos elementos que integraban la culpabilidad eran para este autor: 1) la normalidad mental del sujeto; 2) la relación psíquica o posibilidad de la misma entre autor y hecho (dolo e imprudencia); 3) normalidad de las circunstancias en las que actúa (pp. 6 ss.).

reprochabilidad, ha sido un elemento fundamental en todas las concepciones sobre la culpabilidad hasta la introducción del pensamiento sistémico en el Derecho penal y con él, la fundamentación de la categoría sistemática de la culpabilidad en la prevención.

Para FRANK "culpabilidad es reprochabilidad"⁵⁷. Aunque sería posteriormente GOLDSCHMIDT⁵⁸ quien fundamentaría la reprochabilidad en la infracción de una norma de deber⁵⁹ que exigiría a cada cual "disponer su conducta interna del modo necesario para que se pueda corresponder con las exigencias impuestas por el ordenamiento jurídico a su conducta externa"⁶⁰. La culpabilidad es la expresión de un reproche sobre la base de la infracción de un deber (deber de actuar que emana de la norma: luego, la culpabilidad sería la expresión del reproche por la infracción de la norma). Y a partir de la obra de los anteriores autores, FREUDENTHAL desarrolló la teoría de la inexigibilidad como causa de exclusión de la culpabilidad⁶¹.

⁵⁷ FRANK, R., "Über den Aufbau des Schuldbegriffs", cit., p. 10.

⁵⁸ GOLDSCHMIDT, J., "Der Notstand, ein Schuldproblem" en *Österreichisches Zeitschrift für Strafrecht* (1913), p. 140 ss.

⁵⁹ La norma de deber infringida, y cuya infracción daría lugar al reproche, sería una norma jurídica y no una norma moral o ética, pues de estos tres tipos de normas surgen distintas clases de "deberes". Puede verse en VALLS, R., "Ética para la bioética", cit., p. 17.

⁶⁰ GOLDSCHMIDT, J., "Der Notstand, ein Schuldproblem", cit., p. 144 ss. Puede verse en ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, trad. D.M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal, Madrid 1997, p. 795 s Véase también GOLDSCHMIDT, J., "Normativer Schuldbegriff" en *Festschrift für Reinhardt von Frank*, T. I, Tübingen 1930, pp. 442 s.

⁶¹ FREUDENTHAL, B., *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, Tübingen 1922. Críticamente ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, cit., pp. 60 s. Según MUÑOZ CONDE, F., fue este autor, FREUDENTHAL quien habló en su trabajo aquí citado por primera vez de la no exigibilidad como verdadero fundamento del concepto de culpabilidad *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 3ª ed., Valencia 2002, p.52. Sin embargo, y sin perjuicio de lo anterior, ya VON LISZT en la 20ª ed. de su tratado, en 1914 fundamenta la culpabilidad en sentido material en la exigibilidad del comportamiento adecuado a la norma. Véase al respecto nota 17 en p. 217.

Este concepto de culpabilidad sufrió ulteriores modificaciones de la mano de la doctrina finalista que extrajo de esta categoría sistemática el dolo y la infracción objetiva del deber de cuidado en los delitos imprudentes, ubicándolos en la tipicidad. De este modo los elementos subjetivos (el objeto de la valoración) se separan de la culpabilidad de forma que en ella quedaría únicamente el criterio de la reprochabilidad (la valoración del objeto)⁶². Ahora bien, el concepto normativo de culpabilidad sólo afirma que una conducta culpable ha de ser "reprochable"⁶³ pero no responde a la cuestión relativa a los presupuestos materiales de los que depende la reprochabilidad⁶⁴.

La doctrina propone, en esta línea, diversas fundamentaciones de la reprochabilidad⁶⁵ (las teorías que fundamentan la culpabilidad en la prevención—con exclusividad— abandonan, por lo general, el empleo de término "reproche"⁶⁶).

A) Culpabilidad como expresión de un reproche fundamentado en la idea de "poder"

a) "Poder actuar de otro modo"

"La culpabilidad es presupuesto indispensable de la pena, entendiéndose por culpabilidad el reproche que se le hace al autor porque "se ha decidido por el mal, pese a que disponía personalmente de la capacidad de elegir el camino del derecho"⁶⁷. La culpabilidad se concibe como reprocha-

⁶² Así en ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 796.

⁶³ ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, cit., p. 58. Del mismo, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 797, que hoy en día sigue aceptando el concepto de reprochabilidad en la base de la valoración en que consiste la culpabilidad aunque "es condición necesaria pero aún no suficiente de la responsabilidad, ha de añadirse la necesidad preventiva de la sanción".

⁶⁴ ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 798.

⁶⁵ Sigo con ello el esquema propuesto por ROXIN C., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 799 ss.

⁶⁶ Vid. infra p. 109.

⁶⁷ GIMBERNAT ORDEIG, E., "Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?", cit., p. 107.

bilidad personal por la conducta antijurídica⁶⁸ o, lo que es lo mismo, constituye un juicio de reproche de carácter personal formulado contra el autor de un hecho por su conducta antijurídica, cuando éste, a pesar de haber podido actuar conforme a la norma, se comportó de manera distinta⁶⁹. Esta tesis ha sido adoptada por el BGH⁷⁰.

Sin embargo, esta concepción fracasa porque no es en ningún caso, ni siquiera desde el punto de vista del indeterminismo, verificable empíricamente que el sujeto pudiera actuar de otro modo⁷¹. Por ello, más recientemente, se ha intentado reformular en los siguientes términos: "El autor, en la situación en que se encontraba, hubiera podido actuar de otra forma, en el sentido de que con arreglo a nuestra experiencia sobre la esencia del hombre, otro en su lugar hubiera podido actuar de otro modo en las concretas circunstancias empleando la fuerza de voluntad que posiblemente faltó al autor"⁷². Es decir, esta teoría se ve forzada a recurrir a lo que le es exigible al "hombre jurídicamente ideal". Con ello se afirma que el reproche de culpabilidad a través de la libertad del hombre como persona individual se traslada a la expectativa de acción referida a los "otros" y que así se reconoce el carácter relacional y creador de expectativas de la acción humana⁷³.

Esto significa, primero, que en el hombre adulto solo se puede excluir el reproche por causas extraordinarias que concurran en la persona del autor o en la situación que rodea el hecho, y segundo, que cualquier persona normal habría podido actuar conforme a derecho. Sin embargo, y pese a que JESCHECK afirma que estas dos premisas representan exigencias

⁶⁸ CORDOBA RODA, J., *Culpabilidad y pena*, Barcelona 1977, pp. 15 ss.; CEREOZ MIR, J., "Culpabilidad y pena" en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, cit., p. 179.

⁶⁹ WELZEL, H., "Kausalität und Handlung" en *ZStW* 51 (1931), p. 720. Véase también, KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip, Eine strafrechtlich-reschtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg 1961, pp. 208 s.

⁷⁰ ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 797.

⁷¹ Véase en JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal*, cit., pp. 563 ss.

⁷² JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal*, cit., p. 565.

⁷³ GINER, S., *Sociología*, cit., p. 49.

normativas que no necesitan *verificación empírica*, es más que dudoso –como advierte ROXIN– que se pueda basar el "reproche" que se realiza a una persona en lo que "otras hubieran podido hacer"⁷⁴.

Respecto a la cuestión de la validez para el Derecho penal de los conceptos del libre albedrío y la libertad de voluntad pese a que son indemostrables, se han ofrecido diversas soluciones.

Para algunos se trata de una pseudoproposición y, por tanto, no puede –*ratione materiae*– ser sometida al juicio de verificabilidad empírica o de falsación⁷⁵. Para comprobar su existencia bastaría con la experiencia humana. Para BETTIOL la libertad que necesita el Derecho penal es una libertad de voluntad (y en este sentido está sobreentendida en los Códigos penales), que considera al hombre *como si* fuera libre⁷⁶ (Teoría del *como si*)⁷⁷. SCHÜNEMANN explica desde la semántica cómo el concepto de libre albedrío expresa significados muy arraigados en las más elementales formas gramaticales de expresión de ideas y conceptos en nuestra sociedad. Más aún, se podría decir, que nuestra sociedad occidental se fundamenta sobre el reconocimiento mutuo de libertad, porque pertenece a las estructuras profundas de nuestra existencia social⁷⁸.

FERRAJOLI intenta superar la *falacia naturalista* que esconde la doctrina del poder actuar de otro modo, abandonándola. Para ello la sustituye por el principio normativo que impone una estructura regulativa de las prohibiciones penales, que presupone que una norma jurídica es sensata si permite al sujeto que la obedezca o no. Se denominará *ex ante* "libre albedrío" a la alternativa entre posibilidad de cometer y de omitir la acción prohibida, alternativa que

⁷⁴ Véase ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 800.

⁷⁵ Puede verse en ZAFFARONI, E., *Teoría del delito*, cit., p. 529.

⁷⁶ En este sentido CERESO MIR, J., "Culpabilidad y pena", cit., p.196, afirma: "el Derecho parte de la concepción del hombre como persona como ser responsable, como ser capaz de autodeterminación conforme al sentido...".

⁷⁷ BETTIOL, G., *Instituciones de Derecho penal y procesal*, cit., pp. 133 ss. Véase también p. 176

⁷⁸ SCHÜNEMANN, B., "La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo" cit., pp. 155 ss.

constituye el presupuesto de la elección entre dos opciones, a condición, empero, de que sea considerada no como ontológica sino como deontológica, no referida a la estructura óntica del mundo, sino a la deontica de las normas⁷⁹. Desde luego, es presupuesto indispensable de una pauta de conducta "razonable" y propia de un sistema democrático, que la norma pueda ser entendida por su receptor y que éste esté en condiciones –generalmente y en abstracto consideradas– de adecuar su conducta al mandato contenido en la norma.

Pero la determinación de qué condiciones son las que por lo general a cualquier persona le permitirían actuar conforme a la norma, no vienen determinadas ni por el concepto de libre albedrío ni por el de "poder actuar de otro modo", cualquiera que sea la forma en que lo entendamos. El criterio de "poder actuar de otro modo" quiere poner de relieve la necesidad de reconocer unos presupuestos personales y circunstanciales básicos que garanticen según lo comúnmente aceptado que la persona *hubiera podido*, sin graves dificultades, cumplir con la norma. De forma que, con independencia de la inverificabilidad de la formulación tradicional de este criterio, la nueva formulación basada en la "experiencia según la esencia del hombre que nos indicaría que cualquier otro en su lugar hubiera podido actuar de otro modo", basada en la naturaleza relacional y social del hombre, nos remite tácitamente a unas condiciones aún no definidas.

En resumen, por tanto, la teoría del "poder medio" aún no dice nada sobre cual es la medida de dicho poder (cual es el módulo de la culpabilidad normal), tarea esta que corresponderá a una decisión normativa⁸⁰, cuyas bases y límites no se establecen. Esta crítica vale tanto para las teorías valorativo-generalizadoras del poder actuar de otro modo como para aquellas otras que adoptan un método de referencia social⁸¹

⁷⁹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., pp. 498 s.

⁸⁰ Véase PEREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, cit., p. 114.

⁸¹ MANGAKIS, G.A., "Über das Verhältnis von Strafrechtsschuld und Willensfreiheit" en *ZStW* 75 (1963), pp. 499 ss.; KRÜMPELMANN, J., "Die neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das Zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969" en *ZStW* 88 (1976) pp. 6 ss.;

b) *"Poder motivarse por la norma" y racionalidad preventiva*

Las críticas a la teoría normativa de la culpabilidad en parte han ido siendo superadas o matizadas por la doctrina, salvo la crítica al fundamento material de la culpabilidad o culpabilidad material, basada en el libre albedrío. Así se puede decir, que las críticas sobre el método de constatación empírico o normativo de la culpabilidad, esto es, sobre su carácter valorativo⁸², se han resuelto definitivamente a favor del carácter valorativo de la culpabilidad, una vez que se admite mayoritariamente que el concepto de delito constituye una teoría de la imputación⁸³. Más dificultades presentan sin embargo, las críticas a las consecuencias de la aceptación del libre albedrío como sería el carácter retributivo de la pena, que parte de la doctrina española ha considerado derivación del indeterminismo⁸⁴ o el carácter ético del juicio de reproche o de la indemostrabilidad en juicio del libre albedrío.

Frente a las dudas doctrinales surgidas en torno al libre albedrío y el concepto de culpabilidad que comporta, la doctrina ha adoptado diversas posturas, entre las que destacan las de quienes, matizando el concepto de libre albedrío, han optado por buscar un criterio distinto para la fundamentación del concepto material de culpabilidad.

Así, las teorías que conciben la culpabilidad como asequibilidad normativa⁸⁵, la teoría de la motivación y la teoría funcional de la culpabilidad abandonan la idea de reproche, al menos explícitamente, y tienden a con-

⁸² ROSENFELD, E.H., "Schuld un Vorsatz im Lisztschen Lehrbuch" en *ZStW* 31 (1911), p. 499

⁸³ En este sentido BAUCCELLS I LLADÓS, J., *La delincuencia por convicción*, Valencia 2000, p. 279.

⁸⁴ Por todos, ZUGALDÍA ESPINAR, A., "Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad" en *Libro Homenaje a Antón Oneca*, Salamanca 1982, p.569.

⁸⁵ Aunque esta teoría ofrece un concepto de culpabilidad de referencia social, también se fundamenta en el libre albedrío, pero sin pretender probarlo, como un presupuesto imprescindible de la vida en sociedad (ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 808), o, como ya vimos, como un elemento arraigado en nuestras formas gramaticales y de pensamiento (SCHÜNEMANN, B., "La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal preventivo", cit., pp. 154 s.).

vertir la culpabilidad en atribuibilidad, responsabilidad, o imputación. El problema del "libre albedrío" se trata de resolver evitando la discusión del problema, fijándolo como un elemento básico ajeno a la discusión de una u otra forma, o simplemente, prescindiendo de él. Autores muy representativos como ROXIN matizan el concepto de libre albedrío y, sin prescindir totalmente de él, busca una fundamentación distinta. La culpabilidad consistirá en "la actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa"⁸⁶. Al hombre normal "se le trata como libre" si le eran psíquicamente asequibles posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma.

En España, las críticas al libre albedrío han generado una interesante doctrina que trata de conectar, desde una conceptualización del Derecho penal como medio de control social, con las necesidades sociales y con la función social del Derecho penal⁸⁷. El fundamento material de la culpabilidad en el libre albedrío se sustituye por la necesidad preventiva de la pena, limitada por la propia racionalidad preventiva⁸⁸. Las teorías de la motivación, en España surgen como solución determinista al problema del fundamento material de la culpabilidad⁸⁹. Así, para MUÑOZ CONDE "el fundamento material común a este criterio de imputación que denominamos con el nombre de culpabilidad, debe buscarse en aquellas facultades que permiten al ser humano participar con sus semejantes en condiciones de igualdad, en una vida en común, pacífica y justamente organizada. La "motivabilidad" la "capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas es, según creo, la facultad humana fundamental que, unida a otras que le

⁸⁶ ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 807.

⁸⁷ Véase MUÑOZ CONDE, F., "La norma jurídica penal (Crítica a la teoría sistémica del Derecho penal) en *Derecho penal y control social*, Jerez 1985, pp. 27 ss.

⁸⁸ Así, entre otros muchos y muy significados GIMBERNAT ORDEIG, E., "¿Tiene un futuro la dogmática penal?", cit., 125 ss.; MUÑOZ CONDE, F./GARCIA ARAN, M., *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 393 ss.

⁸⁹ PEREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, cit., p. 127.

son intrínsecas (inteligencia, afectividad, etc.) permite la atribución a un sujeto de la acción cometida por él⁹⁰.

Con independencia de las diversas corrientes fundamentadoras y su relación con la legitimación del *ius puniendi* que se verán en el próximo capítulo, quiero poner de manifiesto aquí, la importante aportación de las teorías que, desde la crítica a la concepción tradicional del libre albedrío, abandonándolo o matizándolo, rompen con una visión absolutamente individualista de la culpabilidad, abriendo la puerta a la fundamentación social derivada de razones de política criminal de la culpabilidad –como vía para evitar la crítica al contenido moralizante del reproche–. El "Hombre medio" con poder para actuar de otro modo (conforme a la norma) ha sido sustituido ahora por el hombre con "capacidad para motivarse"; "al que le era asequible la norma". En definitiva, con una fundamentación aparentemente distinta, el "Hombre Moral" sigue siendo la referencia de la exigibilidad.

El libre albedrío se convierte, en esta corriente para quienes lo mantienen, en el reconocimiento recíproco de la libertad, como una regla fundamental del juego social. En puridad, sin embargo, más que *una* regla del juego podría decirse que el reconocimiento recíproco de libertad forma parte de *la* regla del juego. Con exclusión de aquellos supuestos *a priori* determinados como "no normales" y, por tanto, no iguales, las reglas del juego jurídico se basan en considerar a todos los hombres entre sí iguales, pero iguales no a una persona en concreto o a uno de ellos, sino iguales a un modelo jurídicamente creado de persona. De modo que podríamos decir que al ordenamiento jurídico-penal no le importa en sede de culpabilidad si las personas son o no libres o si la persona en concreto lo fue, sino si reúne los requisitos mínimos de entendimiento y capacidad intelectual y volitiva que se consideran propios del modelo jurídico ideal de hombre. Al ordenamiento jurídico-penal lo que realmente le preocupa y lo que el juez debe determinar para imponer una pena es si en el comportamiento humano

⁹⁰ MUÑOZ CONDE, F., "Introducción" en *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, de C. Roxin, cit., p. 34.

concurrieron los requisitos mínimos que ha de reunir la persona jurídicamente ideal para que se le responsabilice de las consecuencias de sus actos. Si estos requisitos mínimos (de carácter físico, intelectual, etc...) concurren, a la persona real el ordenamiento jurídico le trata como si fuera una persona jurídicamente ideal.

Si esto es así, desde este planteamiento el problema de la fundamentación de la exigencia de responsabilidad penal se debería trasladar de sede y de nivel: ya no corresponde a la culpabilidad fundamentar la pena –más que como condición formalmente necesaria – y a partir de la fundamentación de la pena, el Derecho penal; sino que estas cuestiones en las que está latente el problema de la legitimación deberían pasar a analizarse, y sobre todo, decidirse en el debate sobre las bases del sistema, esto es, en el ámbito político-criminal, o directamente, político (de negociación entre grupos con poder). Y esto es así, porque no es exclusivamente labor del Derecho penal o de la Dogmática penal la configuración del modelo ideal jurídico de persona –sino que es una cuestión latente a todas las ramas del derecho– y porque en el ámbito político (o de toma de decisiones) la nueva configuración de la sociedad hodierna reclama la revisión del modelo de hombre tras la superación de las ideologías legitimadoras de dominio en falacias idealizadoras de la realidad del poder social.

Por otro lado, las teorías que intentan fundamentar la culpabilidad en la prevención alegan la racionalidad de la prevención frente a la irracionalidad de una pena retributiva fundamentada en idealizaciones absolutamente alejadas de la realidad. Sin embargo, conscientes de que la argumentación utilitaria puede conducir a penas desproporcionadas en relación con el hecho cometido, asumen la validez de un principio unido a la justificación retributiva cual es el de la equivalencia entre castigo y ofensa (carácter limitador del *ius puniendi* del principio de culpabilidad). Esta equivalencia estaría fundamentada, para el retribucionismo en que el autor con su hecho delictivo "merece" una pena equivalente. Por su parte, las necesidades preventivas de pena se limitadan con argumentos basados en la necesidad racional de la pena, que vienen a asumir, desde posturas democráticas,

los logros limitadores del "merecimiento retributivo" aunque el criterio de referencia para determinar la racionalidad y necesidad de la pena (en relación al *quantum*) ya no sería exclusivamente la culpabilidad sino que aparece el criterio del bien jurídico protegido, referente material-valorativo cuya lesión determinará la necesidad de respuesta penal en relación con el principio de igualdad de trato, como principio organizativo del sistema penal que subyace al concepto de "Dignidad de la persona".

De lo anterior se concluye que teorías de presupuestos tan distintos vuelven a encontrarse en los elementos fundamentales, de hecho, para la determinación de la existencia de la culpabilidad: generalización en el concepto de Hombre y relación de proporción entre culpabilidad y pena.

Sin embargo, el merecimiento del castigo o la necesidad de pena—si se observa, criterios de reminiscencias legitimadoras que intuitivamente apelan a una no explicitada razón de justicia—, hoy en día no pueden definirse a espaldas de lo que RAWLS—pero no sólo—denominó concepto social de la justicia, donde el reconocimiento de los factores personales y sociales que inciden negativamente para que la "identidad entre hecho cometido y pena" deberían ser tenidos en cuenta para que ésta fuera efectivamente "equitativa"⁹¹. Un Derecho penal que efectivamente cumpliera los presupuestos constitucionales de los que teóricamente parte, entre otros, aunque nunca suficientemente subrayado, el principio de igualdad ante la ley, debería de reconocer la posibilidad de que en la pena incidieran al menos algunos factores personales (deficiencias, enfermedades, etc.) o sociales (marginación, incultura) que son imprescindibles para "comprender" el significado del hecho y que las idealizaciones y generalizaciones del Hombre medio olvidan en base a un principio de igualdad en la aplicación formal de la ley que puede, de hecho, ser gravemente discriminatorio.

c) La generalización del modelo de destinatario de la norma

El fundamento de la culpabilidad basado en el reproche porque no se actuó de otro modo, pudiendo hacerlo, o en la capacidad de motivación exige

⁹¹ BETEGON, J., *La justificación del castigo*, cit., p. 329.

para la formulación del juicio de culpabilidad –ya se ha visto– la comparación de la actuación del sujeto enjuiciado con la actuación de "un hombre medio" o "un hombre normal". Al margen de otras críticas como la inexistencia de un modelo ideal de hombre (sino de hombres concretos); indirectamente se puede observar que la noción de culpabilidad basada en un reproche por un comportamiento divergente al esperado o exigido como propio del "Modelo", depende de lo que la sociedad considera exigible al hombre normal, a cada uno de sus miembros. Y de ello cabe colegir que los parámetros según los cuales se emitirá el reproche y/o se decidirá la culpabilidad son variables, pues para todas las sociedades no es exactamente lo mismo el grado de sumisión a la norma que la sociedad exige a los ciudadanos y, como consecuencia, tampoco lo es el grado de disenso que reconoce –y ello sin perjuicio de que tampoco todas las sociedades tienen el mismo nivel de exigencia para todos sus miembros–.

Por ello, hasta que se determine explícitamente "para nuestra sociedad" (o "para nuestro ordenamiento jurídico") que parámetros son los que el consenso establece, las fórmulas utilizadas serán poco útiles en la tarea dogmática, pues bajo la cobertura de lo "generalmente aceptado" se impide la crítica analítica y la profundización doctrinal, amén del debate social.

Pero, además, si son ciertas las afirmaciones de RAZ, cabría realizar aún ciertas consideraciones. En primer lugar, el modelo de hombre que se utiliza para la aplicación de los criterios jurídicos por los jueces, no es el de "hombre moral", "el otro", sino el "modelo ideal de hombre descrito por el ordenamiento jurídico". No existe, por tanto, una expectativa de acción referida a "los otros" sino una expectativa de acción referida al ordenamiento jurídico. En segundo lugar, este modelo ideal de referente normativo debería estar en función del modelo de "hombre medio" adecuado a la realidad social de una sociedad democrática⁹².

Se torna, entonces, cuestión imprescindible delimitar "el concepto de Hombre" que impone un ordenamiento jurídico (más allá del concepto de hombre moral social). Aquí habrá que tener muy en cuenta que el referente para determinar lo exigible por el ordenamiento jurídico responde al esquema de valo-

⁹² El modelo de Hombre ideal podría ser el del hombre que participa en la acción comunicativa, por ejemplo.

res impuesto por quienes detentan el poder de hacerlo, de modo que si bien el "Hombre ideal" sería –indirectamente– un "hombre moral" –y, de ahí que esa imagen ideal de Hombre sea legítima– en la práctica se prescinde de comprobar la "moralidad" o "bondad" del Hombre ideal que, de esta forma, una vez más queda extraído a la discusión y a la problematización relegitimadora⁹³.

B) Culpabilidad como expresión de un reproche fundamentado en actitudes o vivencias.

a) *Culpabilidad como expresión de un reproche fundamentado en una actitud interna jurídicamente desaprobada*⁹⁴. Culpabilidad "significa re-

⁹³ Y todo ello con independencia de la validez o aceptabilidad social del modelo de Hombre que aplica la jurisprudencia. Sobre este tema la doctrina feminista ha criticado abiertamente cómo este concepto de Hombre ha jugado en contra de las mujeres. Así se ha afirmado que la legítima defensa se ha construido sobre la base de concepto ideal de Hombre, capaz de enfrentarse en igualdad de condiciones a otro agresor hombre. Pero esta igualdad de condiciones físicas desaparece cuando la víctima es mujer, por lo que exigir los mismos requisitos a la mujer (con franca inferioridad física y sin posibilidad real de defensa) frente al agresor, sobre todo en los supuestos de violencia conyugal donde a la superioridad física se le superpone otra superioridad "moral" es discriminatorio. Por otro lado, algo similar ha sucedido cuando se ha tratado de los requisitos del consentimiento, pues generalmente la jurisprudencia –aunque también parte de la doctrina– ha exigido mayores requisitos al consentimiento de la mujer que del hombre. En este sentido puede verse, con bibliografía LARRAURI PIJOAN, E., "La mujer ante el Derecho penal" en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2 (1992), pp. 291 ss. Esto se ha puesto de manifiesto respecto de los delitos contra la libertad sexual y el consentimiento de la mujer frente a la agresión, y más recientemente, aunque de forma más sutil, en torno al problema del consentimiento en el delitos de reproducción asistida sin consentimiento del art. 162 del CP, donde alguna doctrina interpreta la expresión típica "sin consentimiento" como "contra la voluntad" de la mujer, exigiendo implícitamente un mayor esfuerzo en la emisión del consentimiento y, de hecho, dejando fuera del tipo todos los supuestos de consentimiento viciado, que, de otra forma, serían relevantes a efectos de la ausencia de consentimiento. Mas ampliamente, DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Reproducción asistida sin consentimiento. Aspectos penales*, Valencia 1999, pp. 92 ss.

⁹⁴ Véase con citas, DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca 1999, pp. 227 ss.

prochabilidad del hecho en atención a la reprochable actitud interna manifestada en el mismo"⁹⁵. La crítica fundamental que se hace a esta doctrina es el carácter formal de la reprochabilidad, "pues no indica ningún criterio en virtud del cual se desapruebe jurídicamente la actitud interna del sujeto"⁹⁶ aparte de las dificultades constitucionales que plantearía realizar un reproche jurídico "actitudes internas" en democracias plurales.

b) *Culpabilidad como expresión de un reproche fundamentado en la responsabilidad de la persona por su propio carácter*. Esta concepción parte de la idea de que cada cuál es responsable de sus características personales que han incidido en la realización del hecho. El problema es que se hace responder a la persona de "su disposición caracterológica", de su carácter, de algo que le viene dado por su constitución genética, sus circunstancias y sus vivencias, datos todos ellos de los que nadie es "responsable"⁹⁷. Por otro lado, una concepción de la culpabilidad basada en el propio carácter sólo es admisible si se renuncia totalmente a la retribución y al reproche moral; y, además, se reduce el Derecho penal a finalidades preventivo-especiales y se entiende la culpabilidad como responsabilidad social⁹⁸.

STRATENWERTH distingue entre culpabilidad de disposición o por el carácter y culpabilidad por conducción de vida.

- a) La culpabilidad de disposición o por el carácter se fundamenta en "la carencia de actitud social que el autor expresa en la realización de su hecho". Esta formulación confunde los conceptos de peligrosidad y culpabilidad en el de culpabilidad de carácter y sustituye la retribución por la prevención especial⁹⁹.

⁹⁵ Formulación realizada por GALLAS, W., *La teoría del delito en su momento actual*, trad. de J. Córdoba Roda, Barcelona 1959, p. 62. y seguida también por JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal*, cit., p. 587.

⁹⁶ ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 800.

⁹⁷ Véase ZAFFARONI, E., *Teoría del delito*, cit., p. 537.

⁹⁸ ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 803.

⁹⁹ STRATENWERTH, G., *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, trad. de E. Bacigalupo con la colaboración de A. Zugaldía Espinar, Madrid 1980, pp. 45 s.

- b) La culpabilidad por la conducción de vida significa que lo que se reprocha al autor es precisamente haberse convertido en lo que es¹⁰⁰. Pero para que un autor pudiera ser responsable de aquéllo que es (de su carácter) o de aquéllo en que se ha convertido, sería necesario reconocer que en la base de su comportamiento es libre para optar por una forma de vida o de ser u otra. Sin embargo, una libertad tal de decisión no es más que una pura ficción¹⁰¹. El sujeto normal sería aquel sujeto que puede adaptar su comportamiento a las circunstancias y a la norma.

2. Moralidad y culpabilidad jurídica

A) Sobre reprochabilidad y reproche

El concepto de reprochabilidad es imprescindible para comprender el significado de la culpabilidad sobre la fórmula culpabilidad = reprochabilidad. Para estas posturas la culpabilidad estaría constituida por la emisión de un juicio de desvalor (juicio de reprochabilidad¹⁰²) sobre la conducta fundamentado en la existencia de una alternativa posible de conducta y –más o menos explícitamente– en el libre albedrío¹⁰³.

Sin embargo, mientras que el término "culpabilidad" hace referencia a una persona (una persona es culpable, no una acción), la reprochabilidad hace referencia a un objeto: el reproche. Reprochar, según el Diccionario de la Lengua, es sinónimo de reconvenir –hacer cargo a uno arguyéndole comúnmente con sus propios hechos o palabras–, echar en cara una acción. Tanto en esta parca explicación como en la forma en que la doctrina utiliza este vocablo,

¹⁰⁰ STRATENWERTH, G., *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, cit., pp. 47 s.

¹⁰¹ STRATENWERTH, G., *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, cit., p. 47.

¹⁰² Siguiendo a WELZEL, H., *El nuevo sistema del Derecho penal*, trad. J. Cerezo Mir, Barcelona 1964, p. 80.

¹⁰³ Véase ZAFFARONI, E., *Teoría del delito*, cit., p. 529.

puede detectarse bajo el término "reprochar" una fuerte carga de desaprobación ética o moral. Y es precisamente este contenido que muestra el "desagrado" producido por la conducta del reprochado, uno de los argumentos fundamentales para que parte de la doctrina considere necesario abandonar la idea de "reproche" porque el concepto de culpabilidad que interesa al Derecho penal es un concepto jurídico, mientras que, se afirma que los conceptos de reprochabilidad y reproche, como substantivación de la acción de reprochar, pueden conllevar una importante carga de desvalor moral o ético¹⁰⁴.

B) Juicio de desvalor ético social y culpabilidad jurídica

La evidente contradicción entre la exigencia jurídico-penal de culpabilidad (no moral) —que implica que la culpabilidad jurídica lo es con independencia de que el juicio de reproche responda a un juicio de desvalor ético-social— y el contenido moralizante de la reprochabilidad intenta obviarse afirmando que el juicio de desvalor en que consiste el reproche es un juicio normativo, de modo que, con independencia de cual sea la valoración ético-social de la conducta del individuo, se dictará una sentencia condenatoria en base a un juicio de reproche cuando se haya realizado una conducta antijurídica pese a que el sujeto pudo haberse comportado de forma adecuada a derecho. Se reprocha la realización de una conducta típica y antijurídica —por haberla realizado—¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Mientras que, para que exista culpabilidad jurídica bastaría con un juicio de desvalor de carácter y contenido normativo (en atención al criterio elegido, básicamente, "poder actuar de otro modo" o "comparación de la actuación con la del hombre medio" lo que aún no indica a qué parámetros objetivos habría que recurrir), para emitir un juicio de reproche, es preciso hacer previamente un juicio de desvalor en atención a determinados criterios o valores, que dado el propio contenido del término "reproche", han de partir de consideraciones ético-sociales. Así, HIRSCH, H.J., "La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas", cit., p. 1110, para quien la "reprochabilidad exenta de valores éticos" es una *contradictio in adiecto*.

¹⁰⁵ WELZEL, H., *Derecho penal. Parte general*, trad. De J. Bustos y S. Yáñez, Santiago de Chile 1970, p. 198.

La culpabilidad jurídica, entonces significa, que se realizará la imputación subjetiva con independencia de consideraciones morales. Pero, como hemos puesto de manifiesto, el criterio del "poder actuar de otro modo" o "del hombre medio" requiere para su aplicabilidad lógica la previa enunciación de los parámetros o criterios que permitirán determinar "lo que pudo hacer otro hombre en la misma situación" – o si se quiere, lo que le era exigible que hubiera realizado, como miembro del grupo social, por sus características personales de normalidad–. La carencia de enunciación explícita de dichos parámetros, en aquéllos que defienden la fórmula "culpabilidad = reprochabilidad"¹⁰⁶ ha de ser suplida con los criterios –latentes– que acompañan a la acción de "reprochar" y al "reproche" como producto de dicha acción, esto es, criterios éticos o morales. Según la eficacia que se reconozca a los valores éticos subyacentes podemos adoptar dos posturas distintas:

a) La culpabilidad jurídica es independiente de la culpabilidad moral, de forma que cuando se produzcan conflictos de valores, primará siempre el (valor) impuesto por el ordenamiento jurídico, y el juicio de reproche se dictará con abstracción de la "real" afectación en el caso concreto a valores¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Ejemplo paradigmático y que pone en evidencia la falacia de esta igualdad es el Código penal de de Paraguay de 1998 que en su art. 2.1 y según su Exposición de Motivos, prescinde del término "culpabilidad" para sustituirlo por el de "reprochabilidad" llevando a su extremo la máxima de FRANK: nunca hasta ahora la "culpabilidad" había sido tan identificada con reprochabilidad. Así el art. 2 "principios de reprochabilidad y de proporcionalidad" establece "no habrá pena sin reprochabilidad" y "la gravedad de la pena no podrá exceder los límites de la gravedad del reproche penal" –aunque esto después no es cierto del todo, pues la gravedad de la pena se determina en atención a otros criterios contenidos en el art. 65, que respecto a la "medición de la pena" establece que se basará en la "reprochabilidad del autor y será limitada por ella; se atenderán también los efectos de la pena en su vida futura en sociedad". Finalmente, el art. 14 del mismo código define "reprochabilidad" como "reprobación basada en la capacidad del autor de conocer la antijuricidad del hecho realizado y de determinarse conforme a ese conocimiento".

¹⁰⁷ Expresamente advierte de la diferenciación entre culpabilidad jurídica y culpabilidad moral CEREZO MIR, J., admitiendo todos sus consecuencias en "Culpabilidad y pena" en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid 1982, p.195.

Con lo cual, la culpabilidad jurídica basada en la reprochabilidad de la acción, o dicho de otro modo, la fórmula "culpabilidad es reprochabilidad" y similares constituyen fórmulas legitimadoras vacías de contenido, pues *si la culpabilidad es jurídica, en el juicio de reproche no se deben tener en cuenta valoraciones éticas y si no se tienen en cuenta valoraciones éticas, el reproche será meramente formal y nunca con función legitimante pues no responderá ni necesitará de valores éticos que lo justifiquen.*

En el fondo de esta postura subyace, pues, una *falacia normativista* que podría enunciarse de la siguiente forma: "Las normas jurídico-penales deben responder a criterios ético-sociales mayoritarios de forma que cuando se infrinja una norma jurídica se deberá estar lesionando un bien o valor esencial de la sociedad, y en ese caso, la conducta lesiva deberá merecer un juicio de desvalor (reproche) que fundamentará la culpabilidad" . De esta afirmación de "deber ser" la teoría de la reprochabilidad extrae la siguiente afirmación en el ámbito del ser: "la infracción de una norma jurídico-penal es culpable y merece un juicio de reproche porque ha lesionado el valor o bien ético contenido en la norma y aceptado por todos como tal bien".

Esta postura es insostenible pues está construida sobre una evidente contradicción, como es fundamentar el reproche en supuestos valores éticos, que luego, en el caso en concreto no son objeto de valoración. Por otro lado, en contra de lo que parece ser la finalidad de un concepto material de culpabilidad, el reproche jurídico, así entendido, no sirve para limitar el *ius puniendi*, sino que por el contrario, oculto en la ideología que implica confundir los ámbitos ontológicos del ser y del deber ser, se extrae del disenso, de la discusión crítica la concreta justificación de la pena en el caso concreto.

"La culpabilidad jurídica no supone siempre una culpabilidad ética (y no solamente en los supuestos excepcionales del derecho injusto y del autor por convicción)". Pero cuando define qué entiende por derecho injusto (p. 195, nota 59) afirma que " el Derecho injusto es, a mi juicio, obligatorio mientras no suponga una infracción grave de un principio material de justicia, especialmente del principio de validez *a priori*, del respeto a la Dignidad de la persona humana".

b) Los problemas aludidos podrán ser obviados si se afirma que la culpabilidad implica la emisión de un reproche que se fundamenta en un juicio de desvalor ético, de forma que el Derecho penal estará sometido al tamiz crítico de un sistema de valores. En sociedades democráticas esta afirmación implica el reconocimiento de eficacia a los propios valores morales o éticos del individuo cuando entren en conflicto con el sistema de valores impuesto o protegido por el ordenamiento jurídico-penal. En este sistema, *la culpabilidad jurídica será una especie de culpabilidad moral*.

Más aún, siempre que el Derecho penal respete los valores mayoritarios en una sociedad, el reproche jurídico responderá al reproche moral que por la lesión de determinados valores merece la conducta analizada. Lo que sucedería sería que el reproche jurídico se realizará con "independencia" formal del reproche moral y no *porque* haya un reproche moral (del que se le independiza desde el momento en que la "norma" moral se juridifica). En esta postura se asume con todas sus consecuencias la identificación entre (juicio de) reproche y juicio de desvalor –en el sentido de que el reproche es un juicio de valor–.

Sólo esta forma de entender el juicio de desvalor (reproche) en que consiste la culpabilidad según la igualdad comúnmente asumida "culpabilidad=reprochabilidad" es consecuente con las premisas teóricas de las que parte, pero con sus ineludibles referencias valorativas remite a la idea de "adecuación a la justicia" del juicio lo que exige reflexionar sobre una cuestión tan esquivada para la mayoría de la doctrina penal y filosofía jurídica como es la de la exigibilidad del denominado "derecho injusto".

III. RECAPITULACIÓN

La crítica al concepto normativo de culpabilidad basado en la libertad de actuar, se explica, en parte, en la inseguridad que conlleva el abandono del naturalismo, aunque "la confrontación entre determinismo e indeterminismo puede

considerarse hoy relativamente superada¹⁰⁸. Precisamente, la sustitución del sistema clásico causal de culpabilidad responde a la pretensión de introducir en el juicio de culpabilidad, también, criterios valorativos, con un trasfondo legitimador o justificador del castigo. En este sentido ha de ser entendida la equiparación entre culpabilidad y reprochabilidad propuesta por FRANK¹⁰⁹.

La teoría normativa de la culpabilidad inicia un proceso espiritualizador de la misma a partir de la introducción de la referencia a valores y fines como guía interpretativa, y con ello legitimadora; proceso que posteriormente se vio acentuado con las aportaciones finalistas y la inclusión del dolo y de la imprudencia en la tipicidad, liberando con ello la culpabilidad de los últimos elementos con contenido psicológico. La culpabilidad normativa, así concebida e inspirada en valores, acaba legitimando la intervención estatal en los conceptos valorativos subyacentes: la imagen del hombre que propugna y su relación con la sociedad. A partir de este momento, la crítica al concepto material de culpabilidad, como elemento legitimador del *ius puniendi* se independiza del debate teórico sobre la culpabilidad como categoría dogmática del delito. De ahí que, el grueso de las críticas al concepto de culpabilidad normativo se haya centrado en el concepto de reproche, pues éste se configura como concepto material referido a valores. Estas críticas, más allá de la mera crítica terminológica, afectan al modelo de sociedad y de intervención penal y a la propia legitimidad que otorga.

La reprochabilidad basada en el libre albedrío presenta a un hombre libre y autónomo, de perfil individualista en la dialéctica liberal del enfrentamiento estado-ciudadano como sujetos del reproche. "... Pero al mismo tiempo y quizá por ello, predominan los conceptos generalizadores, bien como fundamento de la concepción, bien como integradores del juicio del reproche: desde la infracción de la norma genérica de deber que supone la obligación de determinarse en GOLDSMIDT hasta misma idea de deber resultante de la "objetividad de la

¹⁰⁸ GARCIA ARAN, M., "Culpabilidad, legitimación y proceso", *ADPCP* XLI (1988), p. 73.

¹⁰⁹ Véase al respecto, supra pp. 30 y ss. FRANK, R., "Über den Aufbau des Schuldbegriffs", cit, p. 10.

Ley moral" en Arthur KAUFMANN, sin olvidar el concepto de "hombre medio" como baremo de determinación de la exigibilidad, aunque se introduzca la valoración de las condiciones personales y la situación del autor"¹¹⁰.

La idea de libertad del hombre se materializa en el poder actuar de otro modo, de donde cabría deducir que sólo cuando esto no fuera posible –no exigibilidad de otra conducta– quedaría excluida la culpabilidad. Sin entrar, al menos de momento, en la discusión sobre si la exigibilidad es un elemento constitutivo o no de la culpabilidad, y como consecuencia, si es un elemento positivo o negativo, o dicho de otro modo, si cabría la admisión de causas supralegales de exclusión de la culpabilidad basadas en la no exigibilidad de otra conducta, lo cierto es que, de hecho, la libertad se presume –salvo excepcionales pruebas en contrario de forma que "la culpabilidad justificante del castigo se constituye así en su fundamento y con ello se consolida igualmente la teórica perfección del sistema dualista: pena equivale a la culpabilidad y medida de seguridad a la peligrosidad"¹¹¹.

Tras la crisis de la culpabilidad como reprochabilidad late una crisis del modelo de legitimación que deriva de la propia del concepto de Hombre y de sus relaciones con el estado en que se fundamenta. El concepto de culpabilidad material, en tanto en cuanto desde la teoría normativa ha asumido las funciones de legitimación de la intervención penal mediante la asunción de referentes valorativos, está sometida a las crisis de legitimación propias de la evolución social y la necesidad constante de racionalización y relegitimación de la sociedad en evolución democrática.

Por otro lado, tampoco en el juicio de culpabilidad –al menos explícitamente– se realiza un juicio de desvalor o de desaprobación –juicio de reproche– sino un juicio de atribución o de imputación. Con la emisión del juicio de atribución, el juez, aplicando los criterios establecidos por el Derecho positivo y la jurisprudencia y respetando los principios del ordenamiento jurídico, declara como propia de su autor la conducta antijurídica (imputación) y como consecuencia, le declara responsable jurídico-penalmente de sus actos.

¹¹⁰ GARCIA ARAN, M., "Culpabilidad, legitimación y proceso", cit., p. 74.

¹¹¹ GARCIA ARAN, M., "Culpabilidad, legitimación y proceso", cit., p. 79.

Si con la normativización del concepto de la culpabilidad se asignan a este la función de legitimación, deberemos detenernos ahora en cómo se ha efectuado esa legitimación. Esta tarea, que abordaremos en el capítulo siguiente, permitirá analizar también la evolución el concepto material de culpabilidad en la última mitad del siglo XX, pues es en este periodo en el que el concepto –que ya había sido definido tras el proceso analizado en el capítulo I y que se desarrolla entre la segunda mitad del siglo XIX y primera mitad del XX– es dotado de contenido por la dogmática penal¹¹².

¹¹² Según el esquema ofrecido por KIM, Y.W., *Zur Fragwürdigkeit und Notwendigkeit des strafrechtlichen Schuldprinzips. Ein Versuch zur Rekonstruktion des jüngsten Diskussion zu "Schuld und Prävention"*, Munich 1986, p. 123 ss. , la superación de la crisis de la legitimación y fundamentos del Derecho penal en base a la culpabilidad se ha movido en tres modelos: 1) El modelo input o de reconstrucción dogmática del fundamento material de la culpabilidad –Véase también PEREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, cit., pp. 97 s.- ; 2) Modelo output o de sustitución del fundamento material de la culpabilidad por un principio ajeno con dos vertientes: a) prevención general intimidatoria o especial, apoyándose en la teoría de la motivación –que tiene sus orígenes ya en BINDING y VON LISZT y en el esfuerzo de estos autores por superar la metafísica del libre albedrío- b) prevención general positiva; y 3) Modelo intermedio o mixto, donde se recurre a un nuevo modelo de libre albedrío combinado con prevención general positiva.

CAPÍTULO III

CULPABILIDAD Y LEGITIMACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

I) El concepto penal de culpabilidad hoy utilizado, ha sido desarrollado por la doctrina europea desde finales del siglo XIX. Con anterioridad, las cuestiones relacionadas con la imputación subjetiva se solían tratar bajo el epígrafe general de imputación, si bien coexistía con las nociones de culpa y culpable. Sin embargo, el concepto de "culpabilidad" sólo pudo ser tratado con el rigor sistemático actual desde que RUDOLF VON IHERING separara por primera vez en 1867, en su escrito *Das Schuldmoment in römischen Privatrecht*, el injusto de la culpabilidad y con ello se pusieran las bases para la moderna teoría del delito¹. Se atribuye a BINDING en su obra *Die Normen und ihre Übertretung*, la elaboración del concepto de culpabilidad en su sentido moderno². Pero aún hoy las dificultades que presenta el examen del concepto de culpabilidad son importantes, pues "no hay un concepto de culpabilidad sino concepciones diferentes"³.

Al vocablo "culpabilidad", a los efectos de nuestro estudio, se le puede asignar, al menos⁴, tres significados⁵:

¹ PERRON, W., "Problemas principales y tendencias actuales de la teoría de la culpabilidad" en un *Nuevo Foro Penal* 50 (1990), p. 455.

² BINDING, K., *Die Normen und ihre übertretung*, 1ª ed., Leipzig 1872, p. 107.

³ ZIPF, H., *Introducción a la política criminal*, trad. M.Izquierdo Macías-Picavea, Madrid 1979, p. 49.

⁴ La STS núm 450/1998 de 30 de enero, reconoce aún otro sentido del término "culpabilidad" como "sinónimo de intervención o participación en el hecho y no en el sentido normativo de reprochabilidad jurídico-penal". En este sentido la presunción de inocencia consistiría, según el TS, en "la declaración interina de inculpabilidad".

1. "culpabilidad" como elemento dogmático del delito
2. "culpabilidad" como fundamento del principio de culpabilidad enunciado bajo el brocardico latino "*nulla poena sine culpa*"⁶.
3. "culpabilidad" como elemento legitimador de la pena y del *ius puniendi*⁷.

Al margen quedarán otras posibles acepciones del término culpabilidad, como "culpabilidad procesal".

Como hemos visto, el principio de culpabilidad es fruto del pensamiento liberal ilustrado⁸, que lo deriva del de legalidad con la finalidad de excluir la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por hechos de "otros". Es decir, enuncia el principio que garantiza la subjetivización y la individualización de la responsabilidad penal⁹. Pero, si bien originariamente el principio de culpabilidad tiene un enunciado autónomo, desde el momento en que la culpabilidad se configura como elemento dogmático

⁵ ACHENBACH, K., *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechts-systematischen Schuldlehre*, Berlin 1974, p. 3. Distingue este autor entre *Schuldidee*; *Strafzumessungsschuld* y *Strafbegündungsschuld*. Críticamente, PEREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, cit., p. 59.

⁶ Entendido como no hay pena sin culpabilidad (categoría dogmática). Aquí se plantearía también el problema del concepto material de culpabilidad material. ACHENBACH, ul. loc. cit.

⁷ QUINTERO OLIVARES, G., *Locos y culpables*, cit., p 195, enuncia las funciones del vocablo culpabilidad de la siguiente forma: "...La culpabilidad es a la vez característica definitoria del *sistema penal* (Derecho penal de la culpabilidad), conquista democrática (compendio de garantías) y *elemento de la teoría del delito*".

⁸ El Derecho penal romano ya consagro por una ley de Numa Pompilio el principio de responsabilidad personal. De ahí pasó a la compilación Justiniana y a la tradición cristiana. Véase en FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, trad. P. Andrés, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero Bandrés, Valladolid 1997, p. 488.

⁹ PEREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, cit., p. 56, afirma que también sirve para excluir la pena al sujeto inimputable. Sin embargo, la doctrina española con anterioridad a la extensión en España del principio de culpabilidad, y/o sin hacer referencia a él excluía ya la responsabilidad del inimputable.

del delito el principio de culpabilidad empieza a referirse a este elemento, originando una situación de confusión de conceptos entre los significados 1 y 2 (culpabilidad como elemento dogmático y como fundamento del principio de culpabilidad)¹⁰.

II) Como elemento dogmático del delito, la culpabilidad constituye un elemento imprescindible –según la mayoría de la doctrina– para la calificación de una conducta como delictiva¹¹. Pero la exigencia de imputación subjetiva no es nueva, sino que ya el inicial concepto germinal de delito, previo a VON LISZT, configuraba el delito como la "acción culpable" o, retro trayéndonos aún más en el tiempo, como, "yerro a sabiendas" en expresión de las Partidas. Según la concepción del delito que se siga actualmente, la culpabilidad ocupa el segundo lugar –teoría de los elementos negativos del tipo–, o tercero –teoría tripartita–. Para esta última, según la tradicional enunciación que desde VON LISZT/BELING ha imperado en la doctrina hispana, el delito sería la acción u omisión típica antijurídica y culpable.

Esta definición considera que la culpabilidad es un elemento constitutivo del concepto de delito, pero no define su contenido o fundamento. Por ello, en la doctrina actual, tanto española como continental –básicamente alemana e italiana– dentro del concepto de culpabilidad (como elemento dogmático) se suele diferenciar entre un concepto formal y un concepto material de culpabilidad¹². Mientras que el concepto formal de culpabilidad "abarca los elementos psíquicos del hecho que en un ordenamiento jurídico dado se exigen positivamente como presupuestos de la imputación subjetiva" –o, dicho de otro modo, los presupuestos en los que se fundamenta la culpabilidad– el concepto material de culpabilidad intenta buscar

¹⁰ Puede verse, BACIGALUPO ZAPATER, E., "Principio de culpabilidad e individualización de la pena" en *El nuevo CP: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Angel Torío López*, Granada 1999, pp. 35 y 38.

¹¹ Expresamente FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 501.

¹² ENGISCH, K., *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht. Neudruck der Ausgabe*, Aalen 1964 (reedición) pp. 99 ss.

y averiguar los fundamentos de esta categoría del delito, o "bajo qué condiciones resulta justificado fundar la imputación subjetiva"¹³.

La distinción entre culpabilidad formal y material, la inicia VON LISZT en la edición 14ª de su *Lehrbuch* (Berlín, 1905)¹⁴. En sentido formal, para VON LISZT, culpabilidad es responsabilidad por la realización de la acción antijurídica. En sentido material la culpabilidad es la relación subjetiva entre el autor y su hecho¹⁵. Para entonces VON LISZT considera que la culpabilidad en sentido formal está constituida por la capacidad de imputación (imputabilidad) y la imputabilidad del hecho (dolo o imprudencia), mientras que en sentido material sería la falta reconocible por el hecho cometido con significado social para la vida en sociedad¹⁶ –aunque en este primer momento no desarrolla esta idea ni le otorga mayor trascendencia–. Posteriormente, en la 20ª edición, el juicio de imputación estará constituido por la capacidad de culpabilidad (*Schuldfähigkeit*) e imputabilidad del hecho (*Zurechnungsbarkeit der Tat*) que a su vez, se produce si el comportamiento tiene un significado antisocial o si al autor le era exigible pues pudo hacer lo que conoció y debió¹⁷. La imputabilidad (o capacidad de culpabilidad) es la capacidad de un comportamiento social que consiste en la capacidad de conocer y dirigir el propio comportamiento y se define como **motivabilidad normal** (*normales Determinierbarkeit*)¹⁸.

¹³ JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal*, cit., pp. 580 s.

¹⁴ En otro sentido, VELASQUEZ, F., *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed. Santa Fe de Bogotá 1997, p. 537. Sin embargo, hasta 1907 FRANK no introduce su concepto de reprochabilidad.

¹⁵ (*sie*) kann bestimmt werden als der aus der begangenen Tat erkennbare Mangel der für das gesellschaftliche Zusammenleben erforderlichen sozialen Gesinnung. VON LISZT, F., *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, cit., pp. 157 s.

¹⁶ Críticamente VON BAR, L., *Die Schuld nach dem Strafgesetze*, Berlin 1907, p. 20.

¹⁷ VON LISZT, F., *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, cit., 20ª ed., Berlin-Leipzig 1914, p. 152. 24ª ed., Berlin-Leipzig 1922, p. 160.

¹⁸ VON LISZT, F., *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, cit., 10ª ed., p. 141 y 144; 14ª ed. 163; 24ª ed., p. 164.

Con ello VON LISZT intenta salir al paso de los continuos avances que en el ámbito de la culpabilidad se están produciendo en los primeros años del siglo¹⁹. La teoría naturalista de la culpabilidad, propia de la teoría clásica del delito, desarrollada por VON LISZT a partir de las aportaciones de VON BURI²⁰, produce una "radical reducción de la culpabilidad a elementos psicológico-descriptivos" con la pretensión metodológica de que la culpabilidad pudiera ser constatada de forma *general-objetiva* por el juez²¹. Pero el propio RADBRUCH (teoría estrictamente psicológica) ya se ve obligado a añadir un elemento normativo referido al hombre medio²². Este primer paso de una teoría exclusivamente psicológica a una teoría normativa se ve potenciado tanto por las dificultades e insuficiencias dogmáticas de la propia teoría (incapacidad para explicar la culpa consciente y el estado de necesidad...) como por la nueva metodología introducida por el neokantismo.

Fue FRANK²³, en 1907, quien propuso una concepción de la culpabilidad superadora de la dicotomía propia del concepto clásico basada en la reprochabilidad, bajo la fórmula "culpabilidad es reprochabilidad"²⁴ que se ha mantenido vigente con mayor o menor intensidad y con diversas fundamentaciones hasta nuestros días²⁵.

¹⁹ Puede verse con referencias el serio estudio histórico de VELASQUEZ, F., *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 536 ss.

²⁰ VON BURI, M., *über Causalität und deren Verantwortung*, 1873, pp. 15 ss; del mismo, "Über kausalzusammenhang und dessen Zurechnung" en *GA* (1976), pp. 716 ss.

²¹ Véase en PEREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, cit., p. 74.

²² RADBRUCH, G., "Über den Schuldbegriff" en *ZStW* 24 (1904), p. 345.

²³ FRANK, R., "Über den aufbau des Schuldbegriffs", cit., pp. 5 s.

²⁴ FRANK, R., "Über den aufbau des Schuldbegriffs", cit., p. 11.

²⁵ El CP de Paraguay de 1998 en su art. 2º afirma que "no habrá pena sin "reprochabilidad". Se entiende por reprochabilidad según el art. 14 la "reprobación basada en la capacidad del autor de conocer la antijuridicidad del hecho realizado y de determinarse conforme a ese conocimiento". Pese al evidente esfuerzo definitorio, el significado propuesto adolece –además de la evidente falta de estilo– de la misma indefinición que desde sus orígenes se ha advertido en el concepto de "reproche" con la agravante de que al utilizar como sinónimo el término "reprobación", esto es, acción

Mientras que el concepto formal de culpabilidad cuestiona los "presupuestos o requisitos" (positivos) necesarios para que exista culpabilidad y responde a una trayectoria jurídico-positivista y, al menos aparentemente, neutral o no valorativa; el concepto material de culpabilidad responde a una corriente filosófica jurídica derivada del neokantismo y del idealismo neoclásico que intenta superar tal neutralidad normativa introduciendo criterios valorativos y axiológicos en el Derecho penal. Este idealismo neoclásico recoge como veremos más adelante, la imagen del hombre como individuo racional, responsable y libre, procedente de la ilustración. Pero también el concepto material de culpabilidad es consecuencia de la pervivencia de principios metafísicos y de la incapacidad de superar el significado moralizante del término "*Schuld*" por la doctrina, pese a los esfuerzos de BINDING y el propio VON LISZT.

III) Al concepto material de culpabilidad le interesa ir más allá de la mera exigencia formal de culpabilidad y se cuestiona el fundamento material de ésta, intentando responder a la pregunta de por qué el estado puede imponer una pena a determinadas personas calificadas como culpables. En este sentido, el concepto material de culpabilidad tiende a convertirse en el argumento teleológico –basado en consideraciones éticas, sociológicas o ideológicas²⁶– que legitima al conjunto de elementos que nuestro concreto derecho positivo acoge en la posición sistemática de la culpabilidad²⁷. Este concepto material, lo mismo que el concepto de antijuridicidad material, pretende servir como criterio legitimador (y cuando sea posible, además, delimitador) del *ius puniendi* del estado. De esta forma se convierte en un concepto de importancia capital, por cuanto que podría llegar a permitir,

de desaprobación o de "dar por malo" (Diccionario de la Lengua) se incrementa el carácter moralizante del contenido de la culpabilidad. Sobre las repercusiones en América Latina de la reprochabilidad puede verse también GOLDSTEIN, R., *La culpabilidad normativa*, Buenos Aires 1960, pp. 39 ss.

²⁶ JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 581.

²⁷ ACHENBACH, K., "Imputación individual, responsabilidad, y culpabilidad" en *el sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales* de SCHÜNNEMANN, B., Madrid 1991, pp. 134 s.

incluso, desarrollar nuevas causas supraleales de exclusión de la culpabilidad²⁸. Pero los argumentos que se utilizan son éticos, morales y valorativos, lo que, por una nueva vía nos conducirá al problema de la posible incidencia de los propios conceptos morales en la declaración de culpabilidad –y de la interrelación entre Moral y Derecho penal–.

En este sentido siguiendo a KUHN podríamos afirmar que la teoría general del delito y, su construcción más característica, el concepto de delito, ha evolucionado y se ha perfeccionado bajo el impulso de razones casi metafísicas y desde luego, no jurídicas. La crisis de la ciencia del Derecho penal y el replanteamiento de sus estructuras y de la teoría del delito, han sido momentos excepcionales y han respondido a nuevas representaciones de origen filosófico, ideológico o religioso²⁹. Dependiendo de las premisas ideológicas de que se partiera se ha configurado históricamente una concepción u otra del Derecho penal y con ello se ha ido produciendo avances o retrocesos en la ciencia del Derecho penal o en los sistemas penales.

A una rápida revisión de las relaciones entre razones ideológico-legitimadoras de la intervención penal y concepto de Derecho penal y culpabilidad dedicaremos el siguiente apartado.

II. MODELOS DE SOCIEDAD Y DE FUNDAMENTACIÓN DEL IUS PUNIENDI

Si siguiendo a HABERMAS, en la sociedad tradicional o preindustrial (caracterizada por la existencia de un poder central (estatal) de dominio frente a la organización del parentesco; por la división de la sociedad en clases socioeconómicas y por que mantiene en vigor algún sistema de "cosmovisión" central)³⁰ el poder punitivo está legitimado en el propio po-

²⁸ ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, cit., p. 59.

²⁹ COLLETI, L., *La superación de la ideología*, trad. de T. Rodríguez Tapia, Madrid 1982, p. 60.

³⁰ HABERMAS, J., *Ciencia y técnica como ideología*, Madrid 1984, p. 72.

der estatal de origen sacro o religioso y no se cuestiona la legitimidad del poder o del dominio. En este modelo de sociedad, no sería necesario para legitimar el *ius puniendi* el recurso al fin de la pena pues estaría suficientemente legitimado en interpretaciones metafísicas o religiosas. El hombre aparecía en su relación con la autoridad como súbdito e individuo aislado³¹.

En la sociedad moderna, propia de la era industrial³², se inicia la modernidad con el incremento de oportunidades para un número creciente de personas³³ y de la crítica a las legitimaciones tradicionales que son sustituidas por otras nuevas ideologías³⁴ con fines igualmente legitimadores³⁵. El hombre, en la sociedad moderna aparece como individuo libre, racional, pero sobre todo, como individuo socializado, esto es, como individuo que "es en relación con el grupo social en que se integra". Este grupo social tiene sus ideologías, legitimadoras de sus intereses, sus creencias, su propia imagen del hombre, que el individuo asume como propias y que configuran su interrelación social y su personalidad. Esto producirá que la forma en que el hombre se relaciona con el *ius puniendi* en la culpabilidad sea distinta.

³¹ Vease mi artículo "El concepto material de culpabilidad", en *Cuestiones fundamentales del Derecho penal* de De la Cuesta Aguado, P. y Terradillos Basoco, J. (coord.), Universidad de Cádiz, Cádiz 1999, pp. 92 a 106. (publicado también en *Alé-Kumá*, 9/ 2000, Colombia, pp. 15 a 28 y en *Revista jurídica del Perú*, 27/ 2001, pp.43 a 55.

³² HABERMAS, J., *Ciencia y técnica como ideología*, cit., 74.

³³ DAHRENDORF, R., *Ley y orden*, trad. L.M. Díez-Pícazo Madrid 1994, p. 61.

³⁴ GINER, S., *Sociología*, Barcelona 1996, p. 189. Se denomina ideología al "conjunto de creencias y conceptos, fácticos y normativos, que explican el mundo social a quienes las sustentan". El término ideología aquí utilizado lo es en sentido fuerte, esto es, intenta poner de manifiesto su carácter mistificante (Véase al respecto MARTINEZ-SICLUNA SEPÚLVEDA, C., *Legalidad y legitimidad: la teoría del poder*, Madrid 1991, p. 198.

³⁵ Puede verse en CAMPBELL, T., *Siete teorías de la sociedad*, Madrid 1988, p. 210 ss; SMELSER, N., / STEPHEN WARNER, R., *Teoría sociológica. Análisis histórico y formal*, trad., J.L. García Molina, Madrid 1990, pp. 150 ss., WEBER, M., *Economía y sociedad*, trad., J. Medina Echevarria, México-Buenos Aires, 1944.

En el ámbito penal se detectan tres ideologías legitimadoras de la pena y del Derecho penal, el retribucionismo, la prevención general y la prevención especial³⁶.

1. Sociedad moderna e ideologías legitimadoras

A) Retribucionismo

El retribucionismo parte del presupuesto de que la culpabilidad (moral) del delincuente es condición necesaria y suficiente³⁷ para justificar la pena y que solo es aceptable que la pena sea "igual" o "equivalente" a la ofensa³⁸, de forma que el castigo se justifica porque el culpable lo "merece" (el concepto de "merecimiento" adquiere especial trascendencia³⁹).

En cuanto al fundamento de la culpabilidad según las teorías retributivas, es la concepción normativa del delito –que históricamente responde a una sociedad moderna– la que ha aportado la visión más extendida. La concepción normativa del delito, introducida en España por RODRÍGUEZ MUÑOZ con la traducción y anotaciones al Tratado de MEZGER, y difundida por JIMÉNEZ DE ASÚA, fundamenta la culpabilidad –y la imposición de la pena– en la voluntad de libertad y en la exigibilidad. Muy resumidamente, se podría decir que el hombre es libre (libre albedrío) y como tal ha de responder de sus actos. Este juicio de culpabilidad está impregnado por una pretensión justificadora o legitimadora del castigo. La línea del discurso tiene un claro componente individualista en el dualismo "estado-ciudadano" como sujetos activo y pasivo del reproche, pero al mismo tiempo, predominan los conceptos generalizadores del juicio de reproche (ra-

³⁶ Me remito a los trabajos míos anteriormente citados. Véase, además, ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 82.

³⁷ En contra expresamente ROXIN, C., "La culpabilidad como criterio limitativo de la pena" en *Revista de Ciencias penales* (1973), p. 20.

³⁸ BETEGON, J., *La justificación del castigo*, cit., p. 326.

³⁹ BETEGON, J., *La justificación del castigo*, cit., p. 327.

cionalidad de la ley moral, hombre medio, etc.). El castigo es exigible a partir de circunstancias generales, no por las basadas en la personalidad del sujeto⁴⁰. La culpabilidad justificadora del castigo⁴¹ se constituye así en su fundamento y, a partir de aquí, se produce una estrecha equivalencia entre pena y culpabilidad y medida y peligrosidad. Pena, culpabilidad y retribución responden a los mismos criterios⁴². La culpabilidad, según esto, sería el fundamento y medida de la pena. Esta postura ha sido objeto de fuertes críticas en los últimos treinta años.

El concepto de culpabilidad y, como consecuencia, un Derecho penal basado en la culpabilidad a partir del "postulado "no hay pena sin culpabilidad", y todo ello en el libre albedrío, reprochabilidad y retribución (fin retributivo de la pena y legitimación del estado para castigar al infractor), puede ser entendido quizá como un intento de racionalizar y adaptar a los nuevos tiempos los argumentos sacros que en la sociedad tradicional legitimaban el dominio. De hecho, la propia teoría del libre albedrío se extrae, aunque sometida al tamiz racionalista del liberalismo ilustrado, de la religión cristiana⁴³. En este sentido quizá represente la primera ideología legitimadora del dominio en surgir, iniciando el proceso secularizador contra la cosmovisión religiosa legitimadora del dominio en la sociedad tradicional. Sin embargo, hoy en día el retribucionismo así entendido no se mantiene⁴⁴ pues las certeras y severas críticas vertidas desde amplios sectores doctrinales al principio del libre albedrío (y a su

⁴⁰ GARCÍA ARÁN, M., "Culpabilidad, legitimación y proceso", cit., p. 74.

⁴¹ GARCÍA ARÁN, M., "Culpabilidad, legitimación y proceso", cit., p. 73.

⁴² Sobre la retribución como "costes de producción retributivos" y las medida "coste de producción preventivo" véase BOTTKE, W., "La actual discusión sobre las finalidades de la pena" en *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, de J.M. Silva Sánchez (ed.), Barcelona 1997, p. 45.

⁴³ Libre albedrío es el poder o capacidad del individuo para elegir una línea de acción o tomar una decisión sin estar sujeto a limitaciones impuestas por causas antecedentes, por la necesidad, o por la predeterminación divina. Un acto libre por entero es en sí mismo una causa y no un efecto; está fuera de la secuencia causal o de la ley de la causalidad.

⁴⁴ JAKOBS, G., *Derecho penal parte general*, cit. p.585.

indemostrabilidad⁴⁵) han acabado por excluirlo como argumento fundamentador de la culpabilidad –y por ende del concepto de delito–, pese a que recientemente SCHÜNEMANN se pronuncia por retomar el concepto de libre albedrío al que considera muy arraigado en las más elementales formas gramaticales de expresión de ideas y conceptos en nuestra sociedad⁴⁶. Según este autor, los defensores de este cambio de paradigma desconocen que la visión del mundo del jurista no reside en teorías esotéricas sino en la vida diaria, conformada por el lenguaje ordinario⁴⁷.

Por otro lado, también se debe someter a juicio crítico la afirmación de que la culpabilidad es la medida de la pena ⁴⁸ (al menos en nuestro ordenamiento jurídico) donde más bien son los valores político-criminales elegidos por un CP (principio de proporcionalidad de la pena en su faceta de límite al legislador)⁴⁹. De modo que el legislador castiga más unas conductas

⁴⁵ Sobre todo como consecuencia de los estudios de la psicología y su método al problema del libre albedrío que abocaban al determinismo. También más recientemente la filosofía del lenguaje, el positivismo lógico del primer WITTGENSTEIN y del Círculo de Viena con sus intentos metodológicos de demostración empírica en base al principio de verificación y el principio de falsabilidad acabaron con las posibilidades de fundamentar científicamente la culpabilidad en el libre albedrío al afirmar que las proposiciones metafísicas no tienen significado. Véase en NAVARRO CORDÓN, J. M. Y CALVO MARTÍNEZ, T. *Historia de la filosofía*, Madrid 1979, p. 496. Al respecto WITTGENSTEIN, L., *Conferencia sobre ética*, traducción de F. Burilés, 2. Ed., Barcelona 1990, p. 36.

⁴⁶ SCHÜNEMANN, B., "La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal preventivo" cit., , p. 155.

⁴⁷ SCHÜNEMANN, B., "La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal preventivo", cit., p. 157. Este autor representa quizá la más moderna formulación de lo que BETTIOL denominó la filosofía del "*como si*". "El legislador debería poner en la base de sus normas la libertad del querer como un postulado práctico, "como si esa libertad fuese un dato positivamente logrado". BETTIOL, E., *Instituciones de Derecho penal y procesal*, trad. F. Gutierrez-Alviz y Conradi, Barcelona 1977, p. 138

⁴⁸ Por todos, BRUNS, H. J., *Strafzumessungsrecht. Gesamtdarstellung*, 2ª ed., Colonia, Berlín, Bonn, Munich, 1974, p. 393.

⁴⁹ No contradice esta afirmación el hecho de que alguna STS haga referencia a la culpabilidad como medida de la pena. Así lo hace la St. de 20 de febrero de 1993, núm. 348 (RJ 1993/1383) –ponente Sr. Conde-Pumpido Ferreiro– según la cual, en relación a las soluciones legislativas de nuestro CP respecto de los delitos cualificados

que otras dependiendo del bien jurídico afectado con lo que, en principio, la culpabilidad no tiene que ver con la determinación del marco general de la pena que impone el CP.

Sólo una vez dentro del marco penal que establece el tipo, se atenderá a la culpabilidad –graduable– que actúa como fundamento de la imposición de la pena y genera la responsabilidad penal (principio de proporcionalidad en su faceta de límite en la actuación judicial), pero también interviene incidiendo en el quantum de la pena otros criterios de política criminal recogidos por su lesividad o su peligrosidad en las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal⁵⁰. Junto a lo anterior, el retribucionismo se muestra ineficaz para explicar las medidas de seguridad y aparece, hoy en día como una ideología naturalista⁵¹.

Como superadoras del retribucionismo, las teorías relativas de los fines de la pena⁵², atribuyen una finalidad práctica –desistir al autor de futuros delitos (prevención especial); influir sobre la comunidad para evitar que se comenten delitos (prevención general)– a la pena⁵³.

por el resultado afirma que "tampoco esta última solución era del todo satisfactoria (se está refiriendo a la reforma de 1983 del CP), en cuanto se entendía que, al igualar en la represión de los delitos cualificados por el resultado los supuestos en que el resultado agravatorio era causado por imprudencia y aquellos otros en que se producía con dolo eventual, el principio de proporcionalidad y aquella regla según la que "la culpabilidad debe ser la medida de la pena" aparecían contradichos por tal punición igualitaria de situaciones en las que la culpabilidad del autor era de distinta gravedad". En realidad no está dotando de significado autónomo a la que denomina "regla" –según la cual la culpabilidad debe ser la medida de la pena– sino que la está equiparando al principio de proporcionalidad, en su aspecto limitador de la actividad judicial en cuanto a la individualización de la pena.

⁵⁰ Incluso posteriormente a la hora de imponer una pena. Vease HIGUERA GUIMERÁ, J.F., *Las excusas absolutorias*, Madrid 1993. También SCHÄFER, G., *Praxis der Strafzumessung*, 2ª ed., Munich, 1995, p. 160

⁵¹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., p. 330.

⁵² ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 85.

⁵³ Vid. en ROXIN, C., *Iniciación al Derecho penal de hoy*, traducción, introducción y notas de F. Muñoz Conde y D.M. Luzón Peña, Sevilla 1981, pp. 38 ss.

La Prevención general, en su sentido moderno intenta fundamentar la pena en su supuesta capacidad de prevención frente a la colectividad. Así lo hacía también la Séptima Partida⁵⁴. Actualmente se pueden distinguir dos vertientes:

B) Prevención general negativa

I) El fin de la pena es la prevención mediante la intimidación de la sociedad para que no se cometan delitos. Este fin justifica la existencia de la pena y del Derecho penal. Sin embargo, a los efectos que nos interesan, es necesario detenerse en las siguientes reflexiones:

a) La teoría de la prevención negativa parte del presupuesto de que el Derecho penal es un sistema normativo porque es esencialmente sancionador, esto es, porque establece sanciones para el caso de que se incumpla el mandato contenido en la norma (coactividad).

Sin embargo, como ha demostrado RAZ, una norma prescrita es una norma establecida por un acto de habla⁵⁵ que pretende ser tomado por los sujetos normativos como una razón para la acción excluyente⁵⁶. Que una

⁵⁴ "Porque todos los que vieren e oyeren, tomen exemplo, e apereibimiento para guardarse que non yerren, por miedo a las penas".

⁵⁵ Entiendo por "acto de habla" siguiendo a SEARLE toda emisión lingüística con significado que conlleva fuerza ilocucionaria. Para SEARLE la unidad mínima de comunicación es el acto de habla con fuerza ilocucionaria (acto ilocucionario o ilocutivo). Este acto ilocucionario se construye en atención a determinadas reglas convencionalmente admitidas que determinan su significado. Puede verse SEARLE, J.R., "¿Qué es un acto de habla?", traducción de Luis Ml. Valdés Villanueva, en *La búsqueda del significado*, cit., pp. 432 ss. Recientemente esta teoría ha intentado ser aplicada al Derecho penal para explicar los delitos de amenazas e injurias por RUIZ ANTÓN, L.F., "la acción como elemento del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras" en *El nuevo CP: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Angel Torío López*, Granada 1999, pp. 484 ss.

⁵⁶ Según RAZ, J., *Razón práctica y normas*, trad. Ruiz Manero, Madrid 1991, p. 18, son razones las que explican, valoran y guían las conductas de las personas. Solo las razones entendidas como hechos son nominativamente significativas; sólo ellas determinan lo que debe hacerse (p. 21). Las razones tienen una dimensión de fuerza en función de su fuerza lógica de modo que en caso de conflicto la razón más fuerte supera

orden se acompañe de una amenaza no significa que se esté ofreciendo una opción al destinatario, sino que se está reforzando la razón (que constituye la propia orden) con una razón adicional⁵⁷.

La norma jurídica, por tanto, es una razón para la acción⁵⁸. Pero mientras que las normas imperativas son razones operativas completas, la sanción es, como mucho, una razón parcial auxiliar⁵⁹, y lo será siempre que

a la más débil (p.28). Las razones lógicas y fenomenológicas de fuerzas no están lógicamente relacionadas y son apreciadas de forma subjetiva por el sujeto.

RAZ distingue entre razones completas e incompletas. Sería una razón completa aquella que dejaría de ser completa si fuera omitida cualquiera de sus partes constitutivas (p. 28) o "que el hecho enunciado por cualquier conjunto de premisas que implique que hay una razón para realizar una cierta acción es una razón completa para realizarla" (p. 27). Dentro de las razones completas se pueden distinguir: razones concluyentes, absolutas y razones *prima facie* (p.31). Una razón absoluta es aquella que no puede haber un hecho que la supere. Por otro lado, las razones pueden ser operativas o auxiliares. Razón operativa es cuando la creencia de subsistencia implica tener la actitud crítica práctica (p. 37). Toda razón completa incluye una razón operativa.

Razones auxiliares (no operativas) pueden ser identificativas (del acto que hay que realizar) o razones que afectan a la fuerza y tienen como función ayudar a determinar qué razón tiene más peso (p. 39). La existencia de una sanción es una razón auxiliar. Los conflictos de razones se resuelven por medio del peso o la fuerza relativas de las razones en conflicto. Existen razones de primer orden y de segundo orden. Los conflictos entre razones de primer orden se resuelvan por medio de la fuerza relativa de las razones en conflicto (p. 40). En la resolución de conflictos razones que pertenecen a distintos niveles, la fuerza de la razón más fuerte prevalece. Se debe de hacer aquello que hay una razón concluyente para hacer tras un balance de razones (p. 41). Una razón de segundo orden es una razón para abstenerse de actuar por otra razón distinta. Una razón excluyente es una razón de segundo orden para abstenerse de actuar por alguna otra razón (p. 44). Es una razón para no actuar por ciertas razones (p. 226). Véase también ATIENZA, M./RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho*, Madrid 1996, pp. 131 ss

⁵⁷ RAZ, J., *Razón práctica y normas*, cit., pp. 95 y 181 ss. Véase también ATIENZA, M./RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho*, cit., pp. 131 ss.

⁵⁸ RAZ, J., *Razón práctica y normas*, cit., p. 179.

⁵⁹ Una razón auxiliar es una razón que no es operativa, es decir, que no es una razón completa para la acción. RAZ, J., *Razón práctica y normas*, cit., p. 37. "La función de las razones *auxiliares* es justificar, de alguna forma, la transferencia de la actitud práctica desde el enunciado de la razón operativa a la conclusión".

sea la causa de que el agente que desea evitar la sanción preste atención al derecho⁶⁰. A pesar de la importancia de las sanciones y del uso de la fuerza para imponerlas en todos los sistemas jurídicos humanos, el intento de explicar la normatividad del derecho sobre la base de la sanción conduce a un punto muerto. Explica una de las formas en que las disposiciones jurídicas son razones, pero no consigue explicar de qué forma son normas. De modo que el derecho no es coactivo por naturaleza⁶¹. La normatividad del derecho se basa en el contenido de la norma constituido por una regla de conducta impuesta y no en la correlación que lo acompaña que no sería más que una razón adicional para la acción.

Por todo ello, la primera crítica que se puede hacer a la teoría de la prevención general negativa es que parte de forma implícita de una concepción negativa del Derecho, ignorando o menospreciando la importancia configuradora de conductas de la norma jurídica como auténtica razón para la acción. Como veremos más adelante, el mismo reproche puede hacerse prácticamente a todas las teorías relativas de la pena.

b) Por otro lado, se cuestiona si efectivamente el "funcionamiento" del sistema penal tal y como ha sido descrito por esta teoría se adecua a la realidad, pues no se ha podido demostrar que la pena "efectivamente" actúe coaccionando a los individuos de una sociedad y reprimiendo de forma efectiva la comisión de delito. Por el contrario, surte mejor efecto preventivo general que la imposición de la pena, el correcto y rápido funcionamiento de los aparatos judiciales y policiales⁶², las medidas sociales de integración, etc. Por tanto, si es empíricamente indemostrable que la pena prevenga delitos de forma efectiva e inmensamente mayoritaria, no se puede recurrir a la finalidad preventivo general basada en la intimidación para fundamentar el Derecho penal.

⁶⁰ RAZ, J., *Razón práctica y normas*, cit., p. 187.

⁶¹ LYONS, D., *Ética y derecho*, trad. de M. Sierra Ramoneda, Madrid 1986, p. 147.

⁶² Véase en TERRADILLOS BASOCO, J. / MAPELLI CAFFARENA, B., *Consecuencias jurídicas derivadas del delito*, Madrid 1996, p. 50.

Más aún, no está nada claro que efectivamente el castigo ejerza una influencia eficaz sobre la conducta, debilitando de algún modo la relación entre un estímulo y una respuesta⁶³.

c) La más moderna psicología desaconseja en la organización de grupos de personas (empresas, etc.) el recurso al castigo, no solo por los eventuales efectos secundarios que puede producir, sino sobre todo porque se ha demostrado que si bien el castigo cumple la tarea de decir al individuo lo que no debe hacer, no le ofrece información alguna sobre que tipo alternativo de conducta debería seguir⁶⁴, de modo que en realidad no motiva a la realización de una determinada conducta, sino que en realidad "reprime" la conducta con que el individuo tiende a responder ante un determinado estímulo, si es lo bastante grave y se aplica durante un tiempo suficiente⁶⁵

d) Finalmente, la prosecución de la finalidad preventiva podría llevar a la sobredimensión del *ius puniendi* ya que el estado podría recurrir a este medio coercitivo para realizar un mayor control de la sociedad o castigar muy gravemente en función de la finalidad proclamada⁶⁶, conductas poco graves pero muy corrientes⁶⁷. Esta objeción es fácilmente superable –o al

⁶³ Puede verse en este sentido THORNDIKE, E.L., *Educational Psychology*, vol. II, Nueva York 1913, donde afirmaba con la explicación técnica más antigua que se conoce sobre el castigo (según GIBSON, J.,L./ IVANCEVICH, J.M./ DONELLY JR., J.H., *Las organizaciones*, 8ª ed., Madrid 1996, pág. 286) que efectivamente el castigo ejerce un efecto de debilitamiento de la relación entre estímulo y conducta. Más adelante, sin embargo, renuncia a esta teoría.

⁶⁴ GIBSON, J.,L./ IVANCEVICH, J.M./ DONELLY JR., J.H., *Las organizaciones*, cit., pág. 288.

⁶⁵ GIBSON, J.,L./ IVANCEVICH, J.M./ DONELLY JR., J.H., *Las organizaciones*, cit., pág. 288.

⁶⁶ DE LA CUESTA AGUADO, P., "Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto" en *Revista de Derecho penal y Criminología* 6 (1996), pp. 143 s.

⁶⁷ PAVARINI, M., "La justificación imposible. La historia de la idea de pena entre justicia y utilidad" en *Capítulo Criminológico* 21 (1993), *passim*

menos así lo pretenden numerosos autores— recurriendo a la racionalidad preventiva de la pena justa⁶⁸.

II) Desde las filas de la prevención general y del determinismo se intenta ofrecer una alternativa al retribucionismo y a la idea del "poder actuar de otro modo" en la denominada "teoría de la motivación"⁶⁹. Mientras que la culpabilidad de la teoría normativa se explica a partir de una concepción retributiva, la teoría de la motivación se vincula a una concepción preventiva de la pena⁷⁰. La finalidad fundamental de la teoría de la motivación es resolver y superar el problema planteado en la culpabilidad por la cuestión del libre albedrío, por un lado, y acabar con el fundamento retribucionista y el reproche basado en estas premisas en sede de culpabilidad.

Esta teoría concibe la culpabilidad como un fenómeno social, como una culpabilidad de referencia social. La culpabilidad desde este punto de vista se fundamenta en la función motivadora de la norma penal y en la "motivabilidad" o facultad humana que capacita para reaccionar frente a las exigencias normativas, cuya existencia permitiría realizar la imputación subjetiva y, en consecuencia, exigir responsabilidad penal al sujeto⁷¹.

⁶⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad" en *RGLJ* (1965), *passim*. TERRADILLOS BASOCO, J./ MAPELLI CAFFARENA, B., *Consecuencias jurídicas derivadas del delito*, cit., p. 45 s. Con bibliografía y citas, puede verse PEREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, cit., pp. 31 y 263, notas 188 ss.; de la misma, "Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena" en *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, de J.M. Silva Sánchez (ed.), Barcelona 1997, p. 78 al analizar prevención general positiva y retribución.

⁶⁹ MUÑOZ CONDE, F./GARCIA ARAN, M., *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Valencia 1996, p. 369. Véase en este sentido, PEREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, cit., p. 114.

⁷⁰ GIMBERNAT ORDEIG, E., "El sistema del Derecho penal en la actualidad" en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid 1976, p. 151: "la pena... no tiene una función metafísica de retribución y expiación, sino la más simple y modesta de prevenir delitos".

⁷¹ MUÑOZ CONDE, F./GARCIA ARAN, M., *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 372 s.; MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., Barcelona, 1982, pp. 96 ss.

Así mismo, pone de manifiesto la relación existente entre la concepción del hombre de una determinada sociedad y los requisitos que a la persona se le exigen para hacerle responsable de una pena. La imagen del hombre que defienden es la imagen del hombre de referencia social insertado en una sociedad democrática y en un Estado Social y Democrático de Derecho cuya función consiste en promover la condiciones para la libertad e igualdad de los individuos (art. 9 Constitución Española)⁷².

Por lo tanto, para la teoría de la motivación el fundamento de la pena será la prevención general mediante penas proporcionadas a la gravedad del delito y en función de la importancia del bien jurídico⁷³. Por ello, se recurre para limitar posibles excesos punitivos a criterios de jerarquización y lesión del bien jurídico y al principio de proporcionalidad de la pena⁷⁴, que originariamente pensado para la medida de seguridad, viene a significar, en un Derecho penal que no necesita de criterios limitadores relacionados con la culpabilidad, lo que para el retribucionismo de hecho representa la culpabilidad como límite a la medida de la pena. Se trata, por tanto, de una versión matizada de la teoría de la prevención general negativa o intimidatoria, basada en la idea de motivación y de que sólo la pena proporcionada en función de los bienes jurídicos protegidos surte efectos preventivo generales⁷⁵.

A esta teoría se le ha criticado, que pese a que formalmente aparece como superadora del "poder actuar de otro modo", de hecho sigue recurriendo a la idea de "poder": poder motivarse. "En consecuencia, la conclusión

⁷² GARCIA ARAN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el CP de 1995*, cit., p. 35.

⁷³ GRACIA MARTIN, L., "Culpabilidad y prevención de la moderna reforma penal española" en AP 37 (1993), p. 555.

⁷⁴ GARCIA ARAN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el CP de 1995*, cit., pp. 32 ss.

⁷⁵ GARCIA ARAN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el CP de 1995*, cit., p. 33. Véase también GRACIA MARTÍN L., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo CP español* Valencia 1996, pp. 60 s.; MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, cit., pp. 42 ss.

parece ser que la motivabilidad, en sí misma, no implica la exclusión de la culpabilidad en todo caso, ni siquiera la exclusión de la culpabilidad normativa –ni en su carácter de juicio de reproche, ni respecto de su fundamento el libre albedrío– sino que más bien es una teoría sobre el contenido material de la culpabilidad que puede ser utilizada para distintos fines⁷⁶. En parte, esta crítica tiene razón: la teoría de la motivación es una explicación material de la culpabilidad. Pero también el fundamento del libre albedrío e incluso el contenido del juicio de reproche, y el juicio mismo, responden a una concepción material de la culpabilidad. De modo que si bien es cierto que el reconocimiento de la motivabilidad como facultad humana no es, en principio, contradictoria con la creencia en la libertad de actuación humana (aunque sus orígenes ideológicos en España estén unidos al determinismo), la aceptación de esta facultad como fundamento de la culpabilidad en la teoría dialéctica de la culpabilidad –o, si se prefiere, en una culpabilidad orientada preventivo-generalmente– significa el abandono y la superación de una explicación de las relaciones de dominio propia de las ideologías de la sociedad moderna y el primer paso y punto de partida para lograr una explicación más acorde con la nueva sociedad a la que parece estamos abocados.

Por eso considero que esta concepción es acorde a una situación de tránsito, de alteración de estructuras sociales y contiene una serie de "ingredientes" que la convierten en imprescindible para explicar el significado de la culpabilidad y su posible alcance en la sociedad actual y para posibilitar una profundización en sus premisas que permita progresivamente ir adecuando la relación estado sancionador-persona a la progresiva complejidad de las sociedades tecnológicas.

En este sentido, los aspectos más destacados, de esta concepción de la culpabilidad serían los siguientes:

1. Sitúa a la culpabilidad en el ámbito de relación social propia de la sociedad en que vivimos⁷⁷.

⁷⁶ PEREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, cit., p. 129.

⁷⁷ MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, cit., p. 92.

2. Reconoce a la persona una serie de valores inviolables fruto del consenso democrático, con abstracción de posibles legitimaciones sacras.
3. Propicia y reconoce el "diálogo" entre persona-estado en el seno de la culpabilidad. O como dijera MUÑOZ CONDE "es, pues, la sociedad o mejor su estado representante, producto de la correlación de fuerzas sociales existentes en un momento histórico determinado, quien define los límites de lo culpable y lo inculpable, de la libertad y de la no libertad"⁷⁸.
4. Se apunta a la corriente minimalista del Derecho penal, única compatible con un estado plural y democrático.
5. Aunque parece que parte de una concepción coactiva de la normatividad del derecho⁷⁹, no es incompatible con una concepción no meramente coactiva⁸⁰.

⁷⁸ MUÑOZ CONDE, F./GARCIA ARAN, M., *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 370. También MUÑOZ CONDE, F., "Introducción" en *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, cit., p. 28. Críticamente QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F., *Curso de Derecho penal. Parte general* de QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F./PRATS CANUT, M., Barcelona 1997, pp. 317 s., para quienes "si bien MUÑOZ CONDE introduce una dimensión social en su teoría de la culpabilidad (motivación individual, considerando la participación en los bienes jurídicos y valorando el rol social del individuo), la misma se desarrolla en base a la indeterminación de los conceptos de "frustración" y de "expectativa" como componentes de la función de las normas y, en definitiva, no puede obviarse que las referidas expectativas derivadas de las normas surgen de unas estructuras de poder dadas; la "expectativa jurídico-penal" enmascara de tal forma una apología de las reglas de la mayoría.

⁷⁹ MUÑOZ CONDE, F./GARCIA ARAN, M., *Derecho penal. Parte general*, cit., expresamente en p. 62: "el principal medio de coacción jurídica, la pena, sirve, pues, para motivar comportamientos en los individuos. La norma penal cumple, por tanto, esa función motivadora que señalábamos al principio, amenazando con una pena la realización de determinados comportamientos considerados por las autoridades de una sociedad como no deseables".

⁸⁰ RAZ, J., *Razón práctica y normas*, cit., pp. 95 y 181 ss.

Sin embargo, sus detractores argumentan que tan difícil es demostrar empíricamente la posibilidad de motivación de un autor concreto como que su comportamiento fue libre y no estuvo determinado, por lo que esta teoría —se dice— también se ve obligada a acudir a una presunción normativa (que todos los hombres normales son motivables)⁸¹ y al juicio comparativo generalizador respecto del hombre medio u hombre normal. Contra estas críticas se oponen argumentos extraídos de las ciencias psicológicas y del comportamiento humano⁸². Pero, además, la teoría de la motivación no afirma "que todos los hombres normales sean motivables" sino más bien que *los hombres que no son motivables no pueden ser hechos responsables de su actuar contrario a la norma*, lo cual es sustancialmente distinto. Que todos los hombres normales son motivables, efectivamente sería una pseudoproposición inverificable. No obstante, hoy en día puede ser determinado prácticamente con certeza por la psiquiatría y la psicología cuándo una persona es motivable o no. Pero la afirmación sustancial, esto es, que quien no es o ha sido motivado por la norma, por las causas que sean (déficits de motivación) no puede ser hecho responsable del delito, es una decisión convencional, político-criminal que corresponde adoptar al legislador penal dando satisfacción a las demandas sociales. Sería, por tanto, un criterio normativo representativo de la idea de justicia imperante en una sociedad. Y, por ello, no susceptible ni necesitado de verificación empírica.

Con lo cual, y modo de breve conclusión, volvemos a encontrarnos, de nuevo, para explicar y justificar los "no contrastable" con el recurso a la supuesta innecesariedad de verificación empírica; a la idea de Justicia (lo mismo que harán los defensores del libre albedrío) y al juicio comparativo respecto del "Hombre medio" o modelo jurídico ideal de destinatario de la norma (recurso fundamental del retribucionismo, como ya vimos)

III) En sentido similar a la teoría de la motivación defendida en España por MIR PUIG O MUÑOZ CONDE define SCHÜNEMANN la "teoría

⁸¹ PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, cit., p. 129.

⁸² Así GIMBERNAT ORDEIG, E., "El sistema del Derecho penal en la actualidad", cit., p. 146, con argumentos sociológicos y psicológicos.

de la prevención general por conminación⁸³ que explicita quizá contenidos latentes en la teoría de la motivación. Para este autor la amenaza penal atribuida a la prohibición tiene un efecto de prevención general tanto positiva como negativa: por un lado, la conminación penal "robustece la conciencia jurídica general y hace presente el valor del bien jurídico; por otro lado, cuando la amenaza de pena anticipa idealmente un efecto intimidatorio es manifestación de prevención general negativa". Entre ambos efectos no debe existir una relación de conflicto sino de combinación, pues los efectos descritos se manifiestan en momentos diversos. Así entendido, este autor considera que es plenamente congruente la prevención general por la conminación con las condiciones de legitimación del principio de culpabilidad. "Como la norma prohibitiva influye sobre sus destinatarios por medio del proceso de motivación, su efecto sólo puede ser el de evitar lesiones para bienes jurídicos que sean perfectamente evitables. De este modo, también el concepto de prevención general por la conminación presupone el libre albedrío"⁸⁴. Esta combinación entre libre albedrío y motivación como fundamentos de la culpabilidad, convierte a la teoría de la prevención de conminación en una teoría mixta de la pena, que destaco aquí porque pone de manifiesto que existe una tendencia a ir desplazando la comprensión del fin del Derecho penal (o su función) desde la pena a la norma primaria.

C) Prevención general positiva

En su más reciente formulación⁸⁵ –y por supuesto de forma muy sintética– parte de la consideración del Derecho penal como medio de control so-

⁸³ SCHÜNEMANN, B., "Sobre la crítica a la teoría de la prevención" en *Política Criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, de J.M. Silva Sánchez (ed.), pp. 96 ss.

⁸⁴ SCHÜNEMANN, B., "Sobre la crítica a la teoría de la prevención", cit. p. 97.

⁸⁵ Tiene sus orígenes ideológicos en los estudios sociológicos de DURKHEIM, PARSONS y posteriormente LUHMAN y HABERMAS, si bien, en el ámbito penal sus antecedentes pueden encontrarse en WELZEL, KOHLRAUSCH o MAYER. Véase al respecto PEREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, cit., p. 28.

cial, donde la finalidad de la pena sería la autoconfirmación normativa. La pena actuaría estigmatizando al delincuente e integrando a los ciudadanos fieles al Derecho en la vigencia de la norma. Surge en el debate sobre los fines de la pena como una pretensión de superar las antinomias de los fines de la pena y salir del círculo cerrado a que habían conducido⁸⁶. Cómo causas más inmediatas se apuntan la crisis de la resocialización y el imposible retorno a la retribución⁸⁷. A la teoría de la prevención general positiva se le atribuyen una función explicativa de la pena⁸⁸ y una función legitimadora de la pena y del Derecho penal y fundamentadora de la responsabilidad individual sustituyendo el contenido tradicional de la "culpabilidad" por la prevención general positiva (JAKOBS) o intentando complementarla por la prevención de integración y fundamentarla en los supuestos de exclusión de la responsabilidad individual en otros fines de la pena (ROXIN)⁸⁹. Junto a lo anterior se le asigna una función limitadora de la pena frente a los posibles excesos a que pudiera conducir la teoría de la prevención general intimidatoria.

⁸⁶ Sintéticamente, PEREZ MANZANO, M., "Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena" en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, cit., p. 73.

⁸⁷ HASSEMER, W., "Generalprävention und Strafzumessung" en *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt am M. 1979, pp. 34 ss.

⁸⁸ Inicialmente la teoría de la prevención general positiva pretende ser una teoría meramente descriptiva de los efectos "reales" de la pena. Así describe, sintéticamente, los siguientes: 1.- refuerza de manera simbólica la vigencia de la norma "ejercitando la confianza" hacia la misma. "Misión de la pena –dirá JAKOBS– es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma" (JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, cit. pp. 14 y 18. 2.- Refuerza la fidelidad al Derecho de los sujetos participativos que advierten el sufrimiento que conlleva la pena. Estos efectos, por lo general, son queridos y buscados por el legislador –o la sociedad– pero, además, los avances criminológicos y sociológicos en los que se fundamenta esta teoría de la prevención general positiva reconocen que también el propio proceso penal y algunas clases de pena estigmatizan al delincuente y producen la cohesión social frente al estigmatizado.

⁸⁹ PEREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, cit., pp. 21 s.

Pero a la teoría de la prevención general positiva se le ha criticado que enmascara a las viejas teorías de la retribución. La explicación puede darse, de la mano de ACHENBACH en el sentido siguiente: "Únicamente la pena que se sienta justa podrá ser admitida por los miembros de la comunidad jurídica como reacción adecuada y, en suma, desencadenar el proceso de motivación que se desea"⁹⁰. Esta explicación de la pena justa como pena con finalidad preventiva es suficiente para dotar de contenido material al principio de culpabilidad y limitar el *ius puniendi*. Según PEREZ MANZANO⁹¹ si la retribución respondiera a un planteamiento psico-social, tendría sentido la crítica que duda de la novedad de la prevención general positiva frente al retribucionismo. Pero en este caso —continúa— si no se puede negar la relación entre prevención general positiva y retribución si se podría negar el carácter metafísico de ésta, pues si la pena (retributiva) tiene un efecto psico-social ya no estamos ante una explicación metafísica de la pena sino ante una pena con fines sociales. Sobre si una pena con fines sociales no es una pena fundamentada metafísicamente volveremos más adelante. Baste ahora dejar constancia de esta postura doctrinal.

Desde otro punto de vista, se ha criticado a la teoría de la prevención general positiva su incapacidad para hacer una crítica del sistema. El problema estriba en que inicialmente la teoría de la prevención general positiva era una "teoría explicativa" de los efectos de la pena, pero que posteriormente se utiliza para legitimar y justificar el Derecho penal y la pena. En este sentido se trata de una ideología naturalista que toma como justificación la explicación de la función, deduciendo así el deber ser del ser⁹².

Al efecto de obviar estos inconvenientes y estas críticas, algunos autores intentan reformular la teoría de la prevención general positiva introduciendo en ella criterios que faciliten la crítica del Derecho penal y que ga-

⁹⁰ ACHENBACH, K., "Imputación individual, responsabilidad, y culpabilidad", cit., pp. 140 s.

⁹¹ PEREZ MANZANO, M., "Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena", cit., p. 78.

⁹² FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., p. 330.

ranticen los derechos individuales frente al autoritarismo a que –según algunos autores– estas teorías conducen. En este sentido debe entenderse la aportación de BOTTKE y la que él denomina "prevención de asociación" que es una propuesta ecléctica entre la teoría de la prevención general positiva y la teoría del contrato social de origen liberal⁹³. Esta teoría aún no completamente formulada, sin embargo, intenta combinar planteamientos dispares en la comprensión de la sociedad, obtenidos con métodos de conocimiento diversos y que responden a ideologías sociales y a sistemas sociales también diversos. El resultado quizá no sea todo lo satisfactorio que el recurso a modelos epistemológicos más recientes hubiera permitido. Sin embargo, implica el reconocimiento, dentro de la propia teoría de la prevención general positiva de la necesidad de reforma de sus estructuras.

En general, la valoración más positiva que merece la teoría de la prevención general positiva es la de ser una teoría de tránsito entre un sistema clásico de fundamentación y legitimación del *ius puniendi* propio de una sociedad industrial y un sistema nuevo propio de una sociedad tecnológica. En el cambio de estructura social ha de situarse la teoría de la prevención general positiva. Pero no todas las consecuencias que para el concepto de culpabilidad se extraen de la teoría de la prevención general positiva son idénticas. La diversidad de propuestas es amplia, si bien, se podrían distinguir *grosso modo* dos corrientes: La denominada teoría de la *prevención integración*, que desde la prevención general positiva se acerca a una teoría mixta de los fines de la pena y el funcionalismo radical que extrema las consecuencias de las que parte.

a) La teoría de la prevención integración, defendida por ROXIN y numerosos seguidores, aunque reconoce el fundamento preventivo de la culpabilidad, más o menos explícitamente sigue planteándose la necesidad de recurrir al generalizaciones tipo "hombre medio" u "hombre normal". Algunos incluso no acaban de abandonar la criticada teoría del poder actuar

⁹³ BOTTKE, W., "La actual discusión sobre las finalidades de la pena" en *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, de J.M. Silva Sánchez (ed.), Barcelona 1997, pp. 63 ss.

de otro modo. Significativo es, en este sentido, la afirmación de ROXIN según la cual "el sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídico-penal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo, que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho"⁹⁴ (¿posibilidad de actuar de otro modo?)⁹⁵. ACHENBACH sale al paso de las críticas que esta posible similitud de ideas pudiera plantear afirmando que "no es que se determine individualmente un poder (poder actuar de otro modo o evitar), sino que éste se imputa a partir de expectativas de comportamiento que la sociedad estima legítimas"... "si el poder ya sólo se entiende como el poder esperar de los otros, se ha dado un paso decisivo para distanciarnos de la tradición del principio del culpabilidad, que normalmente no se suele separar de sus raíces deterministas"⁹⁶.

A partir de su particular concepción ROXIN construye la categoría de la responsabilidad, que "designa tras la antijuridicidad, una valoración ulterior"⁹⁷. Dentro de ella se enmarcaría la culpabilidad y la necesidad preventiva de pena. La culpabilidad estaría fundamentada en la "asequibilidad normativa" a su vez asentada sobre "el sentimiento del libre albedrío" que no se puede ni se pretende probar⁹⁸. Al hombre se le trata como libre (Teoría *del como si*)⁹⁹. "La suposición de libertad es una "aserción normativa", una regla social de juego, cuyo valor social es independiente del problema de la teoría del conocimiento y de las ciencias de la naturaleza"¹⁰⁰. Se trataría, según el propio ROXIN, de un dato empírico-normativo, pues es empí-

⁹⁴ ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 192, n. 3.

⁹⁵ En este sentido SCHÜNEMANN, B., "La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo", cit., p. 158.

⁹⁶ ACHENBACH, K., "Imputación individual, responsabilidad, y culpabilidad", cit., p. 145.

⁹⁷ ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 791..

⁹⁸ ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 807.

⁹⁹ Véase nota 47.

¹⁰⁰ ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 808.

ricamente constatable la asequibilidad normativa, pero se atribuye normativamente la posibilidad de actuar de otro modo¹⁰¹.

b) Por el contrario, el funcionalismo radical se alinea claramente entre las teorías que no fundamentan la normatividad del derecho en la coacción¹⁰². Basada en la teoría de la prevención general positiva se propone un nuevo concepto de culpabilidad, el denominado "concepto funcional de culpabilidad". Este concepto parte, como el "concepto dialéctico de culpabilidad" del reconocimiento de la relación entre culpabilidad y sociedad¹⁰³. El concepto de culpabilidad dependerá de la función que dicho concepto debe desempeñar, lo que se determinará atendiendo al fin de la pena y a la constitución de la sociedad¹⁰⁴. El fundamento material de la culpabilidad habrá que buscarlo, según esta concepción, en la falta de fidelidad al derecho¹⁰⁵ derivada de una motivación no conforme a Derecho¹⁰⁶ (esto es, utilizando terminología de RAZ, se reconoce la norma prescrita como razón excluyente para la acción¹⁰⁷).

¹⁰¹ ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, cit., 810.

¹⁰² "Secundariamente, la pena puede impresionar de tal modo al que la sufre o a terceros que éstos se abstengan de realizar hechos futuros. Estos hechos producidos, no por reconocimiento de la norma, sino por miedo, son algo que cabe desear que se dé por añadidura en la pena, pero no es función de la pena provocar tales efectos (JAKOBS, G., *Derecho penal parte general*, cit. p. 19).

¹⁰³ "Naturalmente, a partir del fin de la pena, únicamente, no se puede derivar ninguna teoría de la culpabilidad. Al igual que la determinación del injusto depende de la constitución de la sociedad en que han de distinguirse Derecho e injusto, así también el contenido de la culpabilidad se ve determinado por la constitución social (JAKOBS, G., *Derecho penal parte general*, cit. p.567, n.3). También del mismo, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, Madrid 1996, p. 22

¹⁰⁴ JAKOBS, G., *Derecho penal parte general*, cit. p. 567, n.3; también en p. 584 n. 22.

¹⁰⁵ Recogiendo la concepción welzeliana sobre el papel del Derecho penal en la afirmación de valores ético sociales como pone de manifiesto GARCIA ARAN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el CP de 1995*, cit., p. 40;

¹⁰⁶ JAKOBS, G., *Derecho penal parte general*, cit. p. 579.

¹⁰⁷ RAZ, J., *Razón práctica y normas*, cit., pp. 66 y 93.

En una concepción funcional radical del derecho y de la culpabilidad, el sujeto desaparece prácticamente como individuo¹⁰⁸, en el sentido de que no es tarea del Derecho penal construir una imagen de hombre y de sociedad y de las relaciones entre ambos propia del Derecho penal, sino que recoge la imagen del hombre vigente en la sociedad. No obstante, se pronuncia en pro de una subjetividad de origen social, en la que subjetividad y orden serían, como yo también defenderé, dos caras de una misma moneda. Como consecuencia, el concepto de culpabilidad tiene también origen social y queda establecido, limitado y dependiente de la sociedad para la que se formule¹⁰⁹.

D) Prevención especial

I) Según la teoría de la prevención especial, la finalidad de la pena es actuar sobre el individuo delincuente para que en el futuro no cometa delitos¹¹⁰. Históricamente responde también a la ideología ilustrada y liberal. Fue defendida fervientemente por VON LISZT¹¹¹ y escandalizó al mundo

¹⁰⁸ "De lo que se trata es del mantenimiento de un sistema que ha generado por diferenciación un sistema jurídico... el sujeto libre no tiene nada que ver con la cuestión" JAKOBS,G, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, cit., p. 29. JAKOBS lo explica diciendo que el sistema funcional primero intenta comprender lo que existe antes de pasar a la crítica (una sociedad entendida como sistema de comunicación normativa, donde lo subjetivo sólo tendrá una importancia relativa) JAKOBS,G, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, cit., pp. 11 s.

¹⁰⁹ JAKOBS,G, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, cit., pp. 59 ss. Especialmente 63 y 67.

¹¹⁰ Véase entre otros muchos en ROXIN, C., *Iniciación al Derecho penal de hoy*, cit., pp. 36 ss.

¹¹¹ VON LISZT, F., *La idea de fin en el Derecho penal*, cit., pp. 115 ss. Con valoraciones críticas MUÑOZ CONDE, F., "Política Criminal y Dogmática jurídico-penal en la República de Weimar" en *estudios penales y jurídicos. Homenaje al profesor doctor Enrique Casas Barquero*, Córdoba 1996, pp. 515 ss. VON LISZT, siguiendo en eso a IHERING (IHERING, R., *El fin del Derecho*, Buenos Aires 1978) extrajo de la idea de fin como fundamental para la comprensión de la ciencia jurídica (VON LISZT, F., *La idea de fin en el Derecho penal*, cit., pp. 53) "la pena final".

su aplicación rigurosa realizada por el régimen nazi¹¹². La atribución de una finalidad preventivo-especial en España cuenta con una larga tradición que se remonta a los autores más significativos de la escolástica¹¹³, sigue con la original obra de DORADO MONTERO¹¹⁴ y finalmente, la orientación germánica de VON LISZT fue recogida por la ley de vagos y maleantes de JIMÉNEZ DE ASÚA¹¹⁵.

Con el advenimiento del estado del bienestar, el principio de la resocialización ha resultado ser, uno de los puntos fundamentales alegados por la teoría de la prevención especial. Sin embargo, en los últimos años ha entrado en crisis (paralelamente a la crisis del propio estado del bienestar), por un lado, por la falta de constatación empírica de la eficacia resocializadora de la pena —o mejor, por la constatación empírica de que la pena desocializa más que resocializa—, por otro, porque no ofrece alternativas en aquellos supuestos en los que el delincuente no necesita ser socializado; y finalmente, porque no proporciona baremo alguno para la pena.

¹¹² MUÑOZ CONDE, F., "Política Criminal y Dogmática jurídico-penal en la República de Weimar", cit., p. 518.

¹¹³ España sufrió un retraso ya crónico por esas fechas. Destacan por su importancia las Lecciones que dictó PACHECO en el Ateneo de Madrid y su obra *el CP concordado y comentado*, Madrid 1888; los Comentarios de GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, (*el CP concordado y comentado*, 3ª ed., Madrid 1912-1924) y la obra de SILVELA, L., *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid 1903.

¹¹⁴ Vid. DORADO MONTERO, P., *Bases para un nuevo Derecho penal*, reimpresión, Buenos Aires 1973, *passim*. Del mismo, *Naturaleza y función del Derecho*, Madrid 1927, pp. 125 ss. Para una visión crítica del correccionalismo, cfr. ANTON ONECA, J., *La utopía penal de Dorado Montero*, Salamanca 1951; también sobre la valoración de sus doctrinas, véase QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F./PRATS CANUT, M., *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 98 y 99.

¹¹⁵ Discípulo de VON LISZT y con una enorme importancia en el pensamiento jurídico hispanoamericano, JIMÉNEZ DE ASUA expandió las ideas de prevención especial bajo el lema "vamos, sin dejar de hacer dogmática jurídica, a dar solución al gran problema político con el tratamiento de protección, que está en nuestras tradiciones penales de mejor estirpe. Así unimos el pasado y el porvenir sin perder el acento español". JIMENEZ DE ASUA, L., *Tratado*, tomo II, 2ª ed., Buenos Aires 1958, p. 139.

Y ello sin perjuicio de que el concepto de resocialización en un estado democrático ha pasado de un contenido similar a "reeducación" a ser entendido como la inserción del individuo en la sociedad pero respetando sus ideologías y su personalidad. Aún así, el denominado "mito de la resocialización" está siendo abandonado por la doctrina que lo califica de "utópico"¹¹⁶.

II) A partir de la teoría de la prevención especial, el fundamento material de la culpabilidad se ve aparentemente alterado. Surgen así los conceptos de "culpabilidad de disposición o de carácter" y "culpabilidad por conducción de vida". El primero de ellos fundamenta la culpabilidad en el carácter peligroso o antisocial del autor¹¹⁷. El autor sería responsable de su carácter¹¹⁸. Con esta confusión entre culpabilidad y peligrosidad dentro de la culpabilidad por el carácter, se intenta hacer aceptable en un Derecho penal retributivo el principio de prevención especial. Para la culpabilidad por conducción de vida, lo que se reprocha al autor es haberse convertido en lo que es (un delincuente)¹¹⁹. Ahora bien, para poder reprocharle a alguien su "trayectoria vital" y "su ser actual" es preciso dar por supuesto que libremente y sin condicionantes ha llegado a ser lo que es.

En definitiva, por tanto, la teoría de la prevención especial no ofrece una fundamentación material a la culpabilidad distinta a la teoría retributiva para la imposición de la pena, pues, pese a que el juicio de reproche se fundamenta en criterios distintos en apariencia a la teoría retributiva, en el fondo, late el principio del libre albedrío y del poder actuar de otro modo.

¹¹⁶ Por todos, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal y control social*, cit., p. 94; con bibliografía BARATTA, A., "Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal" en *La reforma del Derecho Penal II*, Bellaterra 1981, pp. 34 ss.

¹¹⁷ STRATENWERTH, G., *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, cit., pp. 44.

¹¹⁸ ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 802 s.

¹¹⁹ STRATENWERTH, G., *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, cit., pp. 47.

E) Teorías mixtas o eclécticas

Junto a las anteriores han surgido una serie de teorías eclécticas o mixtas, con la intención de acercar posturas y superar los inconvenientes que cada teoría de la pena presenta¹²⁰. En común tienen las teorías mixtas el asignar al Derecho penal la función de protección de la sociedad, si bien no coinciden ni en la relación entre proporcionalidad y necesidades de prevención, ni a la relación entre retribución y prevención, ni a la importancia de la prevención general y especial respectivamente dentro de la "prevención"¹²¹. Desde un punto de vista lógico-teórico FERRAJOLI ha puesto de manifiesto la inconsistencia lógica de las denominadas teorías de la pena, que confunden en una misma argumentación ámbitos ontológicos distintos así como modelos de justificación y esquemas de explicación. Por ello, en una sociedad compleja donde la exigencia de respeto a las diferentes ideologías se impone, no sirven para resolver la cuestión de la legitimación del Derecho penal y de la culpabilidad, porque se fundamentan en cuestiones ideológicas defendibles con argumentos no constatables empíricamente.

VIVES ANTÓN¹²² desde los presupuestos filosófico-pragmáticos de la filosofía del lenguaje y de las aportaciones a la sociología jurídica de HABERMAS pretende ofrecer una perspectiva nueva en el análisis del delito. VIVES ANTÓN parte de que la libertad de acción no es fundamento de la culpabilidad sino presupuesto de la acción –volviendo, como ya vimos, al punto de partida de la moderna teoría del delito, en la antigua

¹²⁰ En esta línea CERESO MIR, J., "Consideraciones político-criminales sobre el nuevo CP de 1995" en *La Ley* 1996-III, pp 1470.

¹²¹ Puede verse críticamente en MAPELLI CAFFARENA, B./ TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 43 y MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 56 ss.

¹²² VIVES VIVES ANTÓN, T., *Fundamentos del sistema penal*, Valencia 1996. Comentándolo MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C., "La concepción significativa de la acción de T.S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito en *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología* 01-13 (1999), disponible en línea en http://criminnet.ugr.es/rpcpc/recpc_01-13.html (citado: 23.03.01)

teoría de la imputación—. El diálogo social se fundamenta en el mutuo reconocimiento de libertad, de ahí que no sea posible afirmar o negar la existencia de libertad con datos empíricos. A partir de aquí, la culpabilidad respondería a la pretensión de validez de la norma representada por la pretensión de "reproche" que versa sobre el autor. Sin embargo, la teoría de la culpabilidad de VIVES ANTÓN no es todo lo innovadora que "el cambio de paradigma" propiciaría. Los términos reproche, libertad o libre albedrío, con su carga simbólica y significativa siguen en uso. Se trata, sin embargo, en general de una propuesta interesante y significativa. VIVES ANTÓN ha iniciado una andadura valiente abriendo caminos nuevos a la reflexión y a la búsqueda de nuevos modelos explicativos del comportamiento y significado de los actos humanos. Finalmente solo quisiera dejar señalado, pues será un tema que posteriormente se tratará de forma individualizada, que también VIVES ANTÓN considera que la culpabilidad parte del principio de respeto a la Dignidad de la persona. El reproche en que consiste la culpabilidad restituye al delincuente su dignidad de ser racional, porque se dirige a él como persona y le trata como sujeto, no como objeto¹²³.

3. Sociedad actual o sociedad tecnológica: La Paradoja de la subjetividad social

De todo lo anterior se deduce que las relaciones estado-ciudadano como sujetos de Derecho y, como consecuencia, el modelo jurídico ideal de Destinatario de la norma que aplican los Jueces (concepto de Hombre medio) se convierten en el punto de partida de cualquier revisión del contenido material de la culpabilidad. Pero estas cuestiones exigen realizar previamente una somera descripción del modelo actual de sociedad del que se parte. Sigo en la toma de posición que a continuación se desarrolla entre otros autores, básicamente, a HABERMAS y CORTINA.

¹²³VIVES ANTÓN, T., *Fundamentos del sistema penal*, cit., p. 487.

A) El problema de la legitimidad del dominio en la sociedad actual

El último (temporalmente hablando) modelo social es el denominado "sociedad tecnológica"¹²⁴. Se caracterizaría porque el estado asume funciones de procura existencial (estado social), que tienden a superar las deficiencias y déficits del estado liberal y a garantizar las condiciones de vida de cada vez mayor número de individuos. Este modelo de sociedad se corresponde políticamente con democracias cada vez más complejas en las que el dominio está continuamente sometido a un proceso de crítica y de "relegitimación"¹²⁵, pues fundamentos legitimadores, sacros o ideológicos entran en crisis¹²⁶.

El estado pasa a convertirse en un estado social¹²⁷ –Estado del Bienestar– que se caracteriza por una continuada intervención en la economía, que da lugar a la regularización a largo plazo del proceso económico con la finalidad de hacer frente a las amenazas que representan para el sistema las disfuncionalidades del proceso económico capitalista cuando queda abandonado a sí mismo. La ideología del libre intercambio queda sustituida por un *programa sustitutorio* o "procura existencial"¹²⁸ que se centra en una actividad estatal que compensa las disfunciones del libre mercado¹²⁹. El programa sustitutorio hoy dominante se endereza sólo al funcionamiento de un sistema regulado produciéndose una despolitización de la población¹³⁰. La

¹²⁴ Véase MONED, J., *El azar y la necesidad*, Barcelona 1977.

¹²⁵ Crítico con la teoría de HABERMAS, véase REQUEJO COLL, F., *Teoría crítica y estado social. Neokantismo y socialdemocracia en J. Habermas*, Barcelona 1991, especialmente pp.136 ss.

¹²⁶ HABERMAS, J., *Ciencia y técnica como ideología*, cit., pp. 75 ss.

¹²⁷ El estado social de Derecho tuvo un origen híbrido fruto del compromiso entre tendencias ideológicas dispares, que ha gravitado sobre su evolución ulterior. En este sentido, véase FERNANDEZ GARCÍA, E. *Filosofía, política y derecho*, Madrid 1995, p. 107,. Véase también PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*, Madrid 1984.

¹²⁸ Véase al respecto PECES BARBA, G., *Ética, poder y derecho*, Madrid 1995, pp. 30 s.

¹²⁹ HABERMAS, J., *Ciencia y técnica como ideología*, cit., p. 75.

¹³⁰ HABERMAS, J., *Ciencia y técnica como ideología*, cit., p. 81.

ciencia y la técnica se convierten en la primera fuerza productiva y adquieren un importante papel en la legitimación de la sociedad moderna. El funcionamiento social, basado en los avances tecnológicos, exige que se sustraigan a la discusión "la forma privada de la revalorización del capital y la clave de distribución de las compensaciones sociales que aseguran el asentimiento de la población"¹³¹, es decir, las propias bases del funcionamiento social¹³². En este contexto los fines del estado son tres: asegurar la paz, asegurar el bienestar y asegurar la libertad a través de la justicia¹³³.

En la sociedad actual, el derecho –y el Derecho penal– es un medio de integración social, pero además, en una sociedad postmoderna caracterizada por la desaparición de las ideologías de origen liberal y la complejidad, el Derecho penal se convierte en un elemento fundamental del control social¹³⁴ y de simplificación. La complejidad de enormes dimensiones que acompaña a la sociedad actual en los estados del primer mundo (¿postmoderna?) implica, entre otros aspectos el reconocimiento y el respeto pleno del otro, del diferente, y el incremento constatado de las dificultades en la comunicación generadas por la propia complejidad¹³⁵.

¹³¹ HABERMAS, J., *Ciencia y técnica como ideología*, cit., pp 88.

¹³² Hasta el punto que según POPPER, K., "La sociedad abierta y sus enemigos revisitada" en *Estudios de Filosofía*, Medellín 1990, pp. 79 ss., niega la necesidad de plantearse la cuestión de la legitimidad. Las ideologías no podrán fundamentar ya más el estado, sino que esta cuestión ha de ser más técnica y ha de reconducirse a la pregunta "¿Cómo tiene que estar constituido el Estado para que los malos gobernantes puedan ser derrocados sin derramamiento de sangre?"

¹³³ CORTINA, A., *Ética aplicada y democracia radical*, Madrid 1993, pp. 54 y 55.

¹³⁴ DE LA CUESTA AGUADO, P.M., "Un Derecho penal en la Frontera del Caos" en *FMU* 1(1997), pp.. También puede verse disponible en línea en <http://inicia.es/de/pazenred/caos.htm>, URL principal *POENALIS* en <http://inicia.es/de/pazenred>, Jerez de la Frontera, 1 de marzo de 2000, última actualización 1 de marzo de 2001 (citada: 17 de marzo de 2001)

¹³⁵ Junto a la esquizofrenia, la indeterminación o el individualismo: HARVEY, D., *The Condition of Postmodernity*, Oxford 1994, pp. 113 a 118.

En una sociedad plural y democrática basada, en el plano político, en el reconocimiento de ámbitos de libertad personal y, en el plano socioeconómico, en la regulación a largo plazo del proceso económico, en la intervención del estado y en la compensación mediante un programa estatal de intercambio de las disfunciones del mercado¹³⁶, la legitimación del poder tradicional mediante la sacralización o mediante la ideología basada en la libertad y en el justo intercambio, desaparece. La búsqueda de un criterio legitimador del poder o del dominio se hace constante. Y este problema trasciende al Derecho penal como una manifestación del poder que necesita ser legitimado frente a los disidentes y frente a la propia sociedad desacralizada y desideologizada –al menos en el sentido de las ideologías propias de las sociedades "modernas"–.

En esta nueva sociedad, la carga fundamental de integración social, no ya solo individual sino, sobre todo, grupal, compete al Derecho. Es decir, el Derecho no es solo un medio de integración social, sino que realiza la mayor parte de ésta (la integración social) en una sociedad cada vez más compleja. Esta integración social se efectúa a través del lenguaje, valores y normas, o mejor, a través de normas que utilizan en su función de integración el lenguaje y los valores y, sistémicamente, a través de la obtención de medios de subsistencia y existencia, así como de la obtención y el ejercicio del poder¹³⁷. Sin embargo, se ha detectado que las sociedades industriales avanzadas parecen aproximarse a un tipo de control del comportamiento dirigido más bien por estímulos externos que por normas; donde la estética y el simbolismo han triunfado sobre la ética¹³⁸.

El sistema compensatorio que sustituye al capitalismo salvaje asegura el asentimiento de las masas interesadas en mantener un sistema social compensador de disfunciones y desequilibrios, pero que extrae de la discusión (desproblematiza) los fundamentos sobre los que está organizada la vida social, de forma que la política se torna en "decisiones plebiscita-

¹³⁶ HABERMAS, J., *Ciencia y técnica como ideología*, cit., pp. 75 ss.

¹³⁷ HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, cit., pp. 90 a 103.

¹³⁸ HARVEY, D., *The Condition of Postmodernity*, cit., p. 328.

rias relativas a los equipos alternativos de administradores"¹³⁹. Simultáneamente, la complejidad del sistema exige la imposición de límites a las posibilidades de disenso que ofrece un sistema democrático y una interacción social cada vez más compleja. Y el Derecho cumple precisamente esta función de limitar (limitación de la comunicación) los riesgos de desestabilización derivados del disenso prohibiendo que los sujetos pongan en cuestión la validez de las normas (desestabilización generada por el disenso).

Pero, por otro lado, la pretensión de legitimidad del Derecho exige que normas y valores queden sometidos a un examen crítico, mediante su pretensión de aceptabilidad racional¹⁴⁰, derivada de la presunción de racionalidad de la norma y de que no es absolutamente arbitraria¹⁴¹ (legitimidad procedimental), que desde un punto de vista material, se complementa con la tendencia a "aumentar la demanda de que el poder esté limitado por criterios morales que los ordenamientos jurídicos tienden a incorporar bajo la forma de Derechos Humanos o Derechos fundamentales"¹⁴².

B) Legitimación del dominio y subjetividad social

Por todo ello, existe en los estados modernos una doble tensión en torno a la necesidad de integración social que,

- a) por un lado, *exige limitar las posibilidades desestabilizadoras del disenso.*

Esta limitación del disenso puede estar en ocasiones fundamentada racionalmente: son las propias reglas del discurso las que muestran las dificultades de desarrollar una interacción social que continuamente esté poniendo en tela de juicio, por parte de

¹³⁹ HABERMAS, J., *Ciencia y técnica como ideología*, cit., pp.81 y 88.

¹⁴⁰ Véase CORTINA, A., *Hasta un pueblo de demonios. Ética pública y sociedad*, Madrid 1998, p. 68.

¹⁴¹ HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, cit., p. 95.

¹⁴² ATIENZA, M./RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho*, cit., p. 25.

los actores intervinientes, las bases mismas del consenso. Pero en otras ocasiones las limitaciones de las posibilidades de disentir surgen de forma irracional, como forma de integración meramente reproductora de la sociedad, fruto de las presiones de los "imperativos funcionales", término con el que HABERMAS designa a los grupos con poder.

- b) y, por otro lado, *impone la necesidad continua de legitimar el sistema y sus imperativos*, una vez que han desaparecido las formas tradicionales de legitimación. Esta necesidad constante de "legitimación" del sistema exige que se admita una cierta forma de disenso, que si bien en parte desestabiliza, como contrapartida, tiene dos efectos beneficiosos: Primero, permite la continua relegitimación frente a los demás actores en la medida en que sean aceptados los argumentos racionalmente alegados y, segundo, permite la evolución social y la profundización en la interacción.

El Derecho, mediante la imposición coercitiva de las reglas, ejerce de equivalente funcional a la estabilización de expectativas que ofrecía la autoridad sacra. En la sociedad democráticamente constituida, queda a la discreción de los sujetos el motivo por el que observan la norma, pero no su observancia en sí, ya que ésta viene impuesta coercitivamente¹⁴³. La desestabilización generada por el disenso se evita impidiendo a los destinatarios cuestionar la validez de la norma.

Pero se distingue dentro del concepto de validez entre *el deber de acatar u observar la norma* y *la aceptabilidad de las razones* en que se apoya la pretensión de legitimidad del ordenamiento jurídico¹⁴⁴ (legitimidad¹⁴⁵).

¹⁴³ HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, cit., pp. 91 y 102.

¹⁴⁴ HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, cit., p. 100.

¹⁴⁵ La legitimidad se cuestiona acerca de la razón por la que se obedece (cuando no es por la amenaza de la fuerza) e implica la necesidad de probar la certeza y la validez del fundamento en el que se apoya la autoridad, según MARTINEZ-SICLUNA SEPÚLVEDA, C., *Legalidad y legitimidad: la teoría del poder*, cit., pp. 4 y 169.

Esto es, la pretensión de aceptabilidad racional que implica la presunción de que la norma es racional y no absolutamente arbitraria.

De esta forma, **es consustancial al sistema** de interacción social y, por tanto, imprescindible para el Derecho –penal también–, **la sustracción de la validez de la norma al juicio crítico del sujeto actuante** –a quien se le impone coercitivamente– y **la continua problematización sobre la pretensión de validez** basada en la presunción de racionalidad y de aceptabilidad de la propia norma y los valores que a ella subyacen.

De la primera parte de esta paradoja se deduce que el Derecho penal no puede dejar la validez de la norma en manos del sujeto receptor. La explicación sociológica no viene más que a reafirmar la tradicional postura y las conclusiones a que había llegado la doctrina jurídica acerca de la ineficacia exculpante de opiniones morales discrepantes.

Pero, la segunda parte de la aparente paradoja –esto es, la continua necesidad de justificar racionalmente la legitimidad de la norma y los valores que incorpora– permite abrir nuevas vías de investigación y de diálogo o negociación entre el sujeto/sociedad y la sociedad/estado. Es precisamente ésta la cuestión, que como ha puesto de manifiesto la doctrina, late en el debate en torno al fundamento material de la culpabilidad o, lo que es lo mismo, en torno a la función legitimante de la culpabilidad. La culpabilidad es el momento dogmático donde el estado se relaciona con el ciudadano¹⁴⁶ –aunque esta concepción signifique seguir manteniendo en cierta medida la dicotomía ciudadano/estado, pero no queda otra posibilidad pues ambas subjetividades se relacionan en posiciones generalmente enfrentadas en un conflicto dialéctico en relación al delito–. En este sentido QUINTERO OLIVARES ha afirmado recientemente que *"la*

¹⁴⁶ "Hay que definir los límites en los que el Estado puede exigir a sus ciudadanos que cumplan los mandatos o prohibiciones, teniendo en cuenta para ello *la exigibilidad individual o subjetiva*" dirán BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE y otros, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Barcelona 1999, p. 264

*búsqueda de un espacio de encuentro entre derecho y ciudadanía será seguramente la misión más importante de la teoría de la culpabilidad*¹⁴⁷.

Por otro lado, la Teoría de la complejidad que pretende explicar el funcionamiento de los sistemas complejos ofrece un modelo que ayuda a comprender la interacción social del Derecho penal como factor de orden¹⁴⁸. Pero en las sociedades complejas, el mayor grado de evolución social se obtiene cuando el ámbito de libertad personal es mayor –cuando se acerca a la Frontera del Caos–. El necesario equilibrio de diversos factores sociales en el punto de máxima libertad exige un Derecho penal mínimo en continua tensión entre la libertad individual y el control social.

III. EL MODELO DE "HOMBRE" EN LA SOCIEDAD HODIERNA: LA PERSONA COMO CENTRO DE PODER SOCIAL

La cuestión que queda por responder es qué imagen del Hombre está vigente en esta sociedad someramente descrita. Una vez que hayamos resuelto esta cuestión, podremos avanzar en la que realmente nos ocupa, acerca de qué concepto (material) de culpabilidad cabe defender.

¹⁴⁷ QUINTERO OLIVARES, G, *Locos y culpables*, cit., p. 172. QUINTERO OLIVARES parte, para hacer esta afirmación del presupuesto de que la búsqueda de la culpabilidad es algo inherente a la especie humana. En esta labor de atribución social de la propia responsabilidad los conceptos de culpabilidad social y culpabilidad jurídica no siempre coinciden si bien, como mínimo se puede aceptar con carácter general que la sociedad cree en la diferencia entre culpables e inocentes. Con sus afirmaciones se plantea la cuestión que será también objeto central de la segunda parte de este trabajo: ¿en qué medida es aplicable la norma jurídica a las minorías discrepantes?.

¹⁴⁸ Más ampliamente en DE LA CUESTA AGUADO, P.M., "Un Derecho penal en la Frontera del Caos", cit., *passim*.

1. Biocentrismo: el individuo social

En primer lugar, hemos de afirmar que una imagen hodierna del Hombre debe huir del "argumento abstracto" del "individuo aislado" y tomar en consideración la "sociabilidad" del hombre¹⁴⁹, como protagonista y centro del mundo¹⁵⁰. La imagen del hombre vigente de forma mayoritaria en la sociedad actual debe superar –que no abandonar– la imagen del hombre sociable, eminentemente bueno y corregible, racional y autónomo para defender la del hombre integral como centro, él mismo, de poder. El concepto del "yo" *individualista liberal* ha sido sustituido por el concepto de *intersubjetividad y de reconocimiento recíproco*¹⁵¹. Y desde la doctrina penal en esta línea se sitúan la teoría de la motivación (culpabilidad dialéctica)¹⁵² y, explícitamente, según hemos puesto de manifiesto, la que hemos calificados como funcionalismo más radical (culpabilidad funcional) de JAKOBS¹⁵³.

Algún autor duda que esta "actitud postmodernista" transgresora de la subjetividad tenga eficacia real en el ámbito jurídico¹⁵⁴.

En mi opinión, la aportación del pensamiento postmodernista podría ser la racionalización de la que podríamos denominar *Paradoja de la subjetividad social*: Es la sociedad, al alteridad, la diferencia, la que crea o constituye el yo. La subjetividad no se puede definir más que a partir de la alteridad. Pero este acto constituyente de la subjetividad es, en sí mismo, el acto constituyente de la alteridad, de la sociedad y de la diferencia. De

¹⁴⁹ DAHRENDORF, R., *Ley y orden*, cit., p. 66.

¹⁵⁰ PECES BARBA, G., *Ética, poder y derecho*, cit., pp. 21 ss.

¹⁵¹ CORTINA, A., *Ética aplicada y democracia radical*, cit., p. 72. Sobre su reconocimiento práctico BROEKMAN, J., *Bioética con rasgos jurídicos*, Madrid 1998, pp. 219 a 229.

¹⁵² Véase, MUÑOZ CONDE, F./GARCIA ARAN, M., *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 370. Véase infra p. 163.

¹⁵³ JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, cit., pp. 29 ss y 50 ss.

¹⁵⁴ BROEKMAN, J., *Bioética con rasgos jurídicos*, cit., pp. 223 s.

modo que la constitución de la subjetividad implica necesariamente la constitución de un orden (social) en el que el sujeto está inmerso. En este sentido, la propia atribución de la subjetividad lleva en sí el germen del problema de la autoridad y su legitimación. La sociedad atribuye la subjetividad, pero a la vez constituye el orden, de modo que, subjetividad y orden no son más –desde este punto de vista– que dos caras de la misma moneda y, a su vez, dos fuerzas expansivas contrarias condenadas a convivir¹⁵⁵.

Esta concepción de la subjetividad de referencia social responde al paradigma de la pragmática lingüística que propone describir al sujeto como un hablante que interactúa con un oyente. De forma que la categoría básica para interpretar al sujeto no es la conciencia de autodeterminación sino la del reconocimiento recíproco de la autonomía¹⁵⁶. La estructura del sujeto estaría representada por un mundo social al que pertenezco y un mundo subjetivo, privado, al que tengo un acceso privilegiado¹⁵⁷.

El reconocimiento de los ámbitos privados, con una esfera de autonomía; con un sujeto cuya condición de persona, de sujeto interactuante y dialogante en el grupo comunicativo que constituye la sociedad, ha de ser el punto de partida sobre el que construir el modelo jurídicamente impuesto de sujeto destinatario de la norma (Concepto jurídico de Hombre medio).

¹⁵⁵ Desde el paradigma de la historia sagrada (FLOREZ MIGUEL, C, *Génesis de la razón histórica*, Salamanca 1983, p. 7.) la Biblia se inicia con la expresión en clave simbólica del acto de constitución de la subjetividad y el orden. Adán es creado como sujeto, pero se le introduce en un orden normativo que en expresión de su subjetividad se ve forzado a romper. Y el sujeto transgrede el orden impuesto porque una vez instituida su subjetividad –incluso de referencia social– ésta tiene una fuerza expansiva que entra en conflicto con el orden del que deriva.

¹⁵⁶ CORTINA, A., *Ética aplicada y democracia radical*, cit., p. 134.

¹⁵⁷ HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid 1987, pp. 147 ss. También CORTINA, A., *Hasta un pueblo de demonios. Ética pública y sociedad*, cit., p. 62.

2. La persona como centro de poder

Que el sujeto pueda exigir el reconocimiento de un mundo subjetivo de acceso privilegiado implica que ha de ser considerado como centro de poder. Esta consideración del hombre como "centro de poder" se manifiesta en diversos ámbitos, aunque quizá el más destacado sea como sujeto con poder político en una democracia. Por supuesto que ese poder exige ser reconocido y respetado por el estado. Pero, sobre todo, esa atribución de dominio sitúa al sujeto al mismo nivel ontológico (como dotado de dominio) que el estado (como órgano representativo de la sociedad también dotado de dominio). Y obsérvese que si esto es así, la diferencia será, en todo caso, cuantitativa.

También el concepto de Dignidad de la persona comparte o lleva implícita esta idea de hombre dotado de poder¹⁵⁸. Un poder, en este caso, para vencer la opresión de las mayorías¹⁵⁹ imponiendo el respeto del conjunto de Derechos que simbólicamente se representan bajo el concepto de Dignidad de la persona.

De modo que "*sujeto-centro de poder*" y "*estado-centro de poder*" habrán o podrán sentarse a negociar aquellas cuestiones en las que la intervención estatal para el mantenimiento de sus fines exija incidir en el mundo subjetivo de acceso privilegiado. Y, precisamente, uno de los ámbitos donde tal negociación ha de realizarse¹⁶⁰, es en el seno de la culpabilidad. Esta característica ya había sido puesta de manifiesto por la teoría de la culpabilidad dialéctica. Quizá lo que late en el fondo de esta postura (y también en la tesis de ROXIN) es la idea de que son criterios de política criminal (materiales, consensuados, de oportunidad política, de equilibrio

¹⁵⁸ Más ampliamente, DE LA CUESTA AGUADO, P.M., "Persona, Dignidad y Derecho penal" en *Libro Homenaje al prof. D. Marino Barbero Santos*, de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO (Dir.), Salamanca-Ciudad Real 2001, pp. 209 a 229.

¹⁵⁹ Véase CALSAMIGLIA, A., "Ensayo sobre Dworkin" en DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, 2ª reimpresión, Barcelona 1995, p. 16.

¹⁶⁰ Véanse las reflexiones de DAHRENDORF, R., *Ley y orden*, cit., p. 167ss.

de poderes...) los que inciden en la cuestión de por qué castigar al sujeto que "en ese caso concreto y en esas circunstancias concretas" infringió la norma. De ahí también que la culpabilidad sea el momento dogmático del delito en el que el estado puede relacionarse con el individuo.

En un sistema democrático, el estado "debe" estar al servicio de los ciudadanos, con los que está obligado a negociar (generalmente a través de grupos de presión). La propia existencia de la sociedad democrática está basada en la negociación y el consenso o consentimiento tácito. Si el estado tiene que negociar (se negocian las leyes penales, por ejemplo) también puede dialogar (negociar) con los sujetos individuales los límites del *ius puniendi* derivados de las circunstancias personales del caso en relación con el autor.

II) Otra de las características fundamentales de la nueva modernidad es su universalidad, es decir, la posibilidad de ofrecérsela a todas las sociedades, a todas las culturas, a todos los hombres¹⁶¹. Pero el sujeto social solo alcanza su madurez cuando es capaz de reflexionar sobre los valores que han presidido su socialización es decir, cuando es capaz de distanciarse críticamente de los valores aprendidos en la forma de vida en que fue socializado y de revisarlos críticamente desde principios universalistas¹⁶². De aquí se puede deducir que en un concepto postmetafísico de delito¹⁶³ basado en una teoría discursiva de carácter formal, no es necesario fundamentar metafísicamente el concepto de culpabilidad. La exigencia de responsabilidad derivada de la culpabilidad no está basada en la naturaleza libre del hombre, sino en *un acto de decisión colectiva* que establece que en determinadas condiciones a un sujeto se le considera culpable y se le impone una pena. Este acuerdo no es un acto de la razón sino un acto de voluntad basado en el consenso. De modo que "ya no es posible acudir a principios inductivos, pues ya no estamos lidiando directamente con el "deber" solamente,

¹⁶¹ PECES BARBA, G., *Ética, poder y derecho*, cit., p. 30.

¹⁶² Véase CORTINA, A., *Ética aplicada y democracia radical*, cit., p. 75.

¹⁶³ Véase RÖSSNER, D., "Los imprescindibles deberes del Derecho penal en el sistema de control social elementos de una teoría intercultural del Derecho penal" en *Política criminal comparada, hoy y mañana*, de A. Beristain Ipifia (dir.), Madrid 1999, pp. 159 s.

sino con la idea de una voluntad común de los sujetos racionales, es decir, con la idea de validez intersubjetiva de los juicios morales¹⁶⁴.

3. El medio social democrático

En otro orden de cosas, el hombre como centro de poder ha de desarrollarse en un medio político y social con unas características determinadas, propias del sistema democrático que, a los efectos que nos interesa, ha de cumplir al menos los siguientes requisitos¹⁶⁵:

1. No puede estar unida sino por unos mínimos axiológicos o normativos que posibilitan la convivencia tolerante de las distintas formas de vida¹⁶⁶.
2. Ha de ser una democracia procedimental en la que las decisiones legítimas son las que se toman ateniéndose a los procedimientos preestablecidos como racionales.
3. Que el procedimiento sea legítimo no quiere decir que las decisiones sean justas. Esta identificación entre lo legítimo y lo justo solo se producirá cuando exista en la sociedad una noción compartida de bien común (democracia sustancial).
4. La noción de Hombre que estaría en la base de esta democracia sería la de un hombre autónomo que quiere desarrollarse en solidari-

¹⁶⁴ PÍA LARA, M., prologo a WELLMER, A., *Ética y diálogo. Elementos del juicio moral en Kant y en la ética del discurso*, Méjico 1994, p. 14. MARTINEZ-SICLUNA Y SEPULVEDA, C., *Legalidad y legitimidad: la teoría del poder*, cit., pp. 200 y 209.

¹⁶⁵ Sigo en esta exposición parcialmente a CORTINA, A., *Ética aplicada y democracia radical*, cit., pp. 100 s.

¹⁶⁶ El núcleo originario del liberalismo, según a CORTINA, A., *Ética aplicada y democracia radical*, cit., p. 31, consiste en el reconocimiento de unos valores mínimos; el respeto a ámbitos personales intangibles de actuación y la separación de poderes como límite al poder.

dad, de modo que el grupo social no es ontológica, sociológica ni éticamente más importante que el sujeto autónomo-solidario.

5. Se trata de una democracia que reconoce la existencia de conflictos (democracia participativa) y que trata de transformarlos en cooperación. La cuestión política adopta entonces la forma siguiente: ¿qué haremos cuando deba hacerse algo que nos afecte a todos nosotros y queramos ser razonables, pero no estemos de acuerdo en los medios y los fines, ni tengamos fundamentos independientes para elegir?. Lo político, por tanto, empieza donde ni siquiera existen criterios independientes y por eso se hace necesaria la deliberación para llegar a decisiones comunes¹⁶⁷. En la decisión ha de imperar, lo que APEL denominaba una ética de la responsabilidad¹⁶⁸, que sería aquella que tendría en cuenta a la hora de adoptar una decisión, las consecuencias y los contextos en los que se va a producir su aplicación¹⁶⁹.

Finalmente, en este punto es preciso tener en cuenta por un lado, que en una sociedad sumamente compleja, "los distintos discursos de validez no necesitan compartir un acuerdo último acerca de sus fundamentos"¹⁷⁰—entre otras razones, porque quizá no lo encuentren— y, por otro, que fundamentaciones metafísicas o ideológicas no pueden servir—porque no soportan un juicio lógico— para legitimar (o justificar) la exigencia de responsabilidad penal¹⁷¹.

¹⁶⁷ CORTINA, A., *Ética aplicada y democracia radical*, cit., pp. 102 ss.

¹⁶⁸ APEL, K.O., "La ética del discurso como ética de la responsabilidad. Una transformación postmetafísica de la ética de Kant" en *Karl-Otto Apel. Teoría de la Verdad y Ética de la Responsabilidad*, Barcelona 1991. Véase también, CORTINA, A., *Ética aplicada y democracia radical*, cit., pp. 113 s.

¹⁶⁹ ROXIN ha pretendido trasladar al Derecho penal y a la teoría jurídica del delito la ética de la responsabilidad, al incluir los criterios de política criminal dentro del propio concepto de delito.

¹⁷⁰ PÍA LARA, M., prólogo a WELLMER, A., *Ética y diálogo, Elementos del juicio moral en Kant y en la ética del discurso*, cit., p. 12.

¹⁷¹ Véase RÖSSNER, D., "Los imprescindibles deberes del Derecho penal en el sistema de control social elementos de una teoría intercultural del Derecho penal" en *Política criminal comparada, hoy y mañana*, de A. Beristain Ipiña (dir.), Madrid 1999, pp. 159 s.

O dicho en otros términos, la culpabilidad no se fundamenta en la naturaleza libre del hombre, sino en un acto de decisión colectiva que establece que en determinadas condiciones a un sujeto se le considera culpable y se le impone una pena. Este acuerdo no es un acto de la razón sino un acto de voluntad basado en el consenso¹⁷².

Este esquema teórico, en el que la persona –sin mayores aditivos– aparece dotada de poder solo es válido en democracias en las que los diversos grupos sociales comparten unos mínimos axiológicos o normativos y en las que las decisiones legítimas son las que se toman ateniéndose a los procedimientos preestablecidos como racionales (democracia procedimental).

4. La capacidad de realizar afirmaciones que implican compromisos inferenciales

En una sociedad democrática, al reconocer ámbitos de actuación autónomos al individuo que reúne determinadas condiciones podemos estar fundamentando algunas restricciones a la capacidad del *ius puniendi* –que no es poco– pero ciertamente aún no hemos definido (quizá no sea posible) por qué se puede hacer responsable a un sujeto (con las características que se enumeren) de su conducta, y, como consecuencia, imponerle una pena. Ciertamente que la intervención punitiva es un acto de voluntad basado en el (presunto) consenso. Ahora bien, el sistema democrático que pretende ser racional y reconocer derechos inviolables a sus ciudadanos, como pudiera ser el propio del estado constitucional español actual, debe explicar las razones por las que

¹⁷² PÍA LARA, M., prólogo a WELLMER, A., *Ética y diálogo, Elementos del juicio moral en Kant y en la ética del discurso*, cit., p. 14 "de aquí se deduce también que el aspecto irreductiblemente comunicativo no es cognitivo sino volitivo. Lo que sigue un acto efectivo de acuerdo de consenso colectivo, es el respeto moralmente prescrito de la autonomía de la voluntad de todas las personas implicadas, y ello precisamente porque no se trata de un acto de la razón, sino de un acto de la voluntad, de la decisión colectiva". Críticamente contra el recurso al consenso como criterio legitimador MARTINEZ-SICLUNA Y SEPULVEDA, C., *Legalidad y legitimidad: la teoría del poder*, cit., pp. 200 y 209.

adopta la decisión de política criminal que finaliza con la imposición de una pena. Y esta explicación, para que sea legítima ha de buscar un fundamento más allá de la mera imposición "para mantener el orden". Y esta, efectivamente, es la cuestión más controvertida, donde la libertad o la motivabilidad han jugado sus bazas para proponer diversos, aunque de hecho no demasiado lejanas, conceptos de "capacidad humana" —de actuar de otro modo o de motivarse¹⁷³. En definitiva, volvemos una y otra vez a la imagen de Hombre (o mejor, ahora de Persona) que debe utilizar contrafácticamente el Derecho penal. Y en este sentido, sin perjuicio de otras posibles capacidades, creo que la razón por la que el consenso colectivo democrático puede exigir responsabilidad —de cualquier tipo— a una persona es porque sólo las personas son capaces de realizar afirmaciones que impliquen o conlleven compromisos inferenciales. Sólo las personas al afirmar que el cielo es azul se están personalmente posicionando y comprometiendo con que es azul cuando participan en el diálogo social (o en la acción comunicativa social). Las personas participan y se comunican con los demás miembros de la sociedad no sólo con el lenguaje oral o expreso sino con sus actos y comportamientos, y de ellos se deducen por los demás participantes un compromiso hacia los hechos propios.

En definitiva, por tanto, el antiguo concepto del *factum* como hecho fruto de la voluntad y la personalidad de un hombre¹⁷⁴, vuelve a aparecer aquí, como fruto de una capacidad que fundada metafísica, religiosa o científicamente reaparece una y otra vez, y que, es adoptada por las sociedad como presupuesto para las relaciones humanas: la posibilidad y la capacidad del hombre de comprometerse con sus propias afirmaciones y el reconocimiento mutuo que de esa capacidad hace el ordenamiento jurídico.

Con ello aún no hemos entrado a analizar los límites que establece el ordenamiento jurídico o que puede o debe establecer a la responsabilidad,

¹⁷³ Sobre estas cuestiones, puede verse por todos con bibliografía, además de lo dicho con anterioridad MORALES PRATS, F., "Precisiones conceptuales en torno a la culpabilidad: convenciones normativas y función individualizadora", cit., pp 176 ss.

¹⁷⁴ En sentido similar puede verse VIVES ANTÓN, T., *Fundamentos del sistema penal*, cit., p. 205.

porque esto ya si que es meramente acto de decisión colectiva, que, sin embargo, en una sociedad con pretensiones de racionalidad y de respeto a los derechos individuales, puede ser pactada en atención a circunstancias biológicas, ideológicas, sociales u otras.

IV. EL MODELO DE *IUS PUNIENDI*: MOMENTO NORMATIVO VERSUS MOMENTO COACTIVO

Los intentos por legitimar el Derecho penal a partir de una determinada concepción de los fines de la pena y, a su vez, la pena en la constatación de la culpabilidad –que también se legitima en el propio fin de la pena– resultan insuficientes y conducen a un círculo cerrado donde cada elemento se legitima en la existencia del anterior y así sucesivamente.

Por otro lado, en una sociedad laica y plural, la explicación de la pena como expiación o castigo es insuficiente y la tradicional equiparación entre retribución y justicia no es más que una presunción irracional pues, pese a lo que mayoritariamente se ha venido manteniendo por la doctrina, el concepto de retribución no lleva en sí ningún criterio todavía que efectivamente limite la intervención penal en general, ni la pena en particular. Pero tampoco los fines que se proponen para explicar la existencia de la pena son satisfactorios porque no son empíricamente demostrables, ya que confunden ámbitos ontológicos distintos. No obstante, las que hemos denominado en sentido amplio como "teoría de la motivación" y "teoría de la prevención general positiva" –sobre todo en la versión de JAKOBS– dan los primeros pasos en la superación de estas deficiencias.

Tampoco es posible fundamentar el Derecho penal en su elemento "culpabilidad" que a su vez se asienta en afirmaciones no verificables empíricamente (pseudoproposiciones). El concepto de libre albedrío utilizado por la doctrina es fruto de la racionalización de la tradicional legitimación sacra del dominio y del *ius puniendi* y, aunque efectivamente se encuentre en la base de la cultura occidental, de raíces cristianas, ha de ser descartado

científicamente como fórmula de explicación del comportamiento humano y como fundamento de la exigencia de responsabilidad penal. Por el contrario, el fundamento de la pena y de su relación con la culpabilidad hay que abordarlo desde un cambio completo de paradigma y romper con una visión que legitima el Derecho penal en la imposición de una pena y ésta en un determinado efecto o fin. Pues, si bien la pena es una consecuencia jurídica del delito y, por tanto, se impone porque se ha cometido un delito y el sujeto es culpable; la culpabilidad se explica a partir de la norma jurídica y no de la pena.

Si la función del Derecho penal es regular conductas (desde la perspectiva del bien jurídico protegido)¹⁷⁵ y actuar como medio de control social, la función de la norma ha de ser motivar a la realización de conductas socialmente valoradas como positivas o necesarias. Hasta el punto de que cabría plantearse si la función de protección de bienes jurídicos no será sólo una función indirecta de la norma penal¹⁷⁶. Esta postura no es mayoritariamente admitida¹⁷⁷. Pero sólo si el bien jurídico protegido fuera, en el sentido que propone JAKOBS "la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción,... que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma primaria"¹⁷⁸ podría admitirse que la función directa e inmediata del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos. En caso contrario, esto es, si se considera que el bien jurídico protegido tiene un contenido material valorativo que representa idealmente intereses esenciales de la propia sociedad, o en palabras de MUÑOZ CONDE, "aquellos presupuestos que la persona necesita para su

¹⁷⁵ Sobre la relación entre una teoría del valor y una teoría normativa, véase RAZ, J., *Razón práctica y normas*, cit., p. 14.

¹⁷⁶ Véase más ampliamente DE LA CUESTA AGUADO, P., "Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto", cit., *passim*. En la misma línea de desligar los conceptos de antijuridicidad formal y material integrando esta última en el desvalor de acción se pronuncia VIVES ANTÓN, T., *Fundamentos del sistema penal*, cit., pp.484 s.

¹⁷⁷ En contra entre otros muchos, pero muy tajantemente SCHÜNEMANN, B., "Sobre la crítica a la teoría de la prevención", cit., p. 96.

¹⁷⁸ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 45, n. 2.

autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social"¹⁷⁹, el fin de la norma de prohibición "debería ser" la protección de bienes jurídicos, pero aún está por demostrar que lo sea efectivamente siempre.

Para que el *desideratum* de protección de bienes jurídicos tenga algún contenido significativo hemos de expresar que nuestro deseo y finalidad es que la pauta de conducta esté inspirada y tenga por objeto la protección de bienes jurídicos esenciales para el desarrollo de la personalidad de los individuos en el seno de un estado democrático fundamentado en el respeto a las libertades públicas y Derechos Humanos y de un estado social limitador de las disfunciones del estado liberal tendente a garantizar el estado del bienestar al que tengan acceso todos los individuos. Y, aún así, todavía tendremos que ponernos de acuerdo en el contenido material de estos conceptos.

Por ello, con independencia de cuál sea la función o fin de la pena hay que permitir la entrada a una imagen no meramente coactiva de la normatividad del derecho. Más bien al contrario, el carácter normativo del derecho deriva, al menos en gran medida, de la fuerza ilocucionaria¹⁸⁰ (o ilocutiva) de la proposición normativa (prescripción) que impone la pauta de conducta¹⁸¹.

¹⁷⁹ MUÑOZ CONDE, F. /GARCIA ARAN, M., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 59. También MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 134 s.

¹⁸⁰ Fuerza ilocucionaria: Elemento esencialmente pragmático inmanente a los actos de habla, especificable en términos de ejecución afortunada y que consiste en producir cambios en el mundo exterior o efectos. AUSTIN lo denomina Acto ilocutivo o ilocucionario (según las traducciones). La clase de fuerza ilocutiva de los actos de habla depende de la creencia o fines que se persiga. En este sentido los actos de habla tienen fuerza porque llevan a cabo acciones racionales, y, por tanto, entidades de naturaleza teleológica. Puede verse AUSTIN, J.L., "Emisiones realizativas", traducción de Alfonso García Suárez en *La búsqueda del significado*, cit., pp. 415 a 430. Del mismo, *Palabras, acciones e ideas*, Buenos Aires 1971; GARCIA CARPINTERO, M., *Las palabras, las ideas y las cosas*, Barcelona 1996, pp. 483 ss.; SEARLE, J.R., "¿Qué es un acto de habla?", cit., pp. 431 a 448.

¹⁸¹ Véase MORESO, J.J., *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid 1997, p. 33.

El sustrato constitutivo de tal fuerza ilocucionaria deriva de distintas razones:

- a) presunción de racionalidad y no arbitrariedad.
- b) reconocimiento legitimante y aceptación consensuada del acto de habla.
- c) representaciones significativas, simbólicas y descriptivas, asociadas al lenguaje.
- d) y finalmente, aunque no por ello de menor importancia, al contrario, legitimidad social de quien impone la norma.

Es la fuerza ilocucionaria contenida en la prescripción (norma primaria) aceptada como expresión formalizada de momentos consensuados del discurso en la interacción social, la que incide en el comportamiento humano con vocación reguladora primero y motivadora después. En este sentido ya hemos adelantado que la norma jurídico-penal es una razón para la acción. Pues bien si el carácter normativo del Derecho derivara de la fuerza ilocucionaria de la norma y pese a que la coacción que implica la sanción fuera una razón parcial y secundaria tendente a reforzar la fuerza de la prescripción cuando por cualquier motivo la potencialidad motivadora decayera, la legitimación del *ius puniendi* no tendría que recurrir a las supuestas e ideológicas finalidades que se persiguieran con la coacción (amenaza y ejecución de la pena) sino del contenido y el carácter de razón para la acción de la norma.

La pena es un elemento característico y propio del Derecho penal, pero no por ello deja de ser accesorio y secundario –aunque pueda ser muy traumático–. Desde este planteamiento la pena no tiene "fines"¹⁸² en sí misma, salvo la función para la que está creada, esto es, reforzar el potencial motivador de la norma primaria frente a aquellos sujetos para quienes (la norma) no constituye una razón completa para la acción. Esta postura presupone que el Derecho penal es un medio de control social que impone

¹⁸² En esta línea CALLIESS, R.P., "Strafwecke und Strefrecht" en *NJW* (1989) 1938 y ss.

pautas de conducta; que la norma, como razón para la acción *funciona* en la mayoría de los casos, esto es, que la mayoría de los ciudadanos aceptan la validez de la norma de modo que la pena sólo entrará para ratificar la validez de la razón que constituye la norma en los casos en los que aquélla no sirva para superar un conflicto de razones (de forma que se ejecute la pretensión del emisor de la norma y detentador del *ius puniendi* de que la norma se constituya como razón de segundo orden, por seguir con la terminología empleada por RAZ).

Al margen de ello, y una vez superada la fase en la que se cumple la función de motivación previa a la comisión del delito y éste se ha cometido, podemos, desde diversas fundamentaciones de contenido ideológico, ético, utilitarista, etc., intentar asignar a la pena funciones o fines (¿quizá consecuencias?), al margen de las funciones que ella cumple por sí misma con independencia de nuestros deseos (estigmatización y desocialización). Pero tampoco esta asignación bienintencionada e ideológicamente fundamentada de fines sirve para legitimar la imposición de la pena. Es preciso reconocer, sin embargo, que este planteamiento también se aleja de la doctrina mayoritaria¹⁸³.

Las anteriores afirmaciones sobre el carácter normativo del Derecho penal no contradicen, sino que reconocen y complementan –y parcialmente, en algún sentido, explican– aquellas otras que ponen de manifiesto la relación existente entre eficacia motivadora de la norma e integración social.

Por ello, si extraemos de la racionalidad de la pena como sanción la carga ideológica propia de las teorías de los fines de la pena –o dicho de otra forma, si la pena no tiene ni una función de prevención ni de retribución en el sentido expresado por las teorías de la pena–, el fin de la pena tampoco puede servir para fundamentar la culpabilidad o el Derecho penal. Por el contrario, la legitimación del Derecho penal solo podrá otorgarse

¹⁸³ En este sentido, ACHENBACH, K., "Imputación individual, responsabilidad, y culpabilidad", cit., p. 138.

por fuentes externas al propio Derecho penal y a través de lo que se ha dado en llamar una "*legitimación procedimental*". En cualquier caso, ni la pena ni las teorías de la pena pueden servir para legitimar, fundamentar o explicar la culpabilidad.

Por el contrario, el fundamento de la culpabilidad y de la exigencia de responsabilidad penal hay que buscarlo en un acto volitivo generado por el consenso. Es un acto de decisión colectiva que establece las condiciones, requisitos y formas para exigir responsabilidad penal. La culpabilidad, como elemento dogmático del delito, cumple la función de ser el ámbito en el que el individuo, como centro de poder, negocia con el estado, como detentador del *ius puniendi*, sus ámbitos de libertad sobre la base del principio de respeto a la Dignidad de la persona. Por ello, la culpabilidad también es un elemento garantista fundamental en la concepción del delito, un límite al *ius puniendi* basado en la individualización de la exigencia de responsabilidad y en el principio de responsabilidad por el hecho propio¹⁸⁴. Sin embargo, de hecho, la culpabilidad se da por supuesta en el autor de un injusto penal, a no ser que esté presente una causa de exculpación descrita en el CP. Más aún, en nuestro derecho positivo no existe un concepto de culpabilidad. Nuestro Código se refiere únicamente a la "responsabilidad" como conjunto de condiciones que posibilitan la aplicación de la pena.

¹⁸⁴ En similar sentido QUINTERO OLIVARES, G., *Locos y culpables*, cit., p. 197.

Segunda Parte

Los presupuestos

CAPÍTULO IV

RECONOCIMIENTO SUBJETIVO Y EXIGIBILIDAD DEL DERECHO PENAL INJUSTO

I. INTRODUCCIÓN

La norma jurídica, y, por tanto, la norma jurídico-penal, desde una concepción no meramente coactiva del Derecho, como la propuesta por RAZ, sirve como modelo para explicar, guiar y justificar conductas, pues la existencia de una norma jurídica puede ser una razón suficiente para actuar en un determinado sentido. En este sentido, la norma jurídico-penal se presenta al destinatario desde una doble posición motivadora. En primer lugar aparece como una norma justificada y válida por los valores y bienes jurídicos que protege y la finalidad teleológica en la definición de pautas de conducta que la inspira. Desde esta perspectiva, la norma jurídico-penal se reviste de la presunción frente al destinatario de que, en el caso de que éste tuviera que enfrentarse a la disyuntiva entre seguir la pauta de conducta que la norma exige y otra posible conducta contraria a la norma, las razones que explican y justifican la norma, la lógica de la norma –esto es, el bien jurídico o valor que la inspira aunque también la presunción de legitimidad y justificabilidad de las normas jurídicas emitidas por el estado y de la fuente de la que emana¹– debería imperar sobre los argumentos lógicos para realizar la conducta contraria.

¹ O dicho de otro modo: La fuerza lógica de la razón derivaría, básicamente de dos aspectos: por una lado, de su fuerza lógica, es decir, de los valores que la inspiran y que la justifican y por otra, de la fuerza derivada de quien emite la norma (estado).

A esta fuerza lógica derivada de la finalidad de la norma jurídico-penal se suma, como refuerzo, cuando el argumento lógico-teleológico no sea suficiente, la amenaza de la pena. Este doble aspecto (consensual-valorativo y coercitivo) ya había sido puesto de manifiesto como propio de todo sistema de control social².

Normalmente, el ciudadano no cuestiona la validez del presupuesto que justifica y legitima la norma (la corrección del bien o valor, o finalidad implícita en la norma) sino que la da por supuesta —de ahí la pretensión de validez y legitimidad con que aparece ante el ciudadano—. Por eso, cuando se alega una norma jurídico-penal, no se están explicando las razones por las que se debe realizar la pauta de conducta, sino que en la mayoría de los casos la norma es decisiva y los factores de complicación se presentan solo en una minoría de casos. Precisamente, lograr esta simplificación del debate social es una de las finalidades del Derecho.

Ahora bien, las normas jurídicas, y también y especialmente las penales, tienen una relativa independencia respecto de las razones que la justifican hasta el punto de que se presenta ante el ciudadano también y de forma prioritaria como una razón de segundo orden, esto es, una razón que debe ser obedecida incluso en el supuesto de que no lograra superar un examen crítico comparativo con otras posibles razones. Más aún, el estado que impone la norma jurídico-penal lo hace con la pretensión de que el ciudadano *no someta la razón que constituye la norma jurídica a un juicio de razones* (conflicto de razones) y la acepte, sin más, en base a la fuerza lógica derivada del valor que la justifica y de la capacidad coactiva de quien la impone (lo que tiene que ver con la pena, pero no solo).

De modo que, normalmente se admitirá la validez de la norma por parte del destinatario en base a estos dos argumentos: razones valorativas que explican y justifican la norma y razones prácticas derivadas del poder normativo de quien impone la norma jurídica. Pues bien, el problema surgirá singularmente respecto de aquellos supuestos en los que se mantenga la se-

² Véase pp. 59 y ss.

gunda razón para seguir la pauta de conducta impuesta por la norma, esto es, el poder normativo del estado y la amenaza con que acompaña el incumplimiento, pero desaparezca la razón legitimante. Para algunos autores, la solución en este caso debería darse inmediatamente derivándola del principio fundamental según el cual la vigencia de la norma jurídica no puede hacerse depender de su aceptación por parte de los destinatarios³. La cuestión es si el principio de vigencia goza de carácter absoluto o, por el contrario, puede ser también cuestionado –y derogado– en casos concretos en relación con el Derecho penal. Éste y no otro es el problema que tradicionalmente se ha esconde tras la cuestión de la "exigibilidad del Derecho injusto", cuestión con singular trascendencia en la culpabilidad normativamente entendida y basada en la "posibilidad de actuar de otro modo" y en la exigibilidad de hacerlo⁴.

II) La adopción de una teoría normativa de la culpabilidad, basada de una u otra forma en determinadas capacidades del destinatario de la norma para actuar –bien libre albedrío y capacidad para obrar de otro modo, bien capacidad para motivarse⁵, aunque quizá aquí en menor medida⁶– y la generalización de los conceptos, propia, por otro lado, del carácter contrafáctico⁷ de la investigación científica y la necesaria construcción de modelos

³ CERESO MIR, J., "El delito como acción culpable" en *Dogmática penal, Política criminal y criminología en evolución*, La Laguna 1997, p. 35.

⁴ Coherentemente, CERESO MIR, J., "El delito como acción culpable", cit., p. 35 afirma que precisamente la culpabilidad jurídica significa que no es preciso que se acompañe de culpabilidad moral.

⁵ Véase LUZÓN PEÑA, D., "Observaciones sobre culpabilidad y pena en el CP de 1995", cit., p. 162.

⁶ Véase DIEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los elementos subjetivos del injusto. Bases metodológicas*, Valencia 1990, pp. 9º ss.

⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal y control social*, cit., p. 23, utiliza el término "contrafáctico" referido a l la norma jurídica penal en otro sentido. Afirma que "Una peculiaridad de este tipo de normas es, por tanto, su carácter *contrafáctico*, es decir, su vigencia no se modifica en nada por el hecho de que sean incumplidas, más bien sucede lo contrario: su incumplimiento y la consiguiente sanción confirman su necesidad y vigencia".

teóricos en base a idealizaciones conceptuales de sujetos en la ciencia jurídica, aunque el método de investigación no es exclusivo de ésta— conduce necesariamente a preguntarse hasta qué punto y en qué medida el concepto de exigibilidad, como límite de la capacidad normal del sujeto ideal a partir del cual se puede (o no se puede) exigir responsabilidad penal, origina una declaración de culpabilidad⁸.

Y la cuestión, en nuestra sociedad, cada vez más compleja y cada vez, se espera, más democrática, con lo que de potenciación de la diversidad ideológica conlleva —y por tanto, de nuevo, de complejidad— **consiste en establecer los límites a la intervención del estado y la sociedad** mediante la norma penal en el ámbito de actuación bajo el control normativo del sujeto, y con ello, el límite si se quiere de las esferas de autocapacidad de actuar, más allá de los derechos "negativos" que representan las libertades públicas⁹.

En este sentido, la norma de conducta derivada de la norma jurídico penal ha de respetar los límites de autorregulación reconocidos al sujeto, respetando sus derechos fundamentales y el reconocimiento de poder de decisión que, como libertades le reconoce la propia Constitución —también con los límites que ésta impone—. Problema distinto será aquel en el que el destinatario reconoce la validez de la norma desde el punto de vista lógico, su legitimidad, pero no actúa según el deber de conducta que la norma impone "por otra razón". Es decir, la norma jurídico-penal sería una razón de primer orden *prima facie* que no se cumple cuando existen *otras razones de segundo orden*.

⁸ QUINTERO OLIVARES, G., *Locos y culpables*, cit., p. 174.

⁹ Véase AUSIN, F.J./PEÑA, L., "Los derechos positivos desde una perspectiva analítica" en *Actas del Congreso de la Filosofía Analítica en el cambio de Milenio*, de M.S. de Mora, A. Ibarra, E. Pérez Sedeño e I. Sánchez Balmaseda (eds.), San Sebastián 2000, pp. 675 a 686. "Se denominan "derechos negativos" a aquellos que prescriben la ausencia de trabas o imposiciones para realizar una acción ("libertades de"): El derecho a manifestar las opiniones (libertad de expresión), a no pensar de un modo determinado (libertad de conciencia), etc. propios de las primeras Declaraciones de Derechos Humanos de inspiración liberal" (p. 676).

En resumen, en relación con la capacidad regulativa de la norma jurídico-penal podremos encontrarnos en dos situaciones: en la primera, no se reconoce la validez para el caso concreto de la pauta de conducta que emana la norma, pero se reconoce la imposición normativa (problema del Derecho injusto) en el segundo, sí se reconoce la validez de la norma pero se incumple *por otras razones* (no se reconoce la fuerza de la imposición)¹⁰.

II. EL PROBLEMA DEL "DERECHO INJUSTO"

1. Razones morales de lo justo

Si la idea de fin se convierte en idea rectora de nuestro sistema penal, las normas que éste imponga serán susceptibles de valoración en términos de justicia/injusticia; y "lo bueno" en el sentido de "lo adecuado al fin" será "lo justo"¹¹. Esta calificación de la norma como justa o injusta en atención a un criterio teleológico implica también una valoración moral de las leyes y el reconocimiento de la distinción significativa entre juicios morales fundados e infundados¹². La calificación de "moral" o "acorde" con la moral social de la norma jurídico-penal, otorga al sistema una indudable fuerza

¹⁰ O dicho en términos de RAZ, en el primer caso, la norma sería una razón de segundo orden excluyente, pero no una razón de primer orden; en el segundo caso, sería una razón de primer orden pero no de segundo orden.

¹¹ Puede verse FERNANDEZ GARCIA, E., *La obediencia al Derecho*, Madrid 1987, pp. 71 ss. Resume su tesis en "La polémica actual sobre la obediencia al Derecho desde una perspectiva kantiana" en *Kant después de Kant. En el bicentenario de la Crítica de la razón práctica*, de Muguerza J, y Rodríguez Aramayo, R., (ed.), Madrid 1989, p. 651. También para HABERMAS lo justo es igual a lo fundado éticamente (SORIANO, R. *Sociología del derecho*, cit., p. 156). Para LUHMANN, N., en *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. De Otto Prado, Madrid 1983, sin embargo, "justicia" es "la perfección de la unidad del sistema" (p. 37).

¹² LYONS, D., *Ética y derecho*, cit., p. 26.

legitimadora y lo convierte –al menos desde el punto de vista de quienes comparten dicha moral¹³– en un Derecho penal "justo"¹⁴.

"Derecho justo"¹⁵ será, según lo descrito, una expresión con dos posibles acepciones: en sentido colectivo, será el Derecho que responda a la "moral social". En sentido individual, será aquél que responda a la norma moral reconocida por el individuo¹⁶.

Ante el Derecho injusto en sentido social, la sociedad (o los grupos sociales que lo sientan como tales) estará legitimada para reclamar su cambio y lo harán, siempre que las circunstancias lo permitan o, dicho de otro modo, siempre que tenga poder para hacerlo. A estos efectos podemos definir el "poder", siguiendo a SAVATER, como "un conjunto de fuerzas contrapuestas y más o menos jerarquizadas, de saberes, discursos y prescripciones normativas"¹⁷ que permite a quienes lo detentan afectar según su voluntad a la conducta de otros individuos, grupos o colectividades.

¹³ Por otro lado, el que los juicios de valor sean subjetivos y que coexistan juicios de valor muy distintos no implica que cada individuo tenga su propio sistema de valores, sino que más bien, existen coincidencias importantes, pues los sistemas de valores, dependen en gran medida de la sociedad o del grupo social en el que el individuo se inserta. KELSEN, K., *¿Qué es justicia?*, trad. de A. Calsamiglia, Barcelona 1992, p. 42.

¹⁴ Contra esto advierte SAVATER, F., *Diccionario filosófico*, Barcelona 1997, p. 144 al afirmar que "hay que evitar cuidadosamente confundir la reflexión ética con la búsqueda de justificaciones judiciales para sancionar una conducta". Aunque reconoce que "en cierto sentido resulta imposible disociar del todo la reflexión moral con las aspiraciones políticas o los planteamientos jurídicos" (p. 145).

¹⁵ Puede verse esta cuestión ampliamente en BAYON MOHINO, J.C., *La normatividad del Derecho: Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid 1991, pp. 691 ss.

¹⁶ El relativismo moral, como señala LYONS, D., *Ética y derecho*, cit., pp. 31 ss., se encuentra entre otras, con dos objeciones fundamentales: primero que se ve obligado a asumir juicios morales opuestos. Ante tal situación caben dos soluciones, o decir que uno es verdadero y otro falso, o admitir que cada uno será verdadero para quien lo comparta. Y segundo, la conducta debe regirse por el código de conducta imperante, de forma que asume los juicios de la mayoría en detrimento de la minoría.

¹⁷ SAVATER, F., *Ética como amor propio*, cit., p. 248.

En el problema del Derecho injusto se pueden distinguir diversos aspectos. En primer lugar la injusticia puede deberse a que el sistema jurídico es injusto o no. Cuando se trate de un sistema (casi)justo, como el democrático, "nuestro deber natural de apoyar aquellas instituciones que sean justas, nos obliga a obedecer las leyes y los programas injustos o, al menos a no oponernos a ello por medios ilegales, en tanto estas leyes y programas no excedan ciertos límites de injusticia"¹⁸.

En segundo lugar, en un sistema (casi)justo puede darse aún el caso de una ley injusta, bien porque sea contraria a normas o principios superiores, bien porque sea irracional. En cualquiera de los dos supuestos, el grado de injusticia hará depender la respuesta del ordenamiento jurídico. Para RAWLS, cuando el grado de injusticia sea leve, nuestro deber de defender una Constitución justa nos obliga a aceptar el principio de las mayorías, principio que legitima procedimentalmente todas las leyes¹⁹. Cuando la gravedad de la injusticia lo justifique cabrá alguna manifestación de "desobediencia civil".

Como caso distinto será, según RAWLS, "la objeción de conciencia que "consiste en no consentir un mandato legislativo más o menos directo, o una orden administrativa"²⁰. La objeción de conciencia no pretende apelar al sentido de justicia de la mayoría, sino que reconoce que "no existe una base para una comprensión mutua". Mientras que la desobediencia civil tiene una base política y es una apelación a una concepción de la justicia comúnmente compartida, la objeción de conciencia tiene otros fundamentos religiosos o de otra clase.

Quien se encuentra en estas situaciones se enfrenta a dos normas que imponen pautas de conducta distintas. Para dar una solución a este conflicto, desde el punto de vista jurídico-penal, deberemos previamente pronunciarnos sobre la cuestión del "deber jurídico" emanado por la norma prima-

¹⁸ Por todos, RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, cit., p. 394.

¹⁹ RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, cit., pp. 391 a 395.

²⁰ RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, cit., 410.

ria, cuestión que ha sido analizada por la Teoría general del Delito en sede de norma primaria. Desde el punto de vista del destinatario de la norma puede admitirse que cuando la persona a la que va dirigida la pauta de conducta derivada de una norma penal, acepte como norma moral la norma primaria y, por tanto, de ello derive un deber moral de comportamiento, "subjetivamente" admitirá la validez de la norma primaria y su legitimidad y se comportará –o al menos aceptará que debería comportarse– de acuerdo con la pauta de conducta impuesta por la norma primaria a la que reconocería como justa. Este reconocimiento es un importante factor legitimador de la intervención estatal²¹ pues si el sujeto a quien se dirige la pauta de conducta la admite como válida –en el sentido de subjetivamente vinculante en su actuar– la legitimidad de la norma no será cuestionada.

En el sentido expuesto con anterioridad utilizaré la expresión "moral social" para referirme al conjunto de normas de comportamiento adecuadas a valores racionales y/o religiosos admitidas por el grupo social como imperante en las relaciones interpersonales. Utilizaré la expresión "moral personal" para designar el conjunto de normas de comportamiento que responde a valores racionales y/o religiosos que rige el comportamiento de una persona. "Persona" en este momento y provisionalmente será "todo sujeto de derechos y obligaciones receptor en el caso concreto de la norma jurídica y/o moral". Y finalmente, cuando en la siguiente clasificación utilice el término sociedad ha de entenderse como grupo social integrado por personas individuales y/o grupos de personas en tensión continua por imponer sus intereses.

2. Interrelaciones entre Moral y Derecho penal con fines de legitimación subjetiva desde el punto de vista del destinatario de la norma jurídico-penal

En este punto de interrelación entre Moral y Derecho, podemos encontrarnos con las siguientes situaciones:

²¹ Puede verse SUÁREZ VILLEGAS, J. C., *¿Hay obligación moral de obedecer al derecho?*, cit. p. 14.

1. *La sociedad reconoce que la norma jurídico-penal es como adecuada a la moral social.* Podríamos afirmar que el reconocimiento social se realiza a través del consenso y se manifiesta a través de la conformidad. Esto quiere decir que existe consenso acerca de que la norma penal es justa (esto es, adecuada al fin propuesto). Ahora bien, partiendo de esta situación de consenso pueden darse distintas situaciones personales:
 - 1.1. La persona reconoce como adecuada a su moral personal la norma jurídico-penal.
 - 1.2. La persona no reconoce como adecuada a su moral personal la norma jurídico-penal. En este caso todavía podemos encontrarnos con que:
 - 1.2.1. La norma jurídico-penal contradice a la norma moral, pero de la contradicción no se deduce la obligación de infringir la norma jurídico-penal.
 - 1.2.2. La norma jurídico-penal es contraria a la norma moral y ésta obliga a infringir la norma jurídico-penal.
2. *La sociedad no reconoce como adecuada a la moral social a la norma jurídico-penal.* En este supuesto puede suceder que,
 - 2.1. Sin embargo, la norma jurídico-penal sea acorde con la norma moral de la persona
 - 2.2. La persona tampoco reconozca como adecuada a su moral personal la norma jurídico-penal. Si ello fuera así, cabrían dos posibles situaciones,
 - 2.2.1. que la norma jurídico-penal contradiga a la norma moral, pero de la contradicción no se deduzca la obligación de infringir la norma jurídico-penal
 - 2.2.2. que la norma jurídico-penal sea contraria a la norma moral y ésta obligue a infringir la norma jurídico-penal²².

²² Quizá sea que la discusión real versa sobre qué valores está dispuesta a admitir en los otros la sociedad.

A) Conflictos normativos con eficacia social deslegitimadora

En el caso 2) en general, cuando la sociedad no reconoce como adecuada a la moral social la norma jurídico-penal y en el 2.2.2) en particular, cuando además, también se oponga tan gravemente al código moral individual que se genere un conflicto normativo del que derive el deber moral de infringir la norma penal, la cuestión que habrá de plantearse la sociedad es la de la validez legitimante del bien jurídico protegido, en sí mismo o en su posición jerárquica. Nos encontraríamos ante lo que QUINTERO OLIVARES califica como *Crisis en el contenido de la antijuridicidad material de la conducta* "que necesariamente debe provocar una reflexión del legislador, puesto que si bien la mayoría de un Parlamento puede imponer una decisión y hasta derribar a un Gobierno, el mantenimiento de un sistema represivo sobre una parte importante de la ciudadanía exige de un consenso casi unánime, pues eso es lo único que se puede corresponder con el principio de *intervención mínima* caracterizador del Derecho penal"²³.

B) Conflictos normativos que no generan deber de infringir la norma jurídico-penal

En los casos 1.2.1) y 2.2.1), es decir, cuando existe una contradicción entre la norma moral individual y la norma jurídico-penal, pero de ello no se exige la obligación de infringir la jurídica, podrá cumplir la norma jurídica sin contradicción con sus creencias personales aunque la considere injusta. Si es así, parece que, con independencia de la necesaria revisión crítica, en su caso, del contenido y jerarquía reconocida por la concreta norma jurídico-penal al bien jurídico protegido o de la ausencia de éste, la norma mantiene su pretensión de validez para guiar la conducta del sujeto.

²³ QUINTERO OLIVARES, G., *Locos y culpables*, cit., 173.

C) Conflictos normativos que generan un deber de actuar contrario a la norma jurídico-penal: Anomia débil

De todos los supuestos enunciados, sólo cuando nos encontremos en los supuestos 1.2.2) y 2.2.2), es decir, cuando del conflicto normativo sí que se derive un deber de actuación que infringiría la norma jurídico-penal, al sujeto se le planteará un conflicto (más o menos importante según el grado de obligatoriedad de cumplimiento que exija el código moral) entre actuar conforme a lo que la sociedad le exige y actuar conforme a lo que su conciencia le exige. En estos dos últimos casos, el conflicto normativo es tan fuerte que el individuo se encuentra en una situación similar a la "anomia".

Por anomia se suele entender una situación en la que existen conflictos de normas de manera que el individuo no puede orientar con precisión su conducta. Utilizo el término *anomia* en un sentido más débil que DAHRENDORF²⁴. El sentido en que es aquí utilizado se acerca más al común de "estado de aislamiento del individuo o de desorganización de la sociedad debido a ausencia, contradicción o incongruencia de las normas sociales"²⁵. Quienes se encuentran en esta situación de anomia débil, derivada del conflicto normativo pueden representarse la situación como de vacío normativo que el individuo podría llegar a experimentar como una confusión moral y mental²⁶.

Estas situaciones conflictivas que estamos describiendo se generan como consecuencia de la crisis relativa del contenido valorativo del bien jurídico protegido o de su diversa posición jerárquica en los sistemas normativos (moral y penal) en conflicto. Es decir, podrán darse, en principio dos situaciones: que el destinatario de la norma no reconozca el valor que conceptualiza en bien jurídico protegido, y de ahí que no sea útil para generar una pauta de conducta respecto del destinatario o que el destinatario

²⁴ DAHRENDORF, R., *Ley y orden*, cit. *passim*.

²⁵ Diccionario de la Lengua Española, 21ª ed.

²⁶ GINER, S., *Sociología*, cit., pp. 227 s.

sí que reconozca como merecedor de protección y por tanto, como guía de conducta el valor subyacente al bien jurídico protegido, pero en relación con otros valores, intereses o bienes jurídicos en juego, la eficacia lógica decae.

El valor superior contrario a la norma jurídico-penal puede serlo en el plano teórico o práctico. En el plano teórico se desarrollaría el conflicto entre "ideología" y "vida humana", por ejemplo, y en el plano práctico el conflicto entre "hambre" y "vida humana" por poner casos igualmente extremos. Esta distinción entre cuestiones ideológicas y cuestiones prácticas fue tenida en cuenta en la STS de 12 de septiembre de 1997, nº 1133 (RJ 1997/6448) –ponente Sr. Granados Pérez–. Se trataba de un testigo de Jehová que alega sus creencias así como su condición de padre y sustento de su familia como estado de necesidad respecto del delito de incumplimiento del deber de prestación del servicio militar. La sentencia de instancia aprecia una eximente incompleta no por razones ideológicas, sino por la "cuestión práctica" de sus obligaciones familiares, lo que admite el TS²⁷ –aunque

²⁷ "Respecto a la alegada creencia religiosa –testigo de Jehová– para oponerse al cumplimiento de la prestación social sustitutoria, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias Sentencias –véase entre otras la St. 55/1996, de 28 marzo (RTC 1996\55)– por la constitucionalidad de la prestación social sustitutoria frente a las alegaciones contrarias por razones de conciencia o creencias religiosas y así se declara en la St. mencionada que «so pena de vaciar de contenido los mandatos legales, el derecho a la libertad ideológica reconocido en el art. 16 de la CE (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875) no resulta por sí solo suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos...». El propio Tribunal de instancia, al estimar la eximente de estado de necesidad no lo hace por su condición de testigo de Jehová sino por razones de sustento a su familia"... la eximente de estado de necesidad en cuanto que la infracción por parte del acusado del deber de presentación se produjo fundamentalmente, dejando al margen su alegada condición de testigo de Jehová, para no privar a su familia, compuesta por esposa y un hijo de corta edad, del único medio de sustento del que disponía, consistente en los ingresos que percibía el acusado por el trabajo por cuenta ajena que desarrollaba, tal como consta documentalmente acreditado en autos, pese a lo cual no le fue concedida por la Autoridad competente un aplazamiento para la incorporación al período de actividad."

posteriormente se afirme que no se han probado en instancia los demás requisitos del estado de necesidad—.

Junto a los supuestos anteriores, podemos encontrarnos otro supuesto que en alguna ocasión puede conducir a una situación de anomia similar a las anteriores. Se trata de los casos en los que la norma vigente está absolutamente en desuso en determinadas circunstancias hasta el punto de que los operadores jurídicos que han de velar por el cumplimiento de la norma no lo hacen.

III. LA OBLIGACIÓN JURÍDICA DE OBEDECER AL DERECHO

1. Introducción

I) A lo largo de la historia del pensamiento han sido muchos los autores que han aceptado que la desobediencia al Derecho puede estar moralmente justificada, pero cuando llega el momento de afirmar la consecuencia lógica inmediata de tal reconocimiento —esto es, el destinatario de la norma puede desobedecerla cuando sea injusta y no sufrirá sanciones jurídicas— o bien afirman que ello no implica en ningún caso la desobediencia jurídica (inadmisible) o bien, cuando reconocen la posibilidad de desobedecer al "Derecho injusto" las restricciones a esta posibilidad son tan amplias que al final, de hecho, no se admite tal posibilidad.

Los autores que así se pronuncian suelen partir de calificar a la norma cuya obediencia se cuestiona de "injusta", pero la utilización de este término ya implica introducir en el debate un aspecto de irracionalidad, al menos, por dos razones:

1. por la enorme "carga emocional" que conlleva: pocos serían los que *a priori* se atreverían a afirmar, de forma radical que también hay que obedecer y respetar a la "injusticia". Por otro lado el

"Derecho injusto" lleva la contradicción es sus propios términos, pues si es Derecho se sobreentiende que es justo (en el sentido de "adecuado a Derecho como manifestación de la Justicia), y si es injusto o no es Derecho o es ilegítimo (en el sentido de que la fuente de la que emana no tendría competencia).

2. porque, como hemos visto, la calificación de justa o injusta de una norma depende del "fin" perseguido. Es decir, no es una cuestión objetiva, ni evidente, ni universal, sino valorativa y variable. En definitiva, por tanto, afirmar que una norma es justa solo equivale a decir que para quien emite el juicio de valor la norma enjuiciada no es contraria a sus valores e intereses.

De ahí la necesidad de objetivizar el problema que, de hecho, se oculta tras la cuestión de la obediencia al "Derecho injusto" o a la "norma injusta". Cómo hemos puesto de manifiesto, de los dos factores de fuerza de la norma jurídica como razón para la acción, en el problema de la norma calificada como injusta se cuestiona su fuerza lógica, derivada de los argumentos legitimantes que la convierten en guía de conducta de orden valorativo. Pese a ello, y por tratarse de una razón con pretensiones de cumplimiento más allá del juicio sobre su validez, se mantiene su argumento de fuerza derivado de la imposición normativa realizada por el estado. La pretensión de validez racional entra en crisis, mientras que se mantiene su imposición.

Por ello, tras el problema de la norma injusta se ocultan conflictos que afectan a la fundamentación de la propia norma como razón justificada. Desde el punto de vista del destinatario, el valor o interés que inspira y justifica la norma entra en conflicto con otros valores que justifican norma de conducta contrarias, y que resultan superiores en un juicio comparativo. De ahí que sea más gráfica la expresión "conflictos subjetivos de deberes (de conducta)" porque con independencia de que "el hombre medio"²⁸ o "la mayoría" o "quien emite el juicio" coincida o no en la apreciación con

²⁸ QUINTANAR DÍEZ, M., *La exigente de miedo insuperable*, Madrid 1998, p. 111, entiende que el criterio del hombre medio puede actuar como límite de la culpabilidad pero no como fundamento.

quien padece el conflicto. Este conflicto ha sido equiparado en ocasiones en nuestra jurisprudencia con el estado de necesidad en su versión de conflicto de deberes y calificado como "estado de necesidad interno".

Especialmente interesante en este sentido es la STS de 9 de abril de 1999, número 537/1999 (RJ 1999/1889) –ponente Sr. Bacigalupo Zapater– donde tras una correcta exposición se concluye que si bien en el supuesto de "delincuencia por convicción" no concurren los requisitos del estado de necesidad, si puede apreciarse una atenuante analógica al mismo, lo que significaría una atenuación de la pena, en cualquier caso no excesivamente cualificada. Con ello, la sentencia está reconociendo que el conflicto de deberes y, por tanto, la desobediencia al Derecho calificado subjetivamente como "injusto" puede tener reconocimiento por parte del Derecho penal. Y en la medida en que su tratamiento se efectuaría por la vía de la atenuación de la pena equiparándolo a un "estado de necesidad análogo" la cuestión se ubicaría en la culpabilidad.

En otro supuesto similar, de objeción de conciencia al cumplimiento del servicio militar de un testigo de Jehová, la STS 6448/1997 considera que no cabe alegar razones ideológicas que no tiene en cuenta en la parte dispositiva, mientras que sí admite razones "prácticas" derivadas de la condición de padre y responsable del mantenimiento y sustento de su familia. Como consecuencia, atenúa la pena apreciando "una eximente incompleta del art. 21.1 en relación con el art. 20.5 del CP".

En definitiva, por tanto, la cuestión se está reconduciendo de nuevo al problema de la exigibilidad de una conducta distinta a la ordenada por la norma. Desde el punto de vista penal, los argumentos dirigidos a negar esta posibilidad con carácter general son idénticos a los que se alegan cuando el problema se plantea desde el punto de vista filosófico, como la desobediencia al Derecho injusto: no puede ser admitido en base a "la obligatoriedad y generalidad de las normas; la exclusiva competencia del legislador para el establecimiento de causas de exculpación y los problemas de inseguridad del Derecho que ellos conllevaría"²⁹.

²⁹ GARCÍA ARÁN, M., "Culpabilidad, legitimación y proceso", cit., p. 75.

2. La obligatoriedad jurídica de la norma válida

A) Sobre las consecuencias de la permisividad

Como hemos visto, en un sistema (casi) justo la ley puede ser "injusta", bien por ser contraria a las leyes o principios superiores, bien por ser irracional (no respetar racionalmente el código de valores subyacente en el sistema o infringir las reglas de funcionamiento del propio sistema). Cuando la injusticia sea leve nuestro deber de defender una Constitución justa nos obligaría a aceptar el principio de las mayorías, principio que legitima procedimentalmente todas las leyes³⁰. Cuando sea grave, cabrán algunos supuestos de desobediencia civil³¹ (por razones políticas). Como supuesto específico, y especialmente interesante para nosotros, RAWLS define la "objección de conciencia" como la negativa a consentir un mandato más o menos directo. Tanto la objeción de conciencia como la desobediencia civil (así como la resistencia o la revolución) ponen de manifiesto una carencia en la legitimidad del estado. Pero, mientras que la desobediencia civil tiene una base política y pretende apelar al sentimiento de justicia de la mayoría, la objeción de conciencia reconoce que no existe base para "una comprensión mutua"³² y sus fundamentos pueden ser políticos o de cualquier otra clase (religiosos, etc.). RAWLS no ofrece una solución unívoca, sino que reconduce el tema al problema de la justificación de la desobediencia. Cuando la desobediencia esté justificada –porque sus argumentos sean justos– será aceptable. Ahora bien, con ello no acabamos de resolver nuestra cuestión.

Precisamente a la "desobediencia civil" se ha referido en alguna ocasión nuestro TS en relación con la negativa a cumplir la prestación social sustitutoria. En estos supuestos, ha rechazado la posibilidad de admitir la existencia de un estado de necesidad o del cumplimiento de un deber, por

³⁰ RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, cit., pp. 391 a 395.

³¹ MARTINEZ-SICLUNA SEPÚLVEDA, C., *Legalidad y legitimidad: la teoría del poder*, cit., pp. 232 ss.

³² RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, cit., p. 410.

razones que ya veremos. Pero además, entiende que la negativa a cumplir la prestación social sustitutoria podría constituir "un supuesto de desobediencia civil, de incumplimiento de la normativa legal, que es manifestación de la voluntad general, único medio que hace factible el mantenimiento de la pacífica convivencia, que se vería alterada si cada ciudadano impusiese sus normas de conductas, según su particular y subjetiva visión de lo justo, pues es evidente que *ningún Estado puede admitir que la conciencia individual prime sobre la norma social*" (STS de 23 de diciembre de 1999, núm. 1825 (RJ 1999/9229). Ponente Sr. Prego de Oliver y Toli-var). Esta frase (subrayada por mí) sintetiza muy correctamente el argumento fundamental para negar la posibilidad de incumplimiento de una norma jurídico penal por razones de conciencia (por considerar la norma injusta). Pero si se observa, más que un argumento que aduce razones es una toma de posición: la posición del estado impositor de la norma con pretensiones de validez general.

DWORKIN se ha preocupado especialmente de la validez de estas argumentaciones que niegan la posibilidad de que "la conciencia individual prime sobre la norma social" y sistematiza los argumentos que se suelen oponer al reconocimiento de la desobediencia a la norma jurídica³³ de la siguiente forma³⁴:

1. La sociedad no podría mantenerse si se tolera toda desobediencia, argumento, del que afirma DWORKIN, no puede deducirse que *si se tolera alguna desobediencia vaya a desmoronarse toda la sociedad y tampoco existen pruebas de que así sea*³⁵. Por el contrario, la realidad nos muestra que existen muchos supuestos en los que la norma no se cumple. Además, *existirían razones,*

³³ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, 2ª reimpresión, Barcelona 1995, pp. 394 y ss.

³⁴ Advertasé que el TS ha denominado "desobediencia civil" lo que para estos otros autores sería "objeción de conciencia" –sin perjuicio que muchos de quienes en su momento practicaran la negativa a la realización de la prestación social sustitutoria estuvieran llamando a la desobediencia civil–.

³⁵ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 305.

prima facie al menos, que invitarían a no procesar a quienes infringen la norma penal por motivos de conciencia. Brevemente, estas razones serían: primero, porque quienes se oponen a la norma por razón de conciencia, "actúan por mejores motivos que quienes infringen la ley por codicia o por el deseo de subvertir al gobierno". Y si el motivo es tenido en cuenta en algunas agravantes para incrementar la pena, ¿por qué no tenerlo para favorecer una disminución, cuando no una exención de la pena?³⁶. Y segundo, "es la razón práctica de que nuestra sociedad sufre una pérdida si castiga a un grupo que incluye a algunos de sus ciudadanos más leales y respetuosos".

2. El segundo argumento en contra de la desobediencia por razones de conciencia es que sería injusto no aplicar las disposiciones sancionadoras a quien incumple la norma –y en el caso del Derecho penal lesiona bienes jurídicos– porque son ciudadanos que "no quieren jugar" y se aprovechan de que los demás si lo hacen³⁷.

DWORKIN afirma que esta consideración parte de un presupuesto falso cual es considerar que el objetor quiere evitar que se le exija determinada responsabilidad y beneficiarse de que los demás sí cumplen la norma. Por el contrario, la mayor parte de los objetores consideran que la norma no es válida porque es injusta. El sujeto, ante una "ley dudosa" puede optar por aceptar sin más discusión la interpretación de las autoridades (obedecer) o puede seguir su propio criterio una vez informado y asesorado, recurriendo a los tribunales. Las ventajas de quien actúa de esta segunda forma –siempre de forma racional y razonable– son evidentes para la sociedad, pues permite el debate jurídico, la perfección de la interpretación y la fijación y aclaración del sentido de la ley, por lo que la sociedad

³⁶ También reconoce la eficacia de los motivos para la ley BRANDT, R., *Teoría ética*, trad. de Esperanza Guisan, 3ª reimpresión, Madrid 1998, p. 558, aunque, de hecho, sus conclusiones sobre cuando cabe la desobediencia no son de recibo.

³⁷ Véase SUÁREZ VILLEGAS, J. C., *¿Hay obligación moral de obedecer al derecho?* Madrid 1996, p. 103.

(y el estado) debe potenciar, o al menos, amparar a quien actúe de este modo. Una actuación de este tipo puede forzar incluso a reformar la ley, lo que finalmente daría la razón al objetor y perfeccionaría el ordenamiento jurídico.

3. Como tercer argumento a favor de sancionar la desobediencia por razones de conciencia, se ha alegado que "todos incumplirían la norma si permitiéramos que alguno lo hiciera". Pero este argumento también puede ser fácilmente rebatido. Primero, porque cuando se trata de cuestiones de conciencia, y generalmente de grupos minoritarios, aunque no hubiese sanción no todos los demás miembros de la sociedad mayoritariamente la infringirían. Y segundo, porque si realmente se incrementara de forma significativa las infracciones, la cuestión no estaría entonces en castigar la infracción a la norma sino en cambiarla.

Desde su postura concluye DWORKIN afirmando, en una hermosa frase, que "en tanto que el Derecho siga dando la impresión de que los actos de disenso son delictivos, un hombre de conciencia estará en peligro"³⁸.

Este planteamiento frente a la objeción de conciencia responde a las líneas fundamentales del pensamiento de DWORKIN. Parte este autor de que los derechos individuales, y en especial el Derecho a la igualdad, son triunfos de la minoría frente a la mayoría³⁹. La función más importante del sistema jurídico es la garantía de los derechos individuales. El Derecho no es más que un dispositivo que tiene como finalidad garantizar los derechos de los individuos frente a las agresiones de la mayoría y del gobierno⁴⁰. Un auténtico derecho solo es un derecho si vence a la mayoría⁴¹.

³⁸ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 323.

³⁹ CALSAMIGLIA, A., "Ensayo sobre Dworkin" en DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 16.

⁴⁰ CALSAMIGLIA, A., "Ensayo sobre Dworkin" en DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 17.

⁴¹ CALSAMIGLIA, A., "Ensayo sobre Dworkin" en DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 18.

Aún así, reconoce que en cualquier caso hay que imponer límites a la desobediencia a la ley y ofrece como ejemplos de desobediencia inaceptable el de la desobediencia violenta y el de la lesión directa de derechos de otros⁴².

B) Sobre la validez de la norma

Quizá sea innecesario recordar que la solución jurídica no puede ser idéntica a la de *obligatoriedad moral de obedecer al Derecho injusto*, por razones de dos órdenes, bastante evidentes, pero que ahora conviene recordar:

1. Nos movemos en el ámbito jurídico, ámbito normativo –también el moral lo es– que se caracteriza por la fuerza impositiva del estado como generador de la norma. Esta fuerza impositiva cobra singular importancia en el Derecho penal, por lo que no interesan tanto las obligaciones morales que se deriven de la obligatoriedad del Derecho como la incidencia que pueda tener un conflicto de deberes en el ámbito de la culpabilidad.
2. El problema que se está planteando no es el de la validez del Derecho y del Derecho penal, con carácter general; o el de la validez de la norma jurídica. Es decir no es un problema de legitimidad ni de *crisis de antijuridicidad material de la norma*, sino que la cuestión se centra en el ámbito subjetivo del destinatario de la norma, aunque indudablemente tiene que ver con lo anterior. La discusión, por tanto, no se mueve en el ámbito de la teoría de la (validez de la) norma cuanto en el de la exigencia individualizada de responsabilidad por la infracción de la norma.

Con anterioridad he manifestado mi opinión favorable a no hacer depender de la amenaza de la coacción el carácter normativo del Derecho. También he asumido aquellas tesis que, sobre la base de la separación entre

⁴² DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 319.

Derecho y Moral, no hacen depender —exclusivamente— la validez de una norma de su concordancia con una norma moral (sino que también entran en juego para legitimar racionalmente la norma, la fuente de la que emana en un sistema democrático y las funciones que el sistema jurídico cumple). Y específicamente en el ámbito penal, que no se puede hacer girar el debate sobre su función y fines en torno a un elemento secundario aunque significativo cual es la sanción —razón auxiliar y parcial⁴³— sino de la fuerza propia del acto constitutivo de la norma. No importa desde el punto de vista jurídico, por tanto, en este momento si existe o no una obligación moral *prima facie* de obedecer al Derecho —y que sobre todo cuando la respuesta es afirmativa solo sirve para justificar la evidente exigencia jurídica de cumplimiento— sino *si existe la obligación jurídica de obedecerlo*. Y creo que la respuesta a esta pregunta, al menos en el ámbito penal, no puede por menos de ser afirmativa.

Afirmar que es verdadero que nuestro ordenamiento jurídico exige la obediencia a las norma penales no implica un juicio de valor. Por el contrario, existen razones jurídicas y sociales, algunas de ellas bastante evidentes, que avalan esta postura meramente descriptiva de una realidad. De entre todas las posibles, me gustaría incidir en dos:

1. La norma penal es de obligado cumplimiento excepto los supuestos en los que ella misma permita otra conducta⁴⁴.
2. El enunciado jurídico está expresamente dirigido al juez penal, con independencia de que contenga una posible "proposición" dirigida al ciudadano.

Recordemos de nuevo con RAZ que para que un sistema jurídico —y una norma jurídica— esté en vigor no es necesario que los destinatarios la cumplan, ni siquiera que crean que está en vigor. Basta con que los Tribu-

⁴³ RAZ, J., *Razón práctica y normas*, cit., p. 187.

⁴⁴ Recuerdesé aquí el debate sobre la existencia de una causa supralegal de exculpación basada en la exigibilidad en sentido positivo. Por todos, GARCIA ARÁN, M., "Culpabilidad, legitimación y proceso", cit., p. 75.

nales –esto es, quienes han de exigir su cumplimiento– así lo consideren⁴⁵ y como tal lo apliquen. Tampoco sería necesario, para que un sistema jurídico esté en vigor, "que sus sujetos normativos sean modelos ideales de ciudadanos que se atienen al Derecho o que deban serlo (esto es, que las normas jurídicas sean moralmente válidas)". Pero, en cambio, sí es necesario que sus jueces, cuanto actúan como jueces, actúen en su conjunto de acuerdo con el punto de vista jurídico. Esto implica también que los Tribunales deben considerar que a los ciudadanos ordinarios se les exige que sean modelos ideales de ciudadanos que se atienen al Derecho y que les juzguen de acuerdo con ello.

Este planteamiento es el más extremo y también podría parecer el más autoritario en la medida en que reconoce sin excepción que el estado tiene una pretensión absoluta de que todos los ciudadanos se comporten de acuerdo con la norma penal. No obstante, desde un punto de vista descriptivo creo que es el que más se adecua a la realidad. Y no restaría nada al carácter autoritario o represivo de un sistema jurídico el que lo negáramos.

Por el contrario, una propuesta más garantista y menos autoritaria debe partir, para ser eficaz del conocimiento de cómo funciona la aplicación del Derecho para ofrecer alternativas viables. El problema, desde esta perspectiva, se vuelve a situar en el modelo ideal de Hombre (y de relación ciudadano/estado) en la jurisprudencia. Y esta cuestión, recordemos, centra de lleno el debate sobre la culpabilidad.

3. Modalidades de disenso

A) El relativismo ético y disenso ideológico

El problema de la admisibilidad del disenso respecto de la norma jurídico-penal no puede abordarse desde la misma perspectiva en una sociedad democrática como la nuestra, que reconoce en el art. 16 de la Constitución

⁴⁵ RAZ, J., *Razón práctica y normas*, cit., p. 199.

"la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido en la ley" (con las restricciones impuestas por el Tribunal Constitucional en, por ejemplo, la St. de 28 de noviembre de 1994 (RTC 1994/321) y de 28 de marzo de 1996 (RTC 1996/55)). Las democracias occidentales basan la convivencia de los individuos en lo que se ha dado en llamar "relativismo ético". Para explicar qué es el "relativismo ético", BRANDT parte de la posición mantenida por PROTÁGORAS, que "creía dos cosas: primero, que no puede demostrarse que los principios morales sean válidos para todo el mundo, y segundo, que la gente debía actuar conforme a las convenciones de su propio grupo". Relativismo ético, a partir de este origen, será, según BRANDT, toda teoría que pueda aceptar la premisa primera del pensamiento de PROTÁGORAS, reformulada en el siguiente sentido: "*existen opiniones éticas conflictivas que son igualmente válidas*". Para una correcta comprensión de este enunciado (existen opiniones éticas conflictivas que son igualmente válidas) es preciso advertir que:

1. se trata de un enunciado que se refiere a enunciados éticos, pero que en sí mismo no es un enunciado ético (aunque de él se puedan desprender propiamente enunciados éticos, de los que deriven pautas de comportamiento).
2. no afirma que no existan opiniones éticas válidas para todo el mundo, sino que "*algunas no lo son*".
3. cuando existan opiniones éticas diferentes todas son igualmente válidas.
4. Que todas las opiniones son igualmente válidas quiere decir que "o bien no existe ningún método racional o justificado único en ética (**relativista metodológico**), o que el uso del método racional único en ética, no nos permitiría hacer distinciones entre los enunciados éticos sujetos a consideración"⁴⁶. Esta cuestión pue-

⁴⁶ BRANDT, R.B., *Teoría ética*, cit., p. 322.

de ser, en relación a lo que nos interesa, secundaria, en la medida en que la Constitución española reconoce la libertad ideológica y religiosa (art. 16), así como el pluralismo político, lo que implica el reconocimiento del pluralismo valorativo (art. 1).

Pero quizá lo más interesante es la delimitación de lo que este autor califica de opiniones éticas conflictivas. Sólo aquellas opiniones emitidas en circunstancias similares y con las mismas premisas de partida, pero con distinta respuesta, son opiniones éticas conflictivas. Es decir cuando dos personas están hablando del mismo tema. De forma que no lo serán cuando A cree un tipo de cosa que B no cree, pero que si B creyera opinaría igual que A. O si A dejara de creer opinaría igual que B⁴⁷.

El relativismo ético⁴⁸ todavía obliga a plantearse otra cuestión: una vez que hemos admitido que existen o pueden existir juicios éticos que en conflicto pueden ser igualmente válidos, debemos cuestionarnos si esta afirmación —es decir, que sean igualmente válidos y admisibles— es aplicable a todo tipo de juicio ético conflictivo o no, por ejemplo, ¿es admisible, por ejemplo, la defensa de la esclavitud, como juicio ético conflictivo con el nuestro?⁴⁹. La crítica al relativismo ético no es difícil: En la mayor parte de los casos la tolerancia es un ideal del relativismo ético, pero ¿realmente es admisible, para los relativistas que la intolerancia sea tan válida como la tolerancia?. La respuesta que en plano ético se dé a estas cuestiones quizá nos exceda. Y, por otro lado, nuestra Constitución —respuesta jurídica— sí

⁴⁷ Por ejemplo, nuestro ordenamiento jurídico "exige" que si una transfusión de sangre puede salvar la vida de un menor, se le realice dicha transfusión, porque *no cree* que en la sangre se encuentre contenida la *esencia de una persona*. Pero A cree que en la sangre se encuentra la esencia de la persona, por lo que no puede permitir que a su hijo menor se le realice una transfusión. *Si A dejara de creer que la esencia de la persona se encuentra en la sangre, permitiría la transfusión al menor, es decir, opinaría igual que el ordenamiento jurídico*. De modo que en realidad, según BRANDT, no nos encontramos ante "opiniones éticas conflictivas".

⁴⁸ Críticamente NINO. C.S., *Los límites de la responsabilidad penal*. Una teoría liberal del delito Buenos Aires, 1980, pp.15 ss.

⁴⁹ BRANDT, R.B., *Teoría ética*, cit., p. 334.

que establece límites a la exteriorización o a comportamiento derivados de "complejos axiológicos alternativos" o de creencias "intolerantes": el art. 10 que reconoce la Dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás".

De modo que, recapitulando podemos extraer dos conclusiones parciales. En primer lugar, en la medida en que la tolerancia es un principio básico admitido comúnmente como imprescindible para la convivencia en nuestra sociedad –y cada vez más a medida que la complejidad aumenta– podemos admitir de momento, que nuestra Constitución se posiciona por el reconocimiento de las consecuencias derivadas del "relativismo ético" sometido a límites –derivados de su art. 10– que propugna. De modo que éste ha de ser el punto de partida para la resolución de los supuestos de conflicto ético o de opiniones éticas solo *aparentemente* conflictivas.

En segundo lugar, en los supuestos de "opiniones éticas divergentes" habrá que distinguir –otra cosa será que consecuencia jurídica se le otorgue a la distinción– entre "opiniones éticas conflictivas", es decir, cuando un problema recibe dos soluciones éticas distintas; y "opiniones éticas aparentemente conflictivas" cuando las premisas de las que se parte son distintas por la incidencia de creencias específicas de uno de los sujetos, de modo que si *las creencias de los dos fueran idénticas, no habría conflicto ético* , cuestión a la que designaremos como disenso ideológico .

B) Tratamiento jurisprudencial del disenso ideológico

El problema del disenso ideológico se le ha planteado principalmente a nuestro TS en relación con el servicio militar obligatorio y con creencias religiosas que afectarían a la salud. En relación con la prestación del servicio militar obligatorio y la prestación social sustitutoria las numerosas sentencias que abordan la cuestión vienen a dejar sentada básicamente la siguiente doctrina a los efectos que nos interesan –es decir, la posibilidad de incumplir la ley penal por razones de conciencia–.

- a) La conciencia individual no puede primar sobre la norma social (según lo visto).
- b) "El art. 16 no resulta suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos, con el riesgo de relativizar los mandatos legales" (STS de 30 de septiembre de 1999, núm. 1398 (RJ 1999/7376)).
- c) En caso de conciencia entre intereses emergentes del Derecho vigente del Estado y los deberes de conciencia, el ordenamiento vigente **no** reconoce mayor jerarquía a éstos, y, como consecuencia, no cabe excluir la antijuridicidad por colisión de deberes (STS 21 de octubre de 1999, núm. 1464 (RJ 1999/7092)).
- d) "El principio constitucional de respeto a la Ley que consagra el art. 9 CE no permite hacer caso omiso a una normativa penal que cumple cuantos requisitos se derivan del también constitucional principio de legalidad" (STS 29 de septiembre de 1999, núm. 1342 (RJ 1999/6675)).
- e) No cabe invocar la libertad ideológica o deberes de conciencia para justificar el incumplimiento de deberes que afectan a bienes jurídicos generales, "porque el autor que obra movido por convicción frustraría de esa manera el cumplimiento de fines esenciales del Estado" (STS de 20 de abril de 1999, núm. 620 (RJ 1999/2785)).

En resumen, la postura del TS, unánime, es la de negar cualquier posibilidad al reconocimiento de eficacia justificante al conflicto entre deberes morales y jurídico-penales. Aunque no tan expresamente niega también la posibilidad de que tal razón pueda servir para disminuir la culpabilidad por vía de la eximente incompleta o de la atenuante analógica cuando se trata de lesionar bienes jurídicos de interés general. En este conjunto de Sentencias, sin embargo, no se pronuncia sobre la posibilidad de admitir la relevancia del conflicto respecto de bienes jurídicos individuales, pero al ser expresa la referencia a los bienes jurídicos de carácter general se excluye

que el mismo criterio se pueda aplicar automáticamente a esta otra modalidad de conflicto.

No obstante, a nivel teórico, también alguna sentencia ha admitido la relevancia del "conflicto de conciencia" en la culpabilidad. Para que se dé un auténtico conflicto de conciencia se requiere que el autor se encuentre ante una decisión de conciencia, es decir, que deba decidir sobre el bien o el mal, de tal manera que no pueda actuar sin encontrarse en una seria situación coactiva de conciencia. Esto ha permitido a la doctrina distinguir entre autores por convicción «blandos» y «duros». En el caso de los primeros, no cabría apreciar una auténtica situación de conflicto de conciencia con consecuencias penales. (STS 9 de abril de 1999, núm. 537 RJ 1999/1669). En esta sentencia se aprecia una atenuante analógica que disminuye la pena por considerar que las profundas creencias antimilitaristas y pacifistas crean un conflicto de conciencia al sujeto que reduce la culpabilidad⁵⁰.

C) El disenso derivado de razones prácticas (intereses de primer y de segundo orden) y su reconocimiento jurisprudencial

Disenso derivado de razones prácticas es aquella situación en la que, la justificación de la norma penal, derivada de la finalidad de protección y de su fuerza lógica, entra en crisis como guía de conducta frente a otras razones derivadas de la exigencia de satisfacer necesidades inmediatas, como pudieran ser el hambre, la propia salud, la vida, etc. Estas situaciones, más allá de que se consideren como causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad, se han venido incluyendo, las que se admitían, bajo el epígrafe del estado de necesidad. En muchos supuestos de estado de necesidad no es posible realizar una ponderación objetiva, cuando alguien se encuentra en una situación límite. Frente a la tradicional explicación de es-

⁵⁰ Sin embargo, esta doctrina no es seguida por la de 20 de abril 1999, núm. 620 (RJ 1999/2785)—pocos días posterior— que casa la St. de instancia que absolvía al acusado en base a los artículos 20. 5 y 20.7

tas situaciones desde la idea de la ausencia de exigibilidad —"que no contribuye ni a entender mejor el Derecho ni a lograr una interpretación *laica y no moralista* de las instituciones jurídicas"⁵¹— recientemente se ha explicado como que "una decisión de política-criminal, plasmada desde hace muchos años en las leyes penales, coherente con el convencimiento de la inutilidad social de imponer una pena que nadie desea y para nada sirve, y por ello, el principio de intervención mínima desaconsejaría su aplicación"⁵².

Quizá ambas afirmaciones no sean contradictorias: el legislador, al reconocer la posibilidad de eximir de pena a quienes se encuentren en un estado de necesidad (disculpante) ha considerado que la alteración de la situación normal de aplicación de la norma jurídica era tal que, no solo no superaría un conflicto de razones sino que la imposición normativa, la fuerza impositiva de la norma como razón de segundo orden, tampoco iba a ser, con carácter general suficiente para servir en un alto grado como guía de conducta. Por ello, el legislador, efectivamente, por razones de política criminal, considera que la pena es innecesaria: porque la amenaza de la misma no va a cambiar que para el destinatario la norma no sea válida como pauta de conducta (lo que se expresa diciendo, que no le era exigible otra conducta), y que, en estas condiciones extraordinarias tales, la imposición de una pena es inútil e innecesaria, por lo que, efectivamente el principio de intervención mínima obliga a no intervenir.

Pero además, un Derecho penal con pretensiones de racionalidad, que justifica la vigencia de sus normas no sólo por su carácter imperativo o autoritario, sino por el reconocimiento de su utilidad social y de los valores que defiende, no puede, por razones *estratégicas* arriesgarse a un incumplimiento masivo y, además, aplaudido por la sociedad si no quiere ver mermada gravemente su credibilidad.

⁵¹ QUINTERO OLIVARES, G., *Locos y culpables*, cit., p. 257.

⁵² QUINTERO OLIVARES, G., *ul. op. cit.*

Cuando el bien que se defiende es la propia vida frente a la vida de otros, por ejemplo, la doctrina unánimemente afirma la no exigibilidad, sin embargo, a medida que el bien que está en juego va siendo menor o se presume que habría posibilidades de evitar su pérdida con otro tipo de actuaciones, se empieza a restringir el recurso a la eximente de estado de necesidad. Así, cuando se alega necesidades económicas acuciantes, se exige que se hayan agotado todos los demás recursos de que podía disponer el interesado de forma que no le quede en absoluto (y de forma objetiva, es decir, apreciada por el Juez) otra forma de resolver el problema⁵³. Esta ulterior restricción, que no se desprende directamente del nº 5º del art. 20 del CP, se exige por doctrina y jurisprudencia y tras ella se detecta un "modelo" social y de destinatario de la norma que responde a unas características ideológicas. Prueba de ello es la expresión literal de la St. de TS de 5 de octubre de 1998 según la cual:

"Respecto de la proporcionalidad del mal causado se ha establecido (STS 8 de octubre de 1996 [RJ 1996\7136]) que si el mal que se pretende evitar es de superior o igual entidad que la gravedad que entraña el delito cometido para evitarlo, y *no hay otro remedio humanamente aceptable*⁵⁴,

⁵³ Según la STS 19 de junio 2000 (RJ 2000/5782) "La jurisprudencia de esta Sala tiene declarado, en relación con esta circunstancia, que, supuesta la situación de necesidad como elemento esencial, el mal que amenaza ha de ser actual o inminente, grave e injusto, y el acto necesitado inevitable y proporcionado, de tal modo que si falta esta última exigencia únicamente podría apreciarse una eximente incompleta – art. 21.1ª CP– (v. S. de 20 de marzo de 1991 [RJ 1991\2320]). Y, en relación con situaciones concretas, ha declarado que no es suficiente para poder apreciar esta eximente la situación de paro laboral sin otras connotaciones (v. «ad exemplum», la S. de 4 de mayo de 1992 [RJ 1992\3696]), que es preciso acreditar que se han agotado todos los recursos que, en la esfera personal, profesional y familiar, podía utilizar el necesitado, de tal modo que éste no encuentre otro modo de solucionar su situación que la de proceder de un modo antijurídico (v. S. de 21 de enero de 1986 [RJ 1986\163]), llegando, incluso, a decirse que esta circunstancia no puede aplicarse en los casos de tráfico de drogas, pues en tales supuestos no puede decirse que el mal causado sea igual o inferior al que se dice que se pretende evitar (v. SS. de 23 de enero y 27 de marzo de 1998 [RJ 1998\52 y RJ 1998\2976])".

⁵⁴ La cursiva es mía.

la exigente debe ser aplicada de modo completo; si esa balanza comparativa se inclina mínimamente en favor de la acción delictiva y se aprecian en el agente poderosas necesidades, la circunstancia modificativa debe aceptarse con carácter parcial (eximente incompleta); pero si ese escalón comparativo revela una diferencia muy apreciable, no puede ser aplicable en ninguna de sus modalidades"... "la comprobación de que el agente haya agotado todos los medios alternativos lícitos para soslayar ese mal antes de acudir a la vía delictiva, de tal manera que, fracasados aquéllos, no quepa otra posibilidad humanamente razonable que el delito, pues a nadie se le puede exigir la heroicidad o el martirio en este ámbito"⁵⁵. En sentido similar se pronuncia la STS de 19 de julio de 1994, núm. 1524 (RJ 1994/6653), ponente Sr. Martínez-Pereda Rodríguez, al afirmar que "a la inexigibilidad de otra conducta se ha referido la jurisprudencia atendiendo a que el Derecho penal no puede ni debe imponer obligaciones que desborden la capacidad de relación o de resistencia de la persona situado en el término medio de la comunidad en que vive"⁵⁶.

⁵⁵ En la sentencia de instancia se había apreciado una eximente incompleta que se rechaza porque "el caso es que la sentencia de instancia es singularmente parca en los datos que permitieran establecer un concreto perfil del mal que se cernía sobre la acusada. Podría argumentarse que es suficiente para describir la penuria económica de ésta la referencia a que los únicos medios de subsistencia con los que contaba se reducían a los ingresos del padre en cuya casa vivían (24.395 pts. mensuales). A partir de este dato no será difícil hacerse una idea de la situación, pero la Ley exige la concreción de la misma que permita calificarla como de mal actual, inminente y grave, pues no es lo mismo concebir el dato que la sentencia nos ofrece como una excusa o coartada moral que cada persona individualmente pueda apreciar para justificar el delito cometido, que determinar si aquella cumple las exigencias que el legislador –cuya voluntad, por ser la colectiva, debe primar sobre las consideraciones individuales– ha establecido para la apreciación del estado de necesidad por los Tribunales".

⁵⁶ Un poco más adelante afirma que "el miedo ha de ser insuperable, esto es, invencible, en el sentido que no sea controlable o dominable por el común de *las personas*, con *las pautas generales de los hombres*, huyendo de concepciones extremas de los casos de *hombres valerosos* o *temerarios* y de *las personas miedosas* o *pusilánimes*" (las cursivas son mías)

Más modernamente, una versión "actualizada" de la eximente de hurto famélico podría considerarse "el tráfico de drogas como medio de vida". No es descabellado afirmar que la actual población reclusa ha "adoptado" de forma inmensamente mayoritaria el tráfico de drogas como modo de subsistencia, hasta el punto de que ha venido a sustituir parcialmente a otros delitos menores contra la propiedad⁵⁷. En esta situación son muy numerosas las Sentencias del TS, especialmente en 1999 y 2000 que abordan el problema de la posibilidad de apreciar un estado de necesidad si bien no pleno, si como eximente incompleta e incluso, como atenuante analógica.

En ellas se afirma, por ejemplo esta circunstancia no puede aplicarse en los casos de tráfico de drogas, pues en tales supuestos no puede decirse que el mal causado sea igual o inferior al que se dice que se pretende evitar. "No cabe aplicar la eximente de estado de necesidad, ni siquiera como eximente incompleta, cuando se pretende fundar en las necesidades económicas del imputado, ante la evidente desproporción que hay entre los bienes jurídicos en juego, habida cuenta de la importancia que la salud pública, que trata de protegerse a través del castigo de estos delitos, tiene en nuestro ordenamiento jurídico. Sólo en casos extremos en que aparece el delito vinculado a otros bienes jurídicos de mayor relevancia, por ejemplo la grave enfermedad de un familiar en un país donde no hay un sistema público de asistencia sanitaria, cabría excepcionalmente aplicar esta eximente respecto de esta clase de infracción penal"- STS de 12 de junio de 2000, núm. 1028 (RJ 2000/5256) –ponente Sr. Delgado García–.

⁵⁷ Así la evolución de la delincuencia ha sido muy significativa en este sentido. Puede verse DE LA CUESTA AGUADO, P., "Perfiles criminológicos de la delincuencia femenina" en *Revista de Derecho penal y criminología*, 2 (1992), pp. 219 ss. Disponible en línea en <http://inicia.es/de/pazenred/Perfiles.htm> en *POENALIS*, cit., (citado: 21.3.01). Datos en *Sistemas penales del Tercer Milenio*, número 3, <http://members.es.tripod.de/icapda/numtres.htm> (citado: 21.3.01). CANTERAS MURILLO, *Delincuencia femenina en España*, Madrid 1990 y Datos de Instituciones Penitenciarias. Véase también Datos generales de la Guardia Civil, en <http://194.179.107/gcivil/organización/estadística/estadis98.htm> (citado 27.03.01)

Aparece aquí invocada, de nuevo la superioridad de los intereses generales frente a los individuales para negar la posibilidad de admitir la eximente de estado de necesidad⁵⁸. Expresamente la STS de 19 de junio de 2000, núm. 1097(RJ 2000/5782) –ponente Sr. Román Puerta–, afirma que "el tráfico de drogas constituye por sí mismo –hoy en día– un problema personal, familiar y social de tal gravedad, que difícilmente puede parangonarse con ninguna situación personal".

En mi opinión, esta línea argumentativa impone un modelo de Derecho penal donde priman absolutamente los fines meramente represivos o de orden. Pero veo dificultades para entender cómo en el juicio de culpabilidad se puede afirmar que un interés general (frente al sujeto) prime sobre uno individual sin valorar más circunstancias. Desde estas posiciones pierde interés la pregunta de "que conducta le es exigible al hombre medio" y prima aquella que inquiere sobre "qué conductas tenemos que reprimir a toda costa". Y todo ello al margen de una quizá criticable aplicación del principio de ponderación en el estado de necesidad

Tras el CP de 1995, según STS de 11 de abril de 2000 (nº 636 RJ 2000/626) –ponente Sr. Auseré Pérez– se introducen nuevas causas de exención o atenuación de la pena con una base biológica o psicológica. Textualmente dice la St.: "Acorde a lo anteriormente expuesto, el Código contempla la incidencia de la drogadicción en la responsabilidad penal bajo las siguientes alternativas: eximente, cuando el sujeto, por intoxicación plena o bajo los efectos del síndrome de abstinencia, carezca de capacidad para comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. De eximente incompleta, bajo los mismos presupuestos de la eximente si no concurren los requisitos para la exención, es decir, si el presupuesto psicológico determina una merma o reducción importante de las capacida-

⁵⁸ En la mayor parte de las Sentencias condenatorias por tráfico de drogas en las que se ha alegado estado de necesidad o miedo insuperable, el recurso se rechaza porque no se han demostrado en instancia los presupuestos de las causas alegadas. Entre otras muchas, así STS de 1 de junio de 2000 (RJ 2000/4150); STS 22 de mayo de 2000, núm. 899 (RJ 2000/5206).

des para comprender la ilicitud o actuar conforme a esa comprensión. La atenuante contempla los supuestos de grave adicción, afectante en los términos vistos a las facultades psíquicas del sujeto que ve compelida su voluntad a la producción de determinados hechos delictivos"

Las diferencias en uno y otro caso, a los efectos que ahora nos interesan son que, cuando existe una base biológica que produzca una alteración, se admite, según la merma de la capacidad "para comprender la licitud o actuar conforme a esa capacidad". Cuando se trata de estado de necesidad como consecuencia de situación económica en relación al tráfico de drogas, el argumento esgrimido es que la gravedad que para la sociedad tiene el bien jurídico "salud pública" es tal que no se puede admitir la eximente, ni completa ni incompleta y tampoco la atenuante. En cualquier caso, las circunstancias modificativas "no pueden nunca aceptarse cuando el impulso que el temor pueda causar proceda inmediatamente de otro acto sancionable penalmente cual es la realización de un robo con violencia" (STS de 27 de septiembre de 1994, núm. 1649 (RJ 1994/7223).

IV. CONCLUSIONES

El problema del Derecho injusto es el de determinar en qué medida la vigencia de la norma puede estar supeditada al reconocimiento subjetivo (del destinatario) de la norma cuándo, desde el punto de vista del destinatario, los argumentos de racionalidad que la justifican carecen de validez. En definitiva se trata de determinar los límites del poder de autodecisión del individuo más allá de las libertades públicas; es decir, el límite externo de la capacidad autonormativa del sujeto de Derecho.

La norma jurídica se presenta ante la sociedad con una pretensión general de validez normativa (reguladora de conductas) sobre la base de, en primer lugar, su fuerza lógica basada en la racionalidad de su propuesta normativa y de la entidad emisora (razón de primer orden) y, en segundo lugar, de la fuerza impositiva del estado (razón excluyente de segundo or-

den). Ciertamente la pretensión de validez, en cuanto que razón excluyente de segundo orden se impone con fuerza tal, que exige su cumplimiento aún en el supuesto de que la fuerza lógica deviniera insuficiente. Sin embargo, esta postura defendida sin matices aboca a un Derecho penal autoritario y, lo que es peor, irracional en la medida en que el estado puede prescindir para imponer pautas de conducta de la racionalidad que la justifica, y con ello, de la crítica a la norma y, sobre todo, de la crítica al valor que la inspira. Es por esta razón por la que, históricamente, han sido muy pocos los autores que se han pronunciado *a priori* sobre la validez de la norma en todo caso. Por el contrario, existe una inmensa mayoría que admitiría en el ámbito teórico la posibilidad de desobedecer el Derecho injusto —o la no obligatoriedad de obedecer el Derecho injusto—, aunque pocos son los que, situados en el caso concreto, admiten las consecuencias a que sus posturas teóricas conducen.

El disenso del destinatario respecto de la capacidad regulativa de la norma jurídico penal, vista la estructura de ésta como razón para la acción, puede derivar de la falta de reconocimiento subjetivo por parte del destinatario de la validez de la norma porque no se reconoce el valor que subyace y por tanto, tampoco su racionalidad (la norma no es una razón de primer orden o no triunfa en el conflicto de razones) para el caso concreto, aunque se le reconozca la vigencia derivada de la imposición normativa (problema del Derecho injusto) o puede darse el caso de que, aún reconociendo la validez (racional) de la norma, se incumple por otras razones (no se reconoce la fuerza de la imposición).

La primera cuestión que exige pronunciamiento teórico es la calificación como injusto de un "derecho" o de una norma jurídica. Ciertamente, cabe la existencia del Derecho, como sistema jurídico, injusto, en cuyo caso la injusticia derivaría de la falta de legitimidad de los órganos normativos; ilegitimidad que por vía procedimental se extendería a todas sus manifestaciones y que permitiría la reacción social frente al dominio. En otro sentido, que es el que aquí interesa y el más habitual, se utiliza la expresión Derecho injusto como sinónimo de norma injusta.

La racionalidad de la acción humana y la racionalidad normativa deriva de su finalidad teleológica. En función, por tanto, de la finalidad que persiga la norma y su adecuación a los fines propuestos, podrá ser calificada como justa o injusta. La finalidad teleológica dependerá de la asunción de un determinado sistema valorativo y de la protección de determinados bienes jurídicos. En este sentido, la calificación de una norma como justa dependerá del fin que se persiga; y por tanto, del valor que en ella subyazca. En este sentido la norma justa aparece también como norma que responde al catálogo de valores moral. Y, de aquí el primer problema, puesto que la calificación de una norma como justa o injusta, en cuanto que depende de una determinada escala de valores, no es absoluta.

Desde el punto de vista del Derecho penal la cuestión es la de establecer el límite de la capacidad autonormativa del sujeto ideal de destinatario y, con ello, la delimitación de la capacidad para dirigir la propia conducta en la sociedad, es decir, el límite de la exigibilidad de actuar contra la capacidad autonormativa. En este sentido, el problema del Derecho injusto surge cuando el sujeto no reconoce la racionalidad de la norma como pauta de conducta y, la cuestión es si y cuando se puede exigir aún así su cumplimiento sólo basándose en la imposición.

Al margen del carácter indeterminado de "lo justo" que se deriva de su contenido material y valorativo dependiente de fines –lo justo será lo adecuado teleológicamente al valor– lo cierto es que, precisamente por la presunción de racionalidad (adecuación a valores) de la norma, ésta aparece como justa ante la sociedad y, por tanto, una vez legitimada en sentido procedimental, también legítima en sentido material. De modo que en el sentido que aquí se va a analizar, la cuestión del Derecho injusto no es la de la ilegitimidad procedimental o de la ilegitimidad del dominio, sino el de la ilegitimidad material o ausencia de justificación racional de la norma desde el punto de vista del destinatario.

Este reconocimiento subjetivo dependerá de la comparación entre la jerarquía valorativa y el valor que subyace a la propia norma jurídico penal (bien jurídico protegido) y el propio sistema valorativo asumido por el in-

dividuo –Ética o Moral–. A partir de aquí se podrá afirmar, que, precisamente para no confundir los órdenes jurídico y moral es necesario mantener, en todo caso, la validez general y particular –frente al destinatario disidente– de la norma. Sin embargo, lo cierto es que el disenso subjetivo de orden valorativo, no tendría por qué menoscabar la pretensión de validez general de la norma⁵⁹, aunque sí podría afectar al principio de igualdad trato en relación con la norma y sus consecuencias jurídicas (principio de igualdad ante la ley) desde la perspectiva de que la admisión del disenso valorativo significará que la norma se exigirá frente a unos –quiénes admiten los presupuestos valorativos– y no frente a otros –quiénes no los admiten–. Con la consecuencia de que la pena por la comisión del hecho típico y antijurídico se impondría en unos casos y no en otros.

Podría cuestionarse, sin embargo, que la formulación del principio de igualdad en el sentido arriba indicado fuera correcto, puesto que en realidad, el principio de igualdad ante la ley lo que exige es que *en idénticas o similares circunstancias se den, respectivamente, idénticas o similares consecuencias jurídicas*. Pero no se encontrarían en idénticas circunstancias quiénes comparte el presupuesto valorativo que genera la norma de conducta, de quiénes no lo hacen.

Respecto del disenso, éste puede ser de contenido –cuando no se comparte en absoluto el valor– o meramente de grado –en la relación jerárquica entre valores–. En ambos supuestos, el disenso puede desenvolverse en el plano teórico (mi ideología- deber de ...) que dará lugar a lo que llamaré conflicto ideológico; o en el práctico (mi hambre-tu propiedad), dando lugar a lo que llamaré conflicto práctico. El conflicto práctico generalmente es de grado y circunstancial (aunque de eficacia motivadora muy fuerte).

La jurisprudencia ha admitido en escasos supuestos reales la incidencia exculpante como estado de necesidad disculpante del disenso práctico, si bien de forma muy restrictiva. Sin embargo el reconocimiento jurispruden-

⁵⁹ De la misma forma que no lo hace el reconocimiento de la causas de inimputabilidad o de no exigibilidad como el miedo insuperable.

cial del disenso ideológico ha sido excepcional en los tribunales inferiores y prácticamente inexistente en el TS, aunque se puede encontrar alguna sentencia que admite alguna relevancia al conflicto de deberes ideológico atenuando la pena por la vía del art. 21.6.

Cuando el destinatario de la norma se encuentre en una situación de conflicto normativo entre norma jurídica y norma moral (derivada de la diferencia valorativa) tal que se generen dos deberes de conducta contradictorios de forma que el deber generado por la norma moral exija el incumplimiento de la norma jurídica no encontraríamos ante lo que he denominado un supuesto de anomia débil, que genera una situación de indecisión y angustia derivado de la inexistencia real de la capacidad de determinación de la pauta de conducta.

Entre la posible constelación de supuestos habrá que distinguir –al menos a efectos teóricos– aquellos en los que el disenso sea mayoritario, con lo que el estado se encontrará ante un supuesto de falta de legitimidad y que ponen de manifiesto un desencuentro valorativo entre gobernantes y sociedad civil, que plantea un auténtico problema político y que ha de resolverse mediante una más correcta configuración del bien jurídico protegido y los supuestos de grupos minoritarios o grupos aislados de personas que disientan del valor mayoritariamente compartido. En el primero de los casos, es decir, cuando el disenso sea muy numeroso, más allá del problema político, surge la duda acerca de la posibilidad de imponer una pena por conductas que grupos importantes de la sociedad rechazan. En estos supuestos, en una sociedad democrática no cabe la imposición normativa, sino que será preciso ofrecer vías alternativas e incluso renunciar a la pena pues parece evidente que o bien se ha excedido el principio de intervención mínima, o bien se está utilizando el Derecho penal con fines de protección de intereses sectoriales o, al menos, no generales.

Más conflictivo, desde el punto de vista de la legitimación política será el supuesto en el que sea una persona o un grupo reducido de ellas quienes participen en el disenso ideológico. Pero en cualquiera de los dos casos habrá de determinarse específicamente la posible relevancia del di-

senso en tanto en cuanto no se cambie la norma. Desde el punto de vista jurídico-penal la solución a estas situaciones debe provenir del propio sistema jurídico. De hecho, la jurisprudencia y la opinión doctrinal mayoritaria niegan cualquier virtualidad al disenso ideológico argumentando el carácter obligatorio y general de las normas; la inseguridad en la aplicación normativa que generaría la relevancia del disenso normativo y la amenaza de caos social, argumentando que si se admitiera cualquier tipo de disenso respecto de la norma y como consecuencia, de su cumplimiento, nadie la cumpliría. Ha sido DORWIKIN quien ha puesto de manifiesto la debilidad lógica de estos argumentos. Tras el argumento del carácter obligatorio y general de las normas, se ocultan razones autoritarias inaceptables en un estado democrático fundamentado en la racionalidad de sus proposiciones normativas y en respeto al individuo, para fundamentar la imposición de una pauta de conducta y, en caso de inobservancia, la imposición de una pena.

Contra el argumento según el cual el caos social seguiría a la tolerancia a la desobediencia se puede alegar que los modelos matemáticos han demostrado que, en sistemas complejos, la *tendencia al caos* derivada de permitir una mayor libertad de acción a los elementos del sistema (individuos en éste caso) facilita y favorece la evolución del sistema; y en concreto, del sistema social. De ahí que, desde el punto de vista del progreso social, también sea preferible un Derecho penal mínimo. Pero, además, de la afirmación de que "si se tolera toda desobediencia se generará el caos, no se puede deducir que "si se tolera *alguna* desobediencia *también* se generará el caos". De hecho, el nivel de infracción de las normas penales –incluso de las detectadas por las instancias judiciales– no es bajo y aún así, no parece que, de momento al menos, el caos sea inminente.

Frente al argumento de la inseguridad que generaría la tolerancia de "algún" disenso ideológico, se puede contraargumentar que, si se admitiera que del principio de igualdad ante la ley no se deriva que ambos supuestos deban ser tratados igual, no cabría alegar inseguridad, puesto que, lo normal es que casos distintos se tratan de distinta forma. Por otro lado, la

aceptación de criterios morales y actuaciones en conciencia favorecería el reconocimiento de la justicia de un sistema jurídico que respeta a los "ciudadanos de conciencia". Sin perjuicio de que, como en todo, se deban establecer límites, hay que reconocer parafraseando a DWORKIN que la función más importante del Derecho es la de actuar como garantía de los derechos individuales y que un auténtico derecho solo es derecho si vence a la mayoría.

Ahora bien, en principio no cabe más remedio que reconocer que, desde el punto de vista jurídico, salvo las excepciones que expresamente sean previstas por el legislador, el destinatario de la norma tiene la obligación jurídica de obedecer el Derecho penal; entre otras razones, porque el enunciado expreso de las normas penales, esto es, la norma secundaria dirige un mandato al juez de actuar, y para que una norma esté vigente lo único necesario es que los jueces la apliquen. Por ello, la limitación de la pretensión irracional y autoritaria del estado en este punto pasa por dos posibles soluciones no excluyentes: admitir expresamente determinados supuestos de exclusión de la culpabilidad, en su caso; y modular, acercando a la realidad y al sistema democrático el modelo ideal de Hombre utilizado como referencia por los jueces en la aplicación del Derecho. Ambas cuestiones afectan de lleno a la culpabilidad.

El valor del respeto al disenso, como manifestación de una sistema plural y democrático, es esencial en un sistema ético relativista lo que implica admitir que existen opiniones éticas conflictivas que son igualmente válidas y que existen opiniones sobre un mismo asunto que, por partir de premisas distintas, exigen soluciones distintas (pero si partieran de idénticas premisas, la solución sería igual). El relativismo ético reconocido en el art. 16 de la Constitución, matizado por el art. 10, ha de servir de base sobre la que construir el modelo de sujeto ideal de referencia. Y, finalmente, desde un punto de vista político criminal, un Derecho penal que no quiere ver mermada su credibilidad y su pretensión de racionalidad no puede arriesgarse *por razones estratégicas* a incumplimientos masivos.

Tercera Parte

La propuesta

CAPÍTULO V

LA RECONSTRUCCIÓN DE LA CULPABILIDAD

I. RACIONALIDAD, MORALIDAD Y DERECHO PENAL

I) El Derecho penal es un medio violento para defender un *status quo* social¹ o para la imposición de un nuevo *status quo* (función promocional del Derecho penal). Pese al esfuerzo racionalizador, conciliador y de respeto a las distintas propuestas de una sociedad plural propio de las democracias reales, el Derecho penal es fruto de una imposición y del ejercicio del poder por parte de quien(es) lo ostenta(n). Esta imposición se intenta justificar en su adecuación a la Moral y, en tal sentido, calificándolo como justo, con lo que se presenta frente a disidentes y partidarios, implícitamente, con una apariencia de racionalidad, de legitimación que oculta la imposición y que favorece la aceptación por parte de los receptores de la norma.

Pero esta Moral justificante de la norma penal (o del Derecho penal en su conjunto) está construida –como ya se ha puesto de manifiesto– también de acuerdo con una determinada finalidad, esto es, en función de los intereses a justificar. Se trata, por tanto, de una Moral social construida con fines legitimantes. Así, desde un punto de vista racional y descriptivo, la afirmación de que una norma es justa no significa más que, que se adecua a una Moral determinada.

Si el Derecho tiene un fundamento político de fuerza (es impuesto) no se puede, desde un punto de vista teórico admitir que el destinatario decida

¹ Véase SAVATER, F., "Del exterminio democrático de la Democracia" en *Ética como amor propio*, cit., pp. 256-273.

sobre la validez y /o vigencia de la norma, pues si un sistema jurídico consiente en la desobediencia (disenso, factor de caos) camina hacia un nuevo sistema –otro–. Pero afirmaciones como "la ley no puede exigir algo contrario a la razón, porque su fuerza reside en que pueda ser obedecida por los individuos y no en que sea mandado imperativamente por quien ostenta el poder"², responden a una visión idealizada de la realidad jurídica que históricamente ha servido para justificar, sobre la base de conceptos indefinidos, el mantenimiento en el poder de las clases dominante y, en particular, sistemas políticos poco o nada democráticos.

II) La complejidad de los sistemas modernos exige limitar las posibilidad de disenso pero a la vez, la pretensión de legitimidad exige que todas las normas y valores pueden ser sometidos a examen crítico como consecuencia de su pretensión de aceptabilidad racional derivada de la presunción de racionalidad de la norma y de que no es absolutamente arbitraria. Esta afirmación de que la pretensión de validez universal de la norma se fundamenta en una presunción de racionalidad y arbitrariedad limitada³ requeriría una mayor profundización:

1.- Presumir que la norma no es absolutamente arbitraria implica reconocer que su creación, e incluso su aplicación, responde al equilibrio actual y actualizado de poderes (no universal ni ideal) y del consenso o asentimiento en la medida en que exista (con pretensión de validez trascendente e incondicionada y, con ello de verdad racionalmente aceptable fundante o legitimadora que tiende a la exclusión del disenso sobre ella misma).

Pero con frecuencia intereses funcionales del aparato estatal, del sistema económico o de otros sistemas, logran imponer, por la razón de que son los más fuertes, sus propios intereses bajo la apariencia de legitimidad⁴. Más aún, no se podrá demostrar en ningún caso, que la norma o la institu-

² SUÁREZ VILLEGAS, J. C., *¿Hay obligación moral de obedecer al derecho?*, cit., p. 115.

³ HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, cit., p. 95

⁴ De ello se deriva que la limitación de la arbitrariedad y la presunción de racionalidad de la norma no son más que apariencias de verdad.

ción jurídica es fruto de la racionalidad en una sociedad fruto de la lucha por la supervivencia en la que, incluso, en la base de la acción comunicativa subyacería la finalidad instrumental de obtención del máximo provecho propio. De hecho, vivimos en una comunidad real que en gran medida vive de la racionalidad estratégica (satisfacción de metas privadas) y no de la comunicativa⁵.

Un sistema democrático debe permitir una crítica racional que favorezca el progreso y permita el ejercicio de la libertad de expresión de sus ciudadanos. Por otro lado, el mantenimiento de la racionalidad⁶ "actual" puede exigir la puesta al día crítica. Por tanto, si queremos reconocer una base legitimante de racionalidad y no arbitrariedad en la norma, debemos admitir en cierta medida la crítica racional y el disenso.

2.- De los límites fácticos a la arbitrariedad en un sistema democrático aún se pueden extraer límites jurídicos. Estos límites jurídicos en su día respondieron a equilibrios actuales de poder. La tendencia a la racionalización propia de todo proceso negociador garantiza a la Constitución la "mayor racionalidad posible" en el momento constituyente, y su aprobación por los ciudadanos convierten la pretensión de aceptabilidad en un reconocimiento de aceptabilidad que se pretende universal.

De esta forma, los límites jurídicos derivados de la Constitución, si bien originariamente fueron la positivación de límites fácticos, logran una independencia matizada de los equilibrios de poder y de los mutantes factores sociales no jurídicos. Por su proceso de formación, la Constitución democrática sustancial se convierte en el factor legitimador del proceso legislativo correcto y otorga, como derivación de su "racionalidad" y su "validez" la pretensión de racionalidad y validez normativa y, en una palabra, legitima a toda norma jurídica que haya sido dictada de acuerdo con el procedimiento establecido en la propia Constitución. La legitimación procedimental de carácter formal se encuentra, por tanto, en la base de la preten-

⁵ CORTINA, A., *Ética aplicada y democracia radical*, cit. p. 114.

⁶ Aunque sea "aparente".

sión justificadora de la validez de la norma. Por ello, para que los límites al *ius puniendi* ostenten la misma pretensión de validez y racionalidad han de estar positivizados. En este sentido la positivización de los principios limitadores del Derecho penal significa que se ha alcanzado un consenso o asentimiento en un momento determinado con pretensión trascendente de validez que se ve reforzada por su carácter positivo.

Resumiendo, por tanto, brevemente lo anterior, en un sistema democrático debe admitirse, por un lado el reconocimiento, siquiera excepcional, del disenso; y, por otro, que ese reconocimiento ha de estar positivizado para que sea realmente efectivo como límite al *ius puniendi*. Será fundamental determinar entonces qué condiciones se exigen al disenso para que sea aceptable y no desintegrador del discurso.

II. CULPABILIDAD, RACIONALIDAD Y LEGITIMACIÓN

1. Introducción

El recurso al libre albedrío y el poder actuar de otro modo en el seno de la culpabilidad han servido de pararrayos que ha atraído todas las críticas que, en realidad, deberían haber ido dirigidas al funcionamiento del sistema penal. El sistema jurídico –y también el penal– funciona generalizando la imagen del hombre ideal. El retribucionismo con la idea del libre albedrío y el principio de culpabilidad como fundamento y límite de la pena – principio de culpabilidad según el que se considera culpable a quien no ha actuado conforme a lo exigido en el ordenamiento jurídico, pudiendo haberlo hecho– además de describir como funciona el sistema penal, lo está justificando ideológicamente. De modo que en el debate en torno al libre albedrío como fundamento de la culpabilidad hay que diferenciar dos órdenes de cuestiones:

1. La crítica al funcionamiento del Derecho penal mediante la generalización del concepto de Hombre

2. La crítica a la legitimación (metafísica, ideológica,...) que la idea de libre albedrío como fundamento de la culpabilidad, y ésta de la pena, otorga al Derecho penal.

La sustitución del libre albedrío y el poder actuar de otro modo por la motivabilidad o asequibilidad normativa representa la crítica y diversa opción respecto del punto segundo, es decir, respecto de la forma de legitimar el sistema penal en base a la culpabilidad y la pena, pero mantiene la aceptación de los presupuestos de la primera cuestión, esto es, de la generalización y abstracción de conceptos en el seno de la culpabilidad.

GIMBERNAT ORDEIG hace, en principio una crítica que va más allá de la mera crítica a la fórmula legitimadora cuando afirma que "no se puede profesar el "principio de culpabilidad, oponiéndose así, a los resultados de ciencias como la psicología y el psicoanálisis dedicados precisamente a estudiar las motivaciones del comportamiento humano"⁷. Con ello abre paso a la crítica al sistema y no solamente a su legitimación en base a teorías metafísicas. Este autor está implícitamente poniendo de manifiesto que no es admisible que el juez recurra para enjuiciar el comportamiento concreto a parámetros generalizadores; por el contrario, el proceso de individualización que se ha de llevar a cabo en la culpabilidad ha de ir más allá de la individualización de referencia generalizadora, para constituirse en una individualización de referencia subjetiva, esto es, respecto del propio sujeto y no respecto de un modelo ideal de hombre moral. Sin embargo, en el discurso que realiza a continuación, sin perjuicio de la validez de muchas de sus afirmaciones, no profundiza en ésta cuestión sino que se dedica, así mismo, a buscar una nueva legitimación al sistema que previamente ha –al menos implícitamente– criticado.

La racionalización efectiva del sistema penal requiere someter a crítica y poner en tela de juicio el propio funcionamiento del sistema penal en la atribución de responsabilidad penal mediante la culpabilidad. Para ello sería preciso abordar las cuestiones siguientes:

⁷ GIMBERNAT ORDEIG, E., "Tiene futuro la dogmática jurídicopenal", cit., p. 109.

1. ¿Puede el Derecho penal seguir fundamentado la imposición de una pena en el sistema de generalización o cabría, por el contrario, una mayor individualización en la culpabilidad admitiendo la intervención de ciencias sociales y de la personalidad –mediante propuestas fundamentadas científicamente– a los efectos de declaración de culpabilidad y/o de la determinación de la pena?
2. ¿Qué modelo de Hombre es el que se está tomando como referencia por los Tribunales en la efectiva aplicación del Derecho y por la doctrina en las propuestas dogmáticas? ¿Es este modelo de Hombre el referente adecuado a la sociedad actual? ¿No cabría realizar análisis sociológicos serios que permitieran fundamentar en algo más que en la apreciación valorativa de un reducido grupo de expertos (jurídicos, no sociales) el modelo de referencia? Y, en cualquier caso, ¿no cabría introducir alguna modificación, siquiera terminológica, en el modelo de Hombre para adecuarlo, como mínimo al más políticamente correcto de Persona?
3. ¿Qué modelo de relación social es el modelo de referencia y cómo se inserta en él nuestro modelo de Hombre/Persona?
4. ¿Se puede seguir admitiendo en todo caso y sin someterlo a crítica que la norma jurídicopenal, porque sí, ha de ser cumplida?. O dicho de otro modo: en todo caso y con independencia de su legitimación ¿se puede seguir manteniendo, en nuestra sociedad constitucionalmente construida, que la norma penal ha de ser cumplida por razones de imposición? O, por el contrario, ¿se podría y se debería admitir la capacidad crítica y la racionalización que implica aceptar que en determinados supuestos la presunción de racionalidad que la norma implica pueda ser sometida a crítica?⁸.
5. Si se admitiera la racionalidad de todas o algunas de las cuestiones planteadas, así como que cabría la posibilidad de una res-

⁸ En este sentido, en 1971, ya había afirmado GIMBERNAT ORDEIGE., "Tiene futuro la dogmática jurídicopenal", cit., p. 117que: "que el Derecho penal sea imprescindible no significa, por supuesto, que sea imprescindible en su forma actual",.

puesta distinta a la dada mayoritariamente hasta ahora –y que podríamos resumir en "no se puede dejar a disposición del destinatario de la norma penal su cumplimiento porque en ese caso la sociedad estaría abocada al caos y nadie cumpliría las normas"– quedaría por determinar todavía cómo, en qué medida, con qué criterios y con qué límites se pondrían en práctica las decisiones adoptadas.

En cualquier caso se deberían respetar, al menos, dos principios: las soluciones deberían partir de las posiciones previas asumidas y no ser contradictorias con las mismas y cuando se hubiera admitido una cuestión de principio no se debería adoptar una solución contradictoria y desde el punto de vista punitivo más grave por otras razones como pudieran ser "la pérdida de eficacia penal" o la "amenaza del caos". Sólo la racional decisión entre conflictos de valores –incluso fundamentada en el respeto a intereses de determinados sectores sociales, pero siempre explicitados– puede justificar una medida restrictiva de la libertad de obrar del destinatario de la norma.

2. La reconstrucción racional de la culpabilidad

I) Con el fin de resolver los problemas que han surgido en la doctrina respecto del concepto dogmático de la culpabilidad, sería necesario, más que destacar las distancias entre las diversas posiciones doctrinales, incidir en sus puntos en común en la búsqueda de bases mayoritarias para avanzar en la construcción doctrinal. Así por ejemplo parece que existiría acuerdo –aunque podría ser objeto de matizaciones terminológicas– en las siguientes cuestiones:

1. La existencia del Derecho penal como sistema jurídico altamente formalizado y garantista es imprescindible en nuestra sociedad – también la sociología está de acuerdo en que el Derecho es el más importante medio de integración social en las sociedades complejas–.

2. La distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, atribuyendo a ésta finalidades garantista de limitación al *ius puniendi* mediante el reconocimiento de circunstancias de excepción referidas al destinatario de la norma o a la situación en que se encuentre.
3. La pena refuerza la pauta de conducta contenida en la norma⁹. Se propone por tanto recurrir a penas "justas" o "razonables"; penas limitadas, con la mínima cuantía y gravedad posible, desde el paradigma cada vez más extendido del criterio garantista de un Derecho penal mínimo.

II) A lo largo de este libro hemos intentado demostrar cómo es posible sustituir la explicación metafísica por una decisión política basada en la conformidad o el consenso –criticable quizá en su contenido, pero decisión política admitida al fin y al cabo– y en la racionalidad y el reconocimiento de la opción social como fundamentadora de la imposición de una pena en base a la racionalidad del acuerdo político impositivo. La racionalidad y no la metafísica o la ideología legitimadora de base irracional fundamentan y legitiman algo en lo que todos están de acuerdo.

Y en este sistema, ¿cómo se puede explicar la racionalidad de la medida de la pena? Sólo quedaría una opción y sería admitir la aceptación por el Derecho penal de un sistema valorativo previo que lo orienta y legitima racionalmente. La jerarquización valorativa y el respeto a las reglas de funcionamiento del propio sistema de valores en caso de conflicto entre los diversos valores dotarían de criterios a una política criminal democrática en

⁹ En principio podría pensarse que no existe unanimidad en esta cuestión, pero, con una u otra terminología, se admite. Así, desde posturas representativas opuestas GIMBERNAT ORDEIG, E., "Tiene futuro la dogmática jurídicopenal", cit., p. 114: "La Sociedad ... tiene que acudir a la pena para reforzar aquellas prohibiciones cuya observancia es absolutamente necesaria para evitar, en la mayor medida posible, la ejecución de acciones que atacan las bases de la convivencia social". También p. 119: "la tarea que la pena tiene que cumplir es la de reforzar el carácter inhibitor de una prohibición..."; o CERESO MIR, J., "Culpabilidad y pena", cit., p. 197: "la aplicación de la pena implica una reafirmación del ordenamiento jurídico"

su actividad legislativa (principio de proporcionalidad en la actuación legislativa) y la plasmación de estos valores en el sistema jurídico penal, mediante la mayor o menor graduación de los márgenes abstractos de la pena (correcta) dirigiría la actividad judicial (principio de proporcionalidad dirigido al juez).

Contra esta propuesta se podría alegar que, en realidad, lo que se está haciendo no es resolver el problema de legitimación (ética o moral) sino que trasladamos la fundamentación metafísica a otro momento, sin abandonarla. Ciertamente, toda referencia valorativa es indemostrable. Sin embargo, esta propuesta tiene a su favor que es más acorde con una explicación racional de los distintos sistemas normativos en los que se pueden distinguir tres momentos regulativos: la teoría del valor, en un primer nivel; la teoría normativa, en un segundo nivel; y la teoría de la imputación, en un tercer nivel –de forma que cada una de ellas presuponga la anterior–.

Una teoría del valor (jurídicamente protegible), de corte democrático, basada en acuerdos de mínimos, respetuosa con la Constitución y las reglas lógicas de resolución de conflictos valorativos; de corte relativista respetuosa con la supervivencia de los propios valores ,puede ser plenamente aceptada. Más aún, es la única posible en un sistema democrático caracterizado por la pluralidad ideológica y el respeto al individuo.

III) Por otro lado, la racionalidad de la acción (humana y normativa) implica que esta dirigida a fines en función de valores.

La racionalidad de la norma orientada a valores es un argumento imprescindible para legitimar la intervención penal y la imposición de una pena y cumple dos funciones:

1. dotar de razones para la acción desde la racionalidad dirigida al fin de mantener el Derecho penal democrático que queremos (legitimación *de lege ferenda*)
2. legitimar la decisión adoptada (*de lege data*).

Si admitimos que una concepción meramente coactiva describe solo parcialmente el funcionamiento de las normas jurídico-penales, que no son únicamente razones excluyentes sino también, y sobre todo, razones de primer orden, tendremos que concluir que la norma penal –instrumento de intervención penal en el comportamiento social humano– no solo motiva por la amenaza de la pena, sino que también lo hace o puede hacerlo porque convence (fuerza lógica como fuerza legitimadora). La crítica al sistema, más allá de la crítica dogmática, derivará de la crítica al sistema valorativo previo o a su ordenación jerárquica y de la crítica a las reglas de funcionamiento y selección de los diversos valores como elementos del sistema (valorativo).

En un sistema jurídico democrático hay que potenciar esta función de racionalización del Derecho penal en busca de un Derecho penal menos autoritario: un Derecho penal mínimo donde se puedan admitir algunos supuestos de opinión subjetiva conflictiva (donde la cuestión fundamental será determinar en qué casos se puede sin relajar el principio punitivo y admitir que no se imponga una pena por causa del disenso).

III. ÉTICA FORMAL Y FUNDAMENTO MATERIAL DE LA CULPABILIDAD

De lo visto anteriormente cabe concluir que el Derecho es un medio de *control social*¹⁰ formalizado, naturaleza que comparte con Ética y Moral, como conjunto de normas de comportamiento, que imponen sanciones –en el contenido de estas se diferencian– a quienes infringen las pautas de conducta. Como hemos visto el Derecho penal es también un conjunto de normas de conducta, ordenadas en función de unos valores o fines¹¹, al igual que la Ética o la Moral. La diferencia vendrá dada por el ámbito de actua-

¹⁰ SORIANO, R. *Sociología del derecho*, cit., pp. 317 ss

¹¹ Sobre la naturaleza de los valores y el contenido de los valores mismos es interesante ver STEVENSON. L., *Siete teorías de la naturaleza humana*, Trad. E. Ibáñez Guerra, Madrid 1986, en especial, p. 170.

ción de los distintos sistemas normativos así como por la dependencia de la validez de la norma del reconocimiento subjetivo o no.

En cuanto a los valores protegidos el Derecho penal ha de recoger – criterio de política criminal– como máximo los bienes jurídicos comunes mínimos a los grupos sociales tan mayoritarios que puedan entenderse "consensuados". Cuándo sea así, podrá ser calificado de "ético o justo" la norma jurídica o el sistema penal.

A) Esta toma de posición implica ya la necesidad de asumir un margen de error y de reconocer lo criticable de la misma, pues el relativismo es un principio consustancial a los sistemas normativo-valorativos. Efectivamente, cuando de valores se trata, si no se parte de unos mismos principios o si los fines que se persiguen son distintos, las consecuencias han de ser distintas. Y puesto que se trata de cuestiones no empíricas ni objetivas, sino valorativas, de creencia, ideológicas (cuestión de fe, metafísica) no cabe la discusión, pues no pueden ser constatadas empíricamente. Pero aún partiendo de los mismos principios y los mismos fines, si la escala de valores no es la misma, las consecuencias para el sistema de pensamiento serán también distintas.

Este planteamiento no era en absoluto extraño a KANT quien construye buena parte de su filosofía en la descripción y crítica de los sistemas "morales" o "éticos" a los que califica de materiales. Ética material será toda aquella en la que la bondad o maldad de la conducta humana dependa de algo que se considera "bien para el hombre". Desde este criterio teleológico, las conductas o los actos serán buenos cuando nos acerquen al fin y serán malos cuando nos aparten del mismo. WITTGENSTEIN pone también de manifiesto la relatividad de los valores pretendidamente absolutos como son "lo bueno" "lo malo", etc.¹². Los valores absolutos no existen sino que todo juicio de valor es relativo, esto es, con relación a otra circunstancia o proposición.

Como alternativa a este modelo de ética material, KANT propone una ética formal, que consiste básicamente en procurar la universalidad y racional-

¹² WITTGENSTEIN, L., *Conferencia sobre ética*, trad. de F. Burilés, 2. ed., Barcelona 1990, p. 36.

lidad de sus pautas de comportamiento. Solo una ética formal puede ser aceptada por todo el mundo. Pero para ello, debe tratarse de una ética vacía de contenido material, esto es, que no establezca ningún fin o bien; que no nos diga lo que debemos hacer, sino cómo debemos actuar¹³. Estos presupuestos son adoptados por autores como BINDING o VON LISZT en su intento de racionalizar el Derecho penal, pero este último autor, ya se vió en la necesidad de introducir, primero, y extender, después, el concepto de culpabilidad material inexistente en su primer modelo como consecuencia de la presión de sus coetáneos para introducir en la culpabilidad determinados valores.

B) Las aportaciones del pensamiento kantiano mantienen hoy en día su vigencia. Sin embargo, el paradigma de la subjetividad deviene en el último siglo en un nuevo paradigma, el de la "intersubjetividad"¹⁴.

Desde este punto de vista, la condición del hombre como fin en sí mismo ha de entenderse, desde una perspectiva comunitaria, en el sentido de que es el recíproco reconocimiento el que convierte a los hombres en "fines" y es en este reconocimiento mutuo donde se ha de asentar el concepto de Dignidad de la persona¹⁵. El concepto de Dignidad de la persona pasa a convertirse en un símbolo de las democracias de nuestro tiempo y, sin te-

¹³ KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad, García Morente, Madrid 8ª ed., 1983, p. 72 establece la exigencia de obrar moralmente en su imperativo categórico según el cual "obra solo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne en ley universal y, posteriormente, "obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca meramente como un medio (p. 84). Sobre las diversas formulaciones del imperativo categórico, véase WARD, K., *The development of Kant's View of Ethics*, Oxford 1972, pp. 41 s.; 99 ss. Y 125 ss.

¹⁴ Véase MUGUERZA, J., *Desde la perplejidad*, México 1996, pp. 29 s.

¹⁵ Con detenimiento y desarrollando esta idea véase mi artículo: "Dignidad de la persona y Derecho penal" cit., *passim*. Puede encontrarse también en "El principio penal de respeto a la Dignidad de la persona" en *Revista Jurídica del Perú* nº 18, enero 2001, pp. 201 a 226 y "La eficacia jurídico-penal del principio de respeto a la dignidad de la persona" en *Revista de Derecho penal, Garantías constitucionales y nulidades procesales II*, del Instituto de Ciencias Penales, Buenos Aires (Argentina), 2001- 2, pp. 27 a 64..

mor a equivocarse, podría afirmarse que el siglo XX ha sido el siglo de la expansión del mutuo reconocimiento de esta dignidad.

Con todo, como ya he puesto de manifiesto en otro lugar, tal expansión no ha ido siempre acompañada de un proceso de racionalización y profundización de su contenido. Más bien –y sin desmedro de las importantes aportaciones teóricas en materia de Derechos Humanos del cual se reconoce como base y fundamento–, ha sido utilizado desde un punto de vista voluntarista y político, como valor legitimante útil desde cualquier perspectiva ideológica para justificar soluciones adoptadas en base a criterios ideológicos.

Pero, por otro lado, la expresión Dignidad de la persona se ha convertido en un concepto jurídico al ser acogido –en España– por el art. 10 de la CE como fundamento del orden político y la paz social, lo que permite que, con los debidos matices, pueda ser una expresión válida y significativa para el orden jurídico más allá de su, hasta ahora, deficiente fundamento.

C) La expresión Dignidad de la persona va a ser utilizada en adelante como símbolo lingüístico complejo que sintetiza y convierte en interés autónomo el reconocimiento mutuo entre todos los Seres Humanos Nacidos Vivos (Personas) de su carácter igual y el reconocimiento mutuo del goce por todos ellos del mismo y más favorable –para el desarrollo de la libre personalidad del individuo– estatuto jurídico. Desde este punto de vista, se trata de un interés autónomo de los derechos individuales y, por tanto, protegible o manejable directamente como interés reconocible por el Derecho.

Ahora bien, en tanto que expresivo del "interés que tiene la sociedad en que todas las personas sean tratadas de acuerdo a este estatuto jurídico enunciado" –que esencialmente, pero no solo, puede estar constituido por el repertorio de los Derechos Humanos con los que comparte base ideológica, cultural, evolución histórica y fuerza expansiva– puede convertirse en un criterio práctico de orientación de conductas (aunque, como bien jurídico-penalmente protegido sea un concepto excesivamente indeterminado por lo que serán otros intereses o valores los que han de inspirar directa-

mente la intervención penal en sentido positivo). Del mismo modo, la tipificación directa de conductas que atenten inmediatamente contra la Dignidad de la persona corre el riesgo de subjetivizar excesivamente el concepto y quiebra el principio de taxatividad.

Más bien, el principio de respeto a la Dignidad de la persona (o en expresión más breve, principio de Dignidad de la persona) es un principio práctico generador de pautas de conducta políticas y legislativas (principio de política criminal) y limitador del *ius puniendi* y de la intervención punitiva. Se trataría, de ser así, de un principio limitador expreso y externo al Derecho penal por cuanto tiene reconocimiento en nuestra Constitución (y en numerosos documentos internacionales) jerárquicamente superior a la ley penal, si bien para una mayor eficacia no sería inútil una mayor concreción doctrinal de su contenido en el momento histórico actual.

El principio de respeto a la Dignidad de la persona trata de expresar la obligación que tienen los poderes públicos y los individuos de respetar el conjunto de los derechos y deberes que constituye el más favorable de los posibles estatutos jurídicos de la persona. El principio de Dignidad de la persona así formulado puede tener un doble efecto en el ámbito penal: un efecto expansivo y un efecto restrictivo. Sobre el efecto restrictivo ya hemos adelantado el carácter limitado de la intervención punitiva que cobra especial relevancia en el ámbito de la tipicidad y de la penalidad. En la tipicidad impidiendo construir tipos penales que atenten contra este estatuto (por ejemplo, porque limiten la libertad de expresión, el Derecho a la intimidad, etc.) de forma injustificada, bien por ser irracional la limitación, bien por no respetar la jerarquía valorativa constitucionalmente impuesta, bien por realizar una defectuosa ponderación de bienes.

Respecto de las consecuencias jurídicas del delito, el principio de Dignidad de la persona fundamenta y exige el trato igual y mejor de los posibles, tras la necesaria ponderación de bienes, en la pena y juega a través de otros criterios o principios ya formulados por la doctrina como serían el de prohibición de penas degradantes, el principio de proporcionalidad de las penas (con el daño causado por el delito y con las demás penas del sistema), etc.

Pero también puede reconocérsele eficacia en otros ámbitos, bien directamente, bien a través de otros principios en él fundamentados. Desde un punto de vista positivo –como criterio legitimante de la intervención penal– se encuentra en la base de los bienes jurídicos protegidos con mayor trascendencia para los bienes personalísimos, tales como pudieran ser la vida, la salud, el medio ambiente, pero también la propiedad, el honor, etc. Como poderoso criterio de legitimación se acude al principio de respeto a la Dignidad de la persona en la regulación (penal y extrapenal) de las nuevas técnicas de la vida (biotecnología) y también de forma muy significativa para fundamentar la intervención punitiva en nuevos ámbitos que tienen como denominador común la persistencia de una relación de dominio (o dominación) de un sujeto sobre otro –malos tratos habituales, genocidio, torturas, delitos contra la integridad moral– mediante la configuración del concepto de integridad moral, novedoso y aún poco delimitado pero con un contenido, al menos *prima facie*, rico en eventuales consecuencias para el ordenamiento jurídico.

Pero también y muy especialmente, el principio de respeto a la Dignidad de la persona cobra relevancia en el ámbito de la culpabilidad. La culpabilidad político criminalmente orientada tiene como fuerza motora el reconocimiento de la "Dignidad de la persona" del sujeto sobre el que se realiza el juicio de culpabilidad. Y este planteamiento reabre el problema de la función de la culpabilidad como elemento dogmático del delito más allá de la función que corresponde al Derecho penal, que como elemento de éste comparte

IV. LA FUNCIÓN DE LA CULPABILIDAD

A) En el tercer capítulo nos pronunciábamos sobre la que considerábamos función principal del Derecho penal –con independencia de posibles "efectos" queridos o no–. Allí afirmábamos que, como medio de control social que en nuestras sociedades complejas actúa como principal medio

de integración social, la función del Derecho penal también es regular conductas mediante la valoración de fines y descripción e imposición de pautas de conducta (triple aspecto de la norma primaria).

Una explicación de la existencia de un Derecho represor como el penal con funciones legitimantes sólo cabe desde la perspectiva de su incardinación como fenómeno social¹⁶. Y más allá de una mera legitimación procedimental, sólo el carácter de factor de orden que representa, justifica y legitima el sistema penal. La expresión "factor de orden" ha de ser entendido no como sistema absolutamente defensor del *status quo*, sino como instrumento que, fruto del equilibrio actual de poderes, impulsa los reequilibrios sociales que se generan en la sociedad democrática compleja como consecuencia del proceso de dispersión del poder social entre grupos sociales cada vez más extensos en una sociedad democrática. En la medida en que este Derecho penal regulador del equilibrio de la violencia social legítima, con su mínima intervención y su mínima agresión (mínima violencia), sea capaz de satisfacer las necesidades de protección de los diversos grupos sociales actuales¹⁷ y responda –en nuestra sociedad democrática– a altos grados de consenso quedará "actualmente" legitimado.

Por ello ya advertíamos que un concepto postmetafísico de delito no necesita fundamentar con recursos ideológicos la categoría de la culpabilidad. La exigencia de responsabilidad penal derivada de un hecho típico y antijurídico a una persona –decíamos – es un acto de decisión colectiva que establece que, en determinadas condiciones, a un sujeto se le considera culpable y se le impone una pena¹⁸. Este solución convencional responde a

¹⁶ DE LA CUESTA AGUADO, P.M., "Un Derecho penal en la frontera del caos" en FMU (1) 1997, pp. 43 a 50. También en *Cathedra*, (6) julio 2000, Lima (Perú), pp. 54 a 61.

¹⁷ Utilizo el adjetivo "actual" referido a la sociedad, grupos sociales o fenómenos sociales, para hacer referencia a que se trata de la existente en el momento en que se produzca el análisis científico.

¹⁸ En este sentido NAUCKE, W., *Strafrecht. Ein Einführung*, cit., p. 232, la culpabilidad es un compromiso entre el terror penal y una política interna benigna.

un acto de voluntad (imperio) basado en el consenso. Volvemos aquí, por tanto, a la idea de reconocimiento intersubjetivo que dota de contenido al concepto de Dignidad de la persona.

B) La siguiente cuestión a resolver en un sistema penal de estas características es la de la función que ha de cumplir la categoría de la culpabilidad como elemento del delito. Pues bien, en la culpabilidad se efectúa la que podríamos calificar de "imputación subjetiva". Una vez analizados los elementos objetivos y subjetivos referidos a la acción, su resultado y condiciones externas al sujeto en que se realizó la acción, en sede de culpabilidad, el juez (y el propio concepto dogmático de delito) vuelven la vista al sujeto en su condición de individuo que participa en las relaciones sociales.

Bajo la expresión "Paradoja de la subjetividad social" poníamos de manifiesto cómo es la sociedad la que crea la subjetividad, pero en este mismo acto constitutivo de la subjetividad es creado –ambos con fuerza expansiva– el orden. El sujeto deja de ser la propia conciencia de autodeterminación para convertirse en la expresión del reconocimiento mutuo de autonomía. Autonomía que conlleva el reconocimiento de una esfera privada de acceso limitado de poder. La persona, dotada de poder y dignidad (en el sentido defendido) aparece como centro autónomo de poder frente al estado detentador del *ius puniendi*. Ya no es necesario acudir a indemostrables referencias al libre albedrío. En la propia asignación de subjetividad se encuentra el germen del reconocimiento de autonomía. Este "reconocimiento mutuo" constituye la individualidad pero también la responsabilidad.

La tesis dworkiniana del derecho individual como triunfo frente a la mayoría no es ajena a esta idea. Como tampoco lo son las afirmaciones de RAZ acerca de que los Tribunales de Justicia consideran en su actuación a los ciudadanos como "modelos ideales de ciudadanos"¹⁹. Desde esta concepción de la subjetividad de origen social, la culpabilidad se convierte en

¹⁹ RAZ, J., *Razón práctica y norma*, cit., p. 199.

el elemento del delito donde entran en contradicción subjetividad y orden, o lo que es lo mismo, el Hombre como centro de poder y el poder social de que está imbuido el *ius puniendi*.

Esta confrontación históricamente ha ido permitiendo el paulatino incremento de las causas de exculpación y en una sociedad hodierna caracterizada por la complejidad, la dispersión y la tolerancia; la secularización y la crítica continua del dominio, sometida a continuas crisis de legitimación —de las que son expresión las continuas crisis del Derecho penal—, mediante la admisibilidad de un cierto grado de disenso a la norma en sede de culpabilidad puede favorecer la continua relegitimación del sistema. Pues hoy en día, más allá de una legitimación procedimental, no cabe apenas otra posibilidad genérica de legitimación al negarse racionalidad al fundamento ideológico. Solo se cuenta con la voluntarista legitimación del consenso derivado de la aplicación de la regla de las mayorías. Se hace precisa, entonces, una relegitimación continua en cada actuación penal concreta.

La doctrina, consciente de ello, ha construido sobre el expediente del bien jurídico el fundamento legitimador de carácter material de cada concreta intervención normativa, pues la cuestión de la legitimación de un sistema, no deriva de la racionalidad formal, sino de "las implicaciones morales". La norma jurídica solo está legitimada en tanto en cuanto pertenezca a un sistema "convinciente a partir de sus principios"²⁰, esto es, el problema de la legitimación del sistema jurídico es un problema de moral o ética²¹. Pero más allá de la legitimación de la norma derivada de su orientación teleológica, se exige socialmente —o al menos en base a la protección del principio democrático de tolerancia debería exigirse doctrinalmente— una justificación ulterior mediante la legitimación de la aplicación de la norma

²⁰ HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, cit., p. 542.

²¹ HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, cit., p. 544: "esa legitimidad ha de hacerse derivar más bien de una relación interna entre el Derecho y la Moral".

al caso concreto, sobre todo, en aquellos supuestos en los que la validez de la norma haya sido puesta en tela de juicio.

Hemos afirmado con anterioridad que existe una obligación jurídica de obedecer al Derecho (incluso al Derecho injusto) y que los problemas de validez y vigencia se independizan, de forma que al Derecho no le importa por qué razones se obedezca la norma, le basta que se obedezca. Pero desde una visión democrática del sistema penal y la norma penal como fruto de equilibrios actuales de poder, como elemento o factor de orden y, a la vez, principal medio de integración social en sistemas complejos y en continua evolución, en los que el consenso es el generador de la norma y no meramente la imposición no consensuada, cabe preguntarse si no sería necesario permitir un cierto grado de disenso normativamente regulado que dé respuesta a la exigencia de continua problematización sobre la pretensión de la validez de la norma —con independencia de que el mantenimiento de la confianza en el sistema exige el respeto a la norma (sustracción de la validez de la norma al juicio crítico del sujeto actuante)—.

C) Precisamente sería ésta la función de la culpabilidad: la de cuestionar, en atención a las características personales del sujeto como actor o participante en el discurso, la necesidad de imponer una pena.

En la culpabilidad el juez analiza las razones por las que el sujeto desobedeció la norma y lesionó con ello el bien jurídico protegido. Y cuando los argumentos esgrimidos por el sujeto sean irracionales, inaceptables en una sociedad democrática o excedan la autonomía reconocida al individuo, emitirá un juicio de culpabilidad. Y este juicio de culpabilidad así emitido, con valoración de las razones del disenso es, entonces, a los ojos de la sociedad, un juicio legítimo.

Pero este juicio también puede apreciar las razones del disenso. Y ello porque en la culpabilidad, el sujeto como centro de poder negocia sus ámbitos de autonomía —y con ellos sus ámbitos de poder normativo— con la sociedad representada por el estado titular del *ius puniendi*. Solo con ayuda de una culpabilidad así concebida, respetuosa de los derechos individuales

–como triunfo frente a las mayorías– y de su autonomía –como capacidad para fijar sus propias normas de conducta dentro de límites socialmente prefijados– se puede modelar un Derecho penal mínimamente represivo que cumpla eficazmente con su función de factor social en sociedades cada vez más complejas, universales y en continua evolución.

Esta concepción de la función de la culpabilidad se adecua a las exigencia de la doctrina que configura mayoritariamente a la culpabilidad en base a las siguientes características: primero, la naturaleza de la culpabilidad es normativa, segundo tiene una función individualizadora respecto de la antijuridicidad²².

²² Por todos, PEREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, cit., p. 106 a 109. Sin embargo, yo matizaría que el principio de imputación no solo rige la culpabilidad, sino que propiamente toda la teoría jurídica del delito sería una teoría de la imputación.

CAPÍTULO VI

LA EXIGIBILIDAD

I. LA CULPABILIDAD COMO EXIGIBILIDAD

La culpabilidad es el momento dogmático del delito en el que se analiza la situación en que se encontraba el destinatario ante la norma y si también le era exigible que hubiera adecuado su comportamiento a la pauta de conducta jurídica. La cuestión, así planteada, exige antes de entrar en el contenido material de la culpabilidad aún un pronunciamiento previo: la función de la "exigibilidad de otra conducta" como elemento constitutivo o excluyente de la culpabilidad.

Desde argumentos similares a los utilizados para afirmar la obligatoriedad de la norma jurídica frente al destinatario disidente por disenso ideológico (problema del Derecho injusto), se ha negado también la necesidad de constatar positivamente la exigibilidad en la culpabilidad. La relevancia de la cuestión estriba en que, si consideramos que la exigibilidad de la conducta es un elemento positivo del juicio de culpabilidad deberemos admitir que pueden existir supuestos no contemplados expresamente entre las causas de exculpación o inculpabilidad, en los que al faltar la exigibilidad, el juicio de culpabilidad sea negativo. Con ello estaríamos admitiendo la existencia de causas supralegales de exculpación.

Por el contrario, la mayor parte de la doctrina alemana y española prefiere considerar que la "no-exigibilidad" es el fundamento de algunas causas de exculpación previstas en nuestro ordenamiento jurídico sin que sea necesario constarla positivamente en el caso concreto.

Los argumentos contra la posibilidad de admitir supuestos de exculpación no contemplados expresamente en la Ley, idénticos, como ya dijimos,

a los ofrecidos para justificar la obligatoriedad jurídica de la norma injusta se basan en la pretensión de generalidad de la norma; en la inseguridad jurídica que supuestamente se generaría si admitiéramos nuevas causas no prevista de la Ley penal y, en la exclusiva competencia del legislador para dictar causas de exculpación¹. Contra estos argumentos me remito a lo ya dicho en el capítulo IV. Únicamente me interesa ahora añadir que (estos argumentos) sólo sirven para reafirmar la conveniencia de que, en la medida de lo posible, los principios limitadores del *ius puniendi*, de cualquier orden y especialmente los que tengan incidencia en la exclusión de la culpabilidad estén expresamente positivizados, si bien, como ya se ha adelantado, esto no será posible si antes no se ha desarrollado un debate doctrinal que racionalice y sistematice los diversos supuestos y ofrezca pautas claras de actuación al legislador. Pero la ausencia expresa de su tipificación, no significa su inexistencia o su inaplicabilidad, puesto que un sistema jurídico no está únicamente constituido por normas positivizadas sino también por principios jurídicos y por reglas de funcionamiento del propio sistema, así como por otra serie de normas y principios no contradictorios con los anteriores y de los que se derivan lógicamente.

A favor de posiciones contrarias a la admisibilidad de causas supralegales de exclusión de la culpabilidad, se alega que la culpabilidad no tiene un contenido positivo en nuestro ordenamiento jurídico, sino que, a partir de las circunstancias eximentes identificadas como excluyentes de la culpabilidad, se delimitan sus elementos constitutivos². A favor de esta afirmación juegan también los argumentos históricos sobre la evolución del término "culpabilidad" en nuestro ordenamiento jurídico ofrecidos en el capítulo I, así como que no aparece expresamente "nominada" en el CP.

Por el contrario, nuestro CP, como ley con pretensión de aplicación general sólo determina positivamente la responsabilidad penal, de forma general para autores y cómplices en el art. 27 del CP. Al afirmar que "son res-

¹ Por todos, GARCÍA ARAN, M., "Culpabilidad, legitimación y proceso", cit., p. 75.

² GARCÍA ARAN, M., "Culpabilidad, legitimación y proceso", cit., p. 99.

ponsables criminalmente los autores y los cómplices", el citado art. 27 en relación con el art. 15 y demás del Título Primero del CP, están asentando que *prima facie* toda persona que comete una conducta señalada como delito o falta por la ley, es penalmente responsable.

Esta constitución –más aún que una presunción– de responsabilidad penal *prima facie* admite excepciones, tipificadas expresamente en el Capítulo II del Título I del Libro I en los artículos 19 y 20 del CP. De modo que, efectivamente nuestro ordenamiento jurídico, al no constituir positivamente un concepto de culpabilidad no exigiría *prima facie* un juicio positivo sobre la exigibilidad, que, automáticamente –y repito, *prima facie*– se presupondría por la realización del hecho, como elemento integrante y necesario de la responsabilidad criminal.

Esta lógica impositiva se ve ratificada por el párrafo 3 del art. 4 del CP, donde se exige a los Tribunales que apliquen la ley penal incluso cuando por las circunstancias personales del reo consideren la pena "injusta". Desde la lógica impositiva del detentador del *ius puniendi* no se puede, en principio, dejar en manos de los destinatarios de las normas (primaria y secundaria) la validez de la norma. Sobre todo, es importante que los órganos judiciales apliquen la norma jurídica pues, como ya vimos, para que una ley sea válida lo único imprescindible es que los Tribunales de Justicia así lo consideren y, como tal, la apliquen. Ahora bien, de esta lógica impositiva derivada de la pretensión expansiva del *ius puniendi* –y de la pretensión política de sometimiento en la aplicación de la Ley del Poder judicial al Poder legislativo en un sistema democrático– aún no se puede derivar una respuesta a la cuestión formulada, esto es, a si en nuestro ordenamiento jurídico se puede admitir la exención de pena en supuestos distintos a los expresamente previstos en los artículos 19 y 20 (u otros supuestos específicos).

La constitución positiva de responsabilidad penal de autores y cómplices *ex art. 27* y la obligatoriedad jurídica de aplicar el Derecho que tienen los Tribunales de Justicia no entran aún en el problema real de determinar cuándo es exigible la ley penal, pues el art. 4.3 del CP no es más que una

prohibición particular y expresa de la arbitrariedad judicial en el supuesto específico de la incidencia del disenso del Juez que incidan *pro reo* en la pena. Incidentalmente convendría recordar que, si no cabe la admisibilidad *pro reo* de valoraciones personales del Juez, mucho menos serán admisibles valoraciones *contra reo*. La razón de que, expresamente no se disponga una norma que contemple este supuesto es que ya existe en nuestro ordenamiento jurídico una prohibición general de sancionar más allá de lo previsto en la ley penal –derivada del principio de legalidad y de irretroactividad– mientras que sí se admitiría la interpretación *in dubio pro reo*³.

En cualquier caso, ésta es una prohibición derivada del principio democrático de división de poderes dirigida al Poder Judicial. Por otro lado, la estricta disposición del art. 4.3 que exige la "rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley" ha de interpretarse en sentido material: Ley no es sólo el concreto artículo del CP que tipifique la conducta, sino el sistema jurídico-penal en su conjunto, que contiene tanto normas expresas de distinta procedencia jerárquica (Constitución, leyes orgánicas y no orgánicas e, incluso, normas administrativas a las que remite la ley penal) como principios jurídicos que rigen la aplicación e interpretación de las normas jurídicas.

De modo que, resumiendo, en nuestro ordenamiento jurídico penal, la responsabilidad penal se constituye *prima facie* con la realización del hecho típico y sólo excepcionalmente se niega esa responsabilidad. De esta forma el concepto de culpabilidad no tiene un contenido positivo expreso sino que se deriva de las eximentes identificadas como causas de inculpabilidad o exculpación. Como consecuencia, cabe concluir provisionalmente con la mayoría de la doctrina que, los Tribunales para imponer una pena, por lo general, no deben emitir un juicio positivo de exigibilidad –no tienen que comprobar positivamente la exigibilidad– caso por caso, sino que, *prima facie*, ésta se presupone.

³ Además, se puede sospechar que, el poder punitivo *prefiera* dejar claro que los órganos judiciales *no pueden limitarle* que, que pueden *extenderle*. El interés de que esto no sea así es un interés del destinatario de la norma jurídica, es decir, del ciudadano/a más que del estado. Por más que se aleguen razones de prevención general, lo que late, en mi opinión, es la lucha política por el poder punitivo.

Ahora bien, de esta última afirmación todavía no puede deducirse que *nunca puedan* comprobar positivamente la exigibilidad, ni mucho menos que no quepa exención por inexigibilidad en supuestos no previstos expresamente en el CP.

1. La comprobación de la exigibilidad

La pretensión de validez general de la norma explica que se afirme la responsabilidad penal con carácter general, sin que los Tribunales de Justicia, salvo que se cuestione o se planteé una eventual causa de inculpabilidad o exculpación de la culpabilidad por "no-exigibilidad", deban cuestionarse si la conducta era exigible o no al sujeto, pues la premisa de partida es: "la conducta *prima facie* es exigible". Ahora bien, existen supuestos donde los Tribunales sí deben analizar si la conducta era exigible: en todos aquéllos supuestos en los que se cuestione con carácter individual la exigibilidad en el caso concreto. Y, de hecho, los Tribunales afirman positivamente la exigibilidad cuando consideran que no existe en un supuesto cuestionado la "no-exigibilidad".

Desde un punto de vista lógico, la afirmación es igual a la negación de su negación; o lo que es lo mismo, la afirmación de la exigibilidad es igual a la negación de su contrario según la fórmula:

$$X = \neg(\neg X)$$

De modo que, si en algunos supuestos puede negarse la exigibilidad, lógicamente es forzoso concluir que, en los restantes puede afirmarse; de donde se deduce que, al menos, en los supuestos en los que la exigibilidad puede negarse, es elemento constitutivo de la culpabilidad.

2. El juicio de exigibilidad

A) Es preciso advertir, antes de continuar, que el concepto de exigibilidad que estamos utilizando hasta ahora es un concepto meramente formal: aún no

nos hemos pronunciado sobre el contenido de esa "exigibilidad". En este sentido HENKEL, con éxito, advertía que el concepto de exigibilidad en su sentido original, como fundamento del reproche, no es un concepto normativo sino un principio regulador⁴. Con ello, pretendía poner de manifiesto que, en realidad, bajo este concepto se ocultaba la renuncia del legislador a crear una norma regulativa con la remisión de la decisión al juez en cada caso concreto⁵.

Siguiendo, entonces, con la línea argumental anterior lógicamente se puede afirmar que, existen supuestos –los previstos por la ley como causas de exculpación basado en la "no-exigibilidad"– en los que la exigibilidad es el fundamento de la culpabilidad. La cuestión, ahora estará en decidir, si de esta afirmación, se puede deducir que "en todo caso la culpabilidad está fundamentada en la exigibilidad"; lo que llevaría a concluir que el fundamento de la culpabilidad es la exigibilidad, en sentido positivo, y que, cabrían causas de exculpación extralegales.

Desde un punto de vista lógico exclusivamente resulta difícil imaginar conductas que, jurídicamente, sean "no exigibles" sin que a su vez tampoco sean "exigibles". Sin embargo, la fundamentación material de la culpabilidad en la exigibilidad en sentido positivo, requiere una mayor reflexión, especialmente, sobre el contenido de ese concepto de exigibilidad que, hasta ahora, hemos estado utilizando únicamente en sentido formal.

Por otro lado, nos queda aún por contestar a la pregunta acerca de si "de la afirmación de que no existe una definición expresa de culpabilidad en nuestro ordenamiento jurídico" puede deducirse que no caben causas supralegales de exclusión de la culpabilidad. También para responder a esta cuestión es preciso pronunciarse previamente sobre el contenido material de la exigibilidad. Lo que significará profundizar en el contenido material de la culpabilidad, entendida sobre la base de la posibilidad de exigir el comportamiento normativo al destinatario de la norma.

⁴ HENKEL, H., "Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip" en *Festschrift für Mezger*, Munich-Berlin 1954, pp. 249-309.

⁵ En este sentido, ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención*, cit., p. 60.

B) El juicio de culpabilidad se realiza mediante la comparación de las características personales o circunstanciales del destinatario de la normas y de un modelo idealizado construido mediante la generalización. De la comparación surge la noción y cuantía de lo exigible. La cuestión, por tanto, de determinar qué características se atribuyen a este Modelo jurídico ideal es esencial para, a su vez determinar, el ámbito de lo exigible.

Hemos visto en el capítulo III que el modelo ideal del Hombre que aplican los jueces responde a una determinada concepción del Hombre y de la sociedad que tiene su origen filosófico en el concepto liberal de Hombre diseñado por KANT. La imagen del modelo de Hombre que impera en un ordenamiento jurídico, además, está estrechamente ligada a una determinada estructura social, donde habrá que analizar con especial detenimiento, la posición jurídica de las personas frente a otras y frente al estado o poder socialmente establecido. El nuevo modelo social, descrito en el capítulo III, invita a revisar el modelo del Hombre para adecuarlo a las características propias de la sociedad tecnológica, cada vez más compleja social, cultural y étnicamente, desde la finalidad de profundizar en su democratización. El modelo que hemos propuesto no rompe con la tradición filosófica cristiana liberal, pero sí revisa racionalmente la expresión de sus presupuestos desde una perspectiva del ideal democrático de la extensión del poder social a todas las capas y sectores de la población. Es importante resaltar esta finalidad inspiradora del modelo de Persona propuesto, puesto que la construcción teórico-filosófica del modelo de ciudadano / destinatario de la norma de referencia ha sido y sigue siendo un elemento esencial en la justificación ideológica del dominio. Por ello, desde esta perspectiva, el modelo actual de ciudadano/destinatario de la norma (Modelo ideal de Persona) debe ser partícipe de la distribución del dominio propia de un sistema democrático.

Pero, además, en una sociedad que somete continuamente a crítica re-legitimadora el dominio, nuestro Sujeto-Modelo ha de participar en el diálogo social constituyente y legitimador del dominio. Por ello, hemos definido como el elemento más importante del Modelo ideal de Persona de

referencia jurídica su capacidad para participar él mismo del poder social y, como consecuencia, del poder normativo.

C) El Modelo de Persona de referencia social se construye sobre el mutuo reconocimiento constituyente de la subjetividad y de la autonomía como fuerza expansiva en tensión continua con su opuesta: el orden y la sociedad. La categoría básica para interpretar al sujeto no es la conciencia de autodeterminación, sino la categoría del reconocimiento mutuo –**reconocimiento recíproco de autonomía**–. Al sujeto se le reconoce un ámbito privado sometido a su capacidad normativa y, en el ámbito excluido de ella –de la capacidad de autodeterminación normativa– rige el principio de respeto a la Dignidad de la persona, entendido como enunciación sintética del estatuto jurídico máximo reconocido o reconocible por los sistemas democráticos a las personas, que se materializa en la obligación que tienen los poderes públicos y los demás individuos de respeto al total conjunto de Derechos atribuidos por dicho estatuto a las personas.

Los dos primeros límites a la posibilidad de exigir una conducta por parte del estado son entonces, primero, el ámbito regido por la capacidad autonormativa del sujeto y, segundo, el principio de respeto a la Dignidad de la persona (tal y como aquí se define). Desde el punto de vista del Derecho penal, precisamente en la culpabilidad es donde se ha de analizar si se ha actuado dentro de los límites de capacidad autonormativa o si, por el contrario, estos límites se han excedido. La exigibilidad de actuar conforme a la norma ha de interpretarse, por tanto, desde esta perspectiva política impositiva, como defensora del orden social en una sistema democrático. Pero la posibilidad del estado de exigir al ciudadano que se comporte de forma adecuada a la norma jurídico-penal tiene como primer límite, precisamente, el respeto de los ámbitos de poder autonormativo del sujeto.

El segundo de los límites a la exigibilidad –estatuto jurídico de la Persona– lo hemos enunciado como el principio de respeto a la Dignidad de la persona, y en tal sentido, su reconocimiento como límite puede asentarse constitucionalmente en el art. 10 de la Constitución Española que se adecua perfectamente al modelo de relación subjetividad-orden o, dicho de

otro modo, individuo-sociedad al aquí descrito. Según el art. 10.1. "la Dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

El primero de los límites de la exigibilidad –el poder autonormativo del sujeto– merece, sin embargo, un análisis más detallado.

II. CAPACIDAD AUTONORMATIVA DEL SUJETO

1. El concepto de capacidad autonormativa

I) Aunque el reconocimiento de capacidad autonormativa no es nuevo, sino que ya, desde otra perspectiva, la filosofía moral liberal reconocía capacidad autonormativa al sujeto, quizá la aportación más significativa de esta propuesta sea la configuración del sujeto destinatario de la norma como centro autónomo de poder, ontológicamente, por tanto, en un plano de igualdad con el poder social –aunque con competencias diversas–. Precisamente lo que distinguiría, según KANT, al Derecho de la Moral sería que las normas del Derecho son heterónomas y las de la Moral, autónomas. Sin que esto sea falso, pues es evidente que las normas del Derecho son heterónomas –son dictadas por un órgano y un poder que no dependen del propio sujeto– lo cierto es que, cómo hemos visto a lo largo de este trabajo, esta separación no es radical. Por un lado, porque toda norma responde a una finalidad que se concreta en un valor y todo Derecho a un esquema de valores que, a su vez, está en íntima conexión con la concepción moral de lo bueno y de lo justo. Por otro lado, porque, como también hemos puesto de manifiesto, los conceptos jurídicos en los que se fundamenta la culpabilidad (sobre la base del reproche) rezuman argumentos y principios de contenido moralizante que ocultan concepciones ideológicas de legitimación del *ius punendi* y del dominio. De modo que, al reconocer un ámbito de poder autónomo al sujeto, solo pretendo explicitar y racionalizar el *modus*

operandi que, en ocasiones, se oculta bajo conceptos materiales indefinidos.

II) En torno al reconocimiento del modelo ideal de sujeto destinatario de la norma (Modelo ideal de Persona) como centro autónomo de poder con capacidad autonormativa surgen dos cuestiones fundamentales, la primera en relación al fundamento o momento constitutivo de la capacidad autonormativa y la segunda en relación a sus límites, que trataremos de responder a continuación. (Recordemos que el fundamento del Modelo ideal de Hombre tradicional sobre el que se asientan las concepciones mayoritarias es el libre albedrío; la capacidad de motivación; o no está designado expresamente).

2. Revisión del concepto de "integridad moral"

En el modelo tradicional de Hombre, una característica esencial atribuible a todo individuo humano es la que se utiliza para fundamentar jurídicamente la posibilidad de exigir una determinada conducta. Como consecuencia, se presume que todo hombre "igual" o "normal" –al modelo paradigmático– gozará de la "característica" esencial por su condición precisamente de "Ser humano" o individuo humano. Así, si el fundamento es el libre albedrío o la capacidad de motivarse, todas las personas subsumibles en el modelo paradigmático *son esencialmente* libres o motivables y, sólo excepcionalmente, esta capacidad estará limitada.

No sucede lo mismo con el modelo de sujeto ideal propuesto. Si lo que caracteriza la subjetividad de referencia social es el mutuo reconocimiento –de la subjetividad y de sus ámbitos de poder autónomo– habremos excedido el ámbito ontológico para situarnos en el ámbito político (y, de él derivado en su caso, el jurídico). La subjetividad entendida como centro de poder ya no es *esencialmente una característica intrínseca del Ser Humano* previa y ajena al orden social, sino que ha de ser constituida –la subjetividad– en el momento de constitución del propio orden social (recuérdese que en su momento ya adelantamos que subjetividad y orden son las dos

caras de la misma moneda)⁶. Desde esta perspectiva, la subjetividad y sus características dependen de la sociedad en que se inserta y de su momento constitutivo.

Este momento constitutivo de la subjetividad y el orden, en nuestra sociedad es la Constitución Española de 1978, que en su capítulo II contiene los Derechos y Libertades con mayor protección jurídica, que vinculan a todos los poderes públicos, y, por tanto, los elementos esenciales de la constitución de la subjetividad y sus límites (pero también el poder estatal y los suyos). El reconocimiento del poder autonormativo del sujeto, como elemento esencial del concepto político, social, filosófico y jurídico de Persona, encuentra su reconocimiento constitucional en el art. 15 –"de los Derechos fundamentales y las Libertades públicas"– al reconocer que, junto a la vida y la integridad física, todos tienen derecho a la "integridad moral".

La dificultad para la determinación del contenido de la integridad moral ha sido ya puesta de manifiesto por la doctrina, por su "naturaleza incorpórea"⁷ y su vaguedad e imprecisión, derivada de una interpretación –como sucedía con el concepto de Dignidad de la persona– de base *iusnaturalista* y estrictamente personalista o individualista⁸. Ciertamente el concepto de "integridad moral" será sumamente vago e incorpóreo si se analizada desde la comparación los bienes jurídicos "integridad física" al que se opondría –y que le antecede, entendido, no como sinónimo de integridad⁹/incolumidad personal¹⁰– y se

⁶ Véase *supra*, apartado 2.3.1. Legitimación del dominio y subjetividad social, del Capítulo III.

⁷ Véase POLAINO NAVARRETE, M., *El bien jurídico en el Derecho penal*, Sevilla 1974, p. 268.

⁸ Véase en torno al concepto de integridad moral desde estos parámetros, con la bibliografía allí citada a RODRÍGUEZ MESA, M.J., *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Granada 2000, pp. 174 ss.

⁹ Véase, PORTILLAS CONTERAS, G., "Torturas y otros delitos contra la integridad moral" en *Curso de Derecho penal español. Parte especial I*, Madrid 1996, p. 276.

¹⁰ TAMARIT SUMALLA, J.M., *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, de G. Quintero Olivares y J.M. Valle Muñiz, Pamplona 1996, p.216

relaciona de forma prácticamente exclusiva con las torturas y el trato degradante –que le sigue en el art. 15 de la Constitución–. Desde esta perspectiva, la integridad moral en clave personalista, se ha definido o bien en sentido estricto, como *integridad psíquica*¹¹ y, en sentido amplio, en *relación con la idea de dignidad e integridad personal*¹² –ambos sin previa definición y delimitación jurídica más allá del recurso a nuevos términos extrajurídicos e indefinidos–.

En esta línea, el Tribunal Constitucional ha entendido que los ataques contra la integridad moral se dirigen no solo contra "el espíritu", "sino también contra toda clase de intervención en estos bienes que carezca de consentimiento del titular (STC 120/1990 de 27 de junio). Desde la doctrina, se ha afirmado que "desde la base moral de la personalidad y como presupuesto para conseguir el ideal de libertad moral, la integridad moral puede ser definida como *el conjunto de sentimientos, ideas, vivencias cuyo equilibrio, al facilitar al individuo la opción de unas posibilidades frente a otras permite la unicidad de cada uno de los seres humanos y su libre desarrollo de acuerdo a su condición de persona*"¹³. El ataque contra la integridad moral estaría, entonces, representado por la alteración o intromisión en "el conjunto de sentimientos, ideas o vivencias" y su contenido –de la integridad moral– se concretaría en la "inviolabilidad de conciencia" y en el respeto a la condición de persona que impide que se le rebaje a una condición inferior". Detrás de esta concepción de la integridad moral late un modelo de Hombre propio de la filosofía ilustrada, acorde con el utilizado también como modelo de referencia por la doctrina y la jurisprudencia en la culpabilidad. Sin embargo, estos intentos definitorios o no son capaces de distinguir la integridad moral de la salud psíquica o no son capaces de definir jurídicamente qué es la integridad moral.

¹¹ Por todos, RODRÍGUEZ MESA, J, *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, cit., p. 154. Véase especialmente nota 91.

¹² Así MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *Los delitos contra la integridad moral*, Valencia 1999, p. 24.

¹³ RODRÍGUEZ MESA, J, *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, cit., p. 165.

Un concepto de integridad moral realmente útil desde el punto de vista jurídico, debe superar la base fisiológica para fijar su vista en la tradición filosófica a que responde y al modelo de sociedad en que se integra. Desde esta doble perspectiva, cabe redefinir el concepto para dotarlo de un contenido normativo y político que hasta ahora se le ha negado.

3. Definición del concepto de integridad moral y delimitación de competencias

En el Capítulo II hemos explicado cómo la Moral constituye un sistema de ordenación de conductas calificadas como buenas en relación a unos valores predeterminados. Desde la óptica individual, la moral individual regirá el comportamiento individual en función de un sistema de valores indicando al individuo modelos valorados de comportamiento. La moral individual, por tanto, constituye el propio modelo valorativo del mundo y de la propia subjetividad, de lo bueno y de justo; de lo correcto y de lo que no lo es. Esta moral individual que rige el propio comportamiento y el trato con los demás, inicialmente es respetada por el Derecho penal, que como sistema normativo y de integración social, se construye sobre los valores compartidos (o más compartidos) por los diversos modelos morales a los que se adecuan a grandes rasgos las morales de los individuos.

Es importante recalcar aquí que el concepto de "moral individual" utilizado es formal y descriptivo. Formal, porque no implica opción religiosa (o no religiosa) alguna y descriptivo, porque lo significativo del concepto es su función reguladora de conductas. En este sentido, la moral individual es un sistema normativo.

Por otro lado, los deberes morales de comportamiento regulan ámbitos de actuación, además de públicos, que también pueden ser regulados por el Derecho penal, privados y de relaciones interpersonales que son ajenas a la regulación jurídica. Al contemplar la Constitución en su art. 15 –y el CP en los artículos 173 y ss– a la "moral" –y su integridad– está haciendo referencia a este **ámbito de relaciones "libre del Derecho" en el que se recono-**

ce al individuo capacidad para auto-regir su conducta y modo de vida. La protección de la integridad moral se dirige a garantizar que el individuo no va a ser forzado a actuar contra los principios básicos sobre los que ha construido su propia personalidad y en aquellos ámbitos en los que se le reconoce capacidad autonormativa. De esta forma de comprender el concepto de "integridad moral" podemos extraer las siguientes consecuencias:

En primer lugar, el reconocimiento de la integridad moral así entendido, viene a ratificar la validez de la propuesta realizada en torno al concepto de Persona en nuestra sociedad, dotando a la persona de capacidad autonormativa y concibiéndola, por tanto, como centro de poder. Con ello, se están delimitando formalmente los límites máximos de extensión del *ius puniendi* por razón de la competencia.

En segundo lugar, de la existencia de dos órdenes distintos y competentes ambos para regular la conducta del sujeto y generar deberes de actuación, se desprende que pueden existir puntos de intersección en los que ambos emitan normas que, en algunos supuestos pueden ser contradictorias. De hecho, ya se ha afirmado que Derecho penal y Moral son como círculos concéntricos con puntos de intersección¹⁴.

La solución de estos conflictos pasa por decidir a cual de los dos sujetos con capacidad normativa —estado e individuo— corresponde la competencia para regular esa conducta. Cuando corresponda al estado, deberá *prima facie*, primar su regulación que, sin embargo, cederá terreno cuando corresponda al individuo. Los ámbitos de competencia han de delimitarse a partir de la Constitución y de los principios básicos del sistema social democrático. Y, finalmente, el consentimiento del individuo es esencial para intervenir en los ámbitos de competencia autonormativa del propio sujeto.

Como consecuencia, **al sujeto solo le es exigible aquella conducta cuya competencia corresponda al *ius puniendi*.** La tensión existente entre el *ius puniendi* y la capacidad autonormativa del sujeto (no en otra cosa

¹⁴ SORIANO, R., *Sociología del Derecho*, cit., p. 211.

consiste la libertad en sentido negativo) es continua y en un sistema penal democrático ha de resolverse *in dubio, pro libertatis*.

III. PROPUESTA: JUICIO DE EXIGIBILIDAD EN TRES NIVELES

I) El juicio de exigibilidad lo ha realizado en ocasiones, con carácter general y previo el propio legislador en la Ley penal y, entonces, ha introducido expresamente causas de exclusión de la culpabilidad. En estos supuestos, que responden a supuestos de "no-exigibilidad" admitidos por la generalidad de la doctrina, dados los requisitos legales para la apreciación de la circunstancia, el juez ha de concluir que la conducta no era exigible y, por tanto, el sujeto no es culpable. Pero el legislador no ha podido prever todos los posibles supuestos de "no-exigibilidad", por razones obvias. En los supuestos no previstos expresamente en la Ley penal como de exención de responsabilidad por "no-exigibilidad", *prima facie*, rige la pretensión de validez normativa, pero cuando surja la duda, planteada por el destinatario de la norma, el juez habrá de comprobar si, dentro de los niveles a continuación expondremos, la conducta era exigible o no.

Con ello se está dando respuesta positiva a la pregunta que habíamos dejado abierta al inicio del capítulo, sobre la posibilidad de apreciar causas supralegales de exclusión de la culpabilidad por "no-exigibilidad" de la conducta (establecida en la norma). A esta conclusión hemos llegado a partir de (a) la adecuación de la categoría dogmática de la culpabilidad a un nuevo modelo de sujeto destinatario de la norma; (b) de la re-definición de las relaciones entre sujeto y *ius puniendi* y (c) de la aplicación a la categoría de la culpabilidad (como elemento dogmático del delito) de criterios teleológicos derivados del fin de la norma penal y político-criminales derivados del modelo de sociedad democrática y tecnológica actual. Como consecuencia, en contra de la doctrina prácticamente unánime, defendemos la tesis de que, para imponer una pena será necesario constatar en el

supuesto concreto que la conducta impuesta por la norma le era exigible al individuo también por razones lógicas derivadas de la validez racional de la norma primaria y no meramente por razones de imposición coercitiva del estado (donde se ocultan pretensiones expansivas del Derecho penal junto a tentativas autoritarias ocultas bajo la justificación de la prevención general o del mantenimiento del orden social).

Finalmente, resta aún otro posible argumento adicional a favor de la solución ofrecida en el que me gustaría detenerme y, que, a la espera de profundización en posteriores trabajos, avanzo provisionalmente: De una interpretación *sensu contrario* del art. 4.3 del CP que contiene una norma expresa dirigida al Juez en la que le indica que la norma secundaria prima, en todo caso, sobre sus opiniones personales, puede deducirse que, respecto de los ciudadanos no jueces, la norma primaria "*no prima en todo caso*". Si el principio general de nuestro ordenamiento fuera el de la validez de la norma jurídica (primaria y/o secundaria), en todo caso y sin admitir ninguna posibilidad de disenso, no sería necesaria la norma del art. 4.3 del CP. Y si esta norma –art. 4.3– sólo se refiere a la validez absoluta como norma de conducta –en todo caso– de la norma secundaria sobre sus destinatarios (los jueces) imponiéndose sobre cualquier conflicto de razones, cabe colegir que no existe una imposición tan imperativa respecto de la norma primaria sobre sus destinatarios (ciudadanos).

Como consecuencia, implícitamente el propio CP estaría admitiendo que, más allá de los supuestos de disenso admitidos como no exigibles, pueden existir supuestos en los que el sistema penal reconozca la relevancia exculpante del disenso; y como consecuencia, estaría admitiendo el presupuesto fundamental de esta propuesta, es decir, que la norma se constituye como una razón lógica cuya legitimación, en un sistema democrático, se deriva de su pretensión de racionalidad y de la superación racional y no meramente impositiva, de los conflictos de razones.

El cambio de paradigma sobre el que construir el fundamento legítimo de la culpabilidad (concepto material de culpabilidad) invita a pensar que, a partir de un nuevo fundamento de la culpabilidad se podría ini-

ciar incluso una revisión del concepto formal de culpabilidad y sus consecuencias.

II) La exigibilidad, entendida como posibilidad de exigir por parte del *ius puniendi* un comportamiento acorde con la norma jurídico-penal constituye la base de la culpabilidad como elemento dogmático del delito. El juicio de exigibilidad se realizará en sentido positivo mediante la comparación entre el Modelo jurídico ideal de Destinatario de la norma de basado en el concepto o modelo de Persona propuesto –modelo paradigmático– y la situación y características personales del sujeto real. Para ello, proponemos un modelo de juicio, que se realizará en tres niveles:

1. Primer nivel del juicio de exigibilidad: Respeto a la integridad moral

El límite de la exigibilidad por razón de la materia y de la competencia viene determinado por el poder autonormativo del destinatario de la norma. Como consecuencia sólo son exigibles conductas cuya competencia normativa corresponda al *ius puniendi*.

La respuesta judicial al objetor de conciencia al servicio militar podría ser revisada desde este criterio. Este supuesto parece que ha dejado de ser problemático en España tras la supresión del servicio militar obligatorio, pero podría darse en otros supuestos relacionados con la libertad religiosa. En este caso, el estado actuó dando la posibilidad de cumplir "con la patria" realizando labores, en principio, ajenas a lo militar con la finalidad de evitar la eficacia de los argumentos de conciencia. En mi opinión, solo razones absolutamente excepcionales justificarían la imposición de trabajos militares o no por una sociedad sobre un individuo o un grupo de ellos y significaría el desprecio más absoluto del modelo de Persona como centro de poder social que debe ser respetado por la sociedad.

Este límite en cualquier caso funcionaría, exclusivamente, respecto de las propias actuaciones y no podría servir para exculpar al sujeto que impu-

so sus convicciones a terceras personas –menores o incapaces, sobre todo– aunque éstos dieran su consentimiento¹⁵ cuando se tratara de la lesión de bienes jurídicos fundamentales –vida, salud, educación– (porque la competencia lo es respecto del propio comportamiento y dirección de vida y no respecto del comportamiento y dirección de vida de terceros).

A las situaciones en las que el destinatario no reconoce la racionalidad de la norma para generar un deber de conducta los he denominado disensos normativos, que pueden ser ideológicos o prácticos. El disenso ideológico a su vez, puede ser absoluto, cuando no se comparte en absoluto el valor que propugna la norma; o relativo cuando el disenso afecta a la jerarquía valorativa.

En el disenso práctico el destinatario reconoce el valor defendido por la norma pero se ve forzado por la necesidad a incumplirla. Si el disenso práctico ha ido abriéndose paso con el tiempo como supuestos de "no-exigibilidad", el disenso ideológico –calificado en ocasiones como estado de necesidad interno por la jurisprudencia– ha sido escasamente admitido por los Tribunales y solo por la vía de la atenuante analógica del art. 21.6 del CP al reconocer que en estos casos el sujeto actuó bajo una "presión motivacional". Por lo demás, el TS es unánime al negar eficacia justificante al disenso ideológico y es mayoritaria la postura que también le niega eficacia disculpante o atenuante, vía eximente incompleta o atenuante analógica respecto del estado de necesidad.

Pero lo cierto es que en alguna ocasión, la jurisprudencia ha admitido que quien se encuentra en una situación de disenso normativo ideológico y en una situación de anomia débil y, por tanto, no admite la norma como válida por no ser racional (en el sentido de no ser conforme al valor que él considera preeminente) con la concurrencia de deberes subjetivos de actuación contradictorios, no tiene la misma posición jurídica frente a la norma que quien admite la racionalidad de la norma, pero, simplemente no le interesa cumplirla. El principal problema será determinar, caso por caso, la existencia del conflicto y su virtualidad.

¹⁵ Salvo que éste fuera válido y entonces serían ellos quienes consintieran.

Desde un punto de vista político-criminal puede ser conveniente revisar las soluciones dadas a estos problemas porque un Derecho penal que no quiere ver mermada su credibilidad no puede permitirse por razones estratégicas, incumplimientos de conciencia reiterados.

Otro argumento para justificar la necesidad de admitir estas clases de disenso se deriva del tratamiento teórico dado en la literatura a estas situaciones cuando es un grupo social muy importante, por numeroso, quien disiente. Se trataría de un supuesto de rechazo –ya no individual, sino grupal o social según el número de disidentes– del bien jurídico protegido, lo que, desde el punto de vista político, permitiría reclamar una modificación de la ley penal. Si fuera así, parece poco democrático admitir que, en tanto no se modifique la ley penal, a los disidentes consecuentes se les impondrá una pena –que posteriormente en algunos casos al menos, será indultada–. En estos supuestos de disenso, el trato no debe ser distinto respecto del individuo en función del número de personas que comparten el disenso, pues esta circunstancia numérica sí que no debe ser relevante para la aplicación de la ley penal. En un Derecho penal democrático, la solución a estos conflictos ha de darse, no por vía política (indultos, reforma legislativa) –sin perjuicio de ésta– sino por la vía jurídica.

Además, el análisis de estos casos-límite permitirá extraer quizá, en una investigación contrafáctica nuevos argumentos para explicar la fundamentación de la culpabilidad, esto es, la culpabilidad material. La admisión de la relevancia de estos posibles supuestos puede realizarse por dos vías:

1. de origen político: la inclusión expresa de nuevas causas de exclusión de la culpabilidad
2. de origen dogmático: a partir de un concepto de culpabilidad material que parta de un concepto de destinatario de la norma (modelo ideal de Persona) adecuado a un sistema democrático, plural y complejo.

El tratamiento teórico dogmático es previo a la inclusión de nuevas causas de exclusión de la culpabilidad expresamente en la Ley penal, pues sólo cuando exista una posición admitida indubitadamente o de forma ma-

yoritaria se legislará expresamente sobre ello. Sin embargo, ello no quiere decir que el debate doctrinal esté cerrado.

2. Segundo nivel del juicio de exigibilidad: Principio de respeto a la Dignidad de la Persona

En ámbitos de competencia del *ius puniendi* no son exigibles aquellas conductas que atenten contra el principio de respeto a la Dignidad de la persona entendido como respeto al mejor de los posibles estatutos jurídicos reconocido a las personas por el ordenamiento jurídico.

En la búsqueda de un concepto material de culpabilidad con fines legitimadores aparece una y otra vez el principio de respeto a la Dignidad de la persona¹⁶, en relación con el principio de culpabilidad, entendido en el sentido más amplio de los posibles, y especialmente, cuando se trata de afirmar que del principio de culpabilidad se desprende la exigencia de la concurrencia del elemento dogmático "culpabilidad" como elemento del concepto de delito para la imposición de una pena. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en escasas ocasiones sobre los fundamentos constitucionales del principio de culpabilidad, y cuando lo ha hecho, en realidad, se estaba refiriendo a la responsabilidad por el hecho (Derecho penal del hecho) afirmando la inconstitucionalidad del Derecho penal de autor. En definitiva, lo que venía a decir el Tribunal Constitucional¹⁷ es que

¹⁶ Así, entre otros muchos, CEREZO MIR, J., "Culpabilidad y pena" en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid 1982, p. 191. Del mismo, "El delito como acción culpable", cit., p. 21; JAEN VALLEJO, M., *Los principios superiores del Derecho penal*, Madrid 1999, pp. 42 a 44; GIMBERNAT ORDEIG, E., "Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal", cit, pp. 111 s.; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE y otros, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 64. En la doctrina alemana, véase por todos, BAUMANN, J./WEBER, U./MISTCH, W., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 10ª ed., Bielefeld 1995, p. 379.

¹⁷ Más ampliamente sobre la doctrina del Tribunal Constitucional puede verse ALVAREZ GARCIA, F.J., *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Valencia 1999, pp. 50 ss.

la culpabilidad (elemento dogmático del delito) derivará del "hecho" cometido y no de la personalidad del autor (STC 150/1991 de 4 de julio)¹⁸.

También se argumenta, que el reconocimiento de libertad al hombre se deriva de su dignidad; que la culpabilidad, directamente, deriva de la Dignidad de la persona pues la declaración de culpabilidad implica reconocerle su dignidad como persona y su dignidad como hombre. En definitiva, se trata de asentar el fundamento argumental de la exigencia de culpabilidad en el art. 10. 1 de la Constitución española y su reconocimiento de la Dignidad de la persona. En otros lugares, a los que me remito¹⁹, he tenido ocasión de analizar la utilización doctrinal y jurisprudencial de la expresión "Dignidad de la persona" o "Dignidad humana". Baste ahora recordar que, detrás de este concepto de Dignidad de la persona se ocultan ideas o valores comunes a nuestro sistema de pensamiento, sin embargo, no se ha procedido a su racionalización y explicitación. Por el contrario, una de las principales discusiones en torno a este tema es qué se considera "ser humano" o "persona". No quisiera reproducir aquí lo ya publicado en otro lugar, pese a que es un elemento fundamental en la reflexión sobre la culpabilidad. Sin embargo, sí creo interesante reproducir las conclusiones fundamentales a las que llegué y que pueden tener trascendencia en el concepto de culpabilidad.

Así, en primer lugar, pienso que es imprescindible distinguir el concepto jurídico de persona de otros "conceptos de persona" (filosófico, mo-

¹⁸ Véase también STC 65/1986 22 de mayo. Sobre el tema y sobre la posición de la jurisprudencia del TS puede verse QUINTERO OLIVARES, G., *Locos y culpables*, cit., p. 206.

¹⁹ Más ampliamente sobre el Principio de respeto a la Dignidad de la Persona, cabe destacar DE LA CUESTA AGUADO, P.M., "Dignidad de la persona y Derecho penal" en *Homenaje a D. Marino Barbero Santos*, de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO (Dir.), ed. Universidad de Salamanca, Salamanca-Ciudad Real 2001, pp. 209 ss; "El principio penal de respeto a la dignidad de la persona" en *Revista jurídica del Perú*, (18) 2001, pp. 201 a 226. También "La eficacia jurídico-penal del principio de respeto a la dignidad de la persona", en *Revista de Derecho Penal. Garantías constitucionales y nulidades procesales II*, 2001-2, Buenos Aires, pp. 27 ss.

ral, etc.) A tales efectos, persona será, en el ámbito penal, quien goza del estatuto jurídico que la personalidad otorga.

Desde una perspectiva filosófica, la Dignidad de la persona ha servido también como criterio definidor, por cuanto que diferenciador del ser humano²⁰, respecto de otras realidades vivas, desde una cultura filosófico-jurídica que puede estar entrando en crisis²¹, en relación con determinadas definiciones del concepto de "persona"²². La Dignidad de la persona, a partir de KANT se fundamenta, por un lado, en la consideración de que el hombre es un fin en sí mismo y, por otro lado, en el reconocimiento de la autonomía y libertad del ser humano²³. Este reconocimiento de la libertad

²⁰ RUIZ-GIMENEZ CORTES, J., "Comentario al artículo 10 de la CE", cit., p. 112.

²¹ Véase como ejemplo RIECHMANN, J., "La experimentación con animales" en *Bioética, derecho y sociedad*, de María Casado, Valladolid 1998, pp. 221 ss. También APARISI MIRALLES, A., *El Proyecto Genoma Humano: algunas reflexiones sobre sus relaciones con el Derecho*, Valencia 1997, pp. 105 ss.

²² Véase de HERNANDEZ-PACHECO, J., la página-web del día 5.04.99 bajo el título *Habermas, Rawls, Buchanan: consideraciones sobre el cambio de paradigma*. Sobre el "Yo" kantiano MUGUERZA, J., *Desde la perplejidad*, México 1996, p. 594 ss.

²³ Así KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de M. García Morente, 8ª ed., Madrid 1983. En idéntico sentido al del texto GRIMA LIZANDRA, V., *Los delitos de tortura y de tratos degradantes por funcionarios públicos*, cit., p. 60. Defiende la identificación "Dignidad-autonomía" –no sin contradicciones– MARTA GONZÁLEZ, A., *Naturaleza y Dignidad*, Pamplona 1996, p. 47 ss. Con ello no quiero restar importancia al pensamiento kantiano, pues como afirma con razón ATIENZA, M., "Diez errores frecuentes sobre la ética" en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. I, cit., p. 229, los ya clásicos principios de la bioética propuestos por BEACUCHAMP y CHILDRESS –Véase en PUIGPELAT MARTI, F., "Bioética y valores constitucionales" en *Bioética, derecho y sociedad*, cit., p. 52; BUISAN ESPELETA, L., "Bioética y principios básicos de la ética médica" en *Materiales de Bioética y Derecho*, de M. Casado (coord.), Barcelona 1996, p. 113 y GAFO, J., "Historia de una nueva disciplina: la bioética" en *derecho biomédico y bioética* de Carlos M. Romeo Casabona (coord.), Granada 1998, pp. 98 ss.– no son más que "el redescubrimiento de la ética kantiana". Pero tal vez deban ser completados desde una nueva perspectiva que comprenda la intersubjetividad como paradigma del pensamiento postmoderno.

de actuación humana, del libre albedrío, que en su momento fue designado como elemento fundamentador de la exigencia de responsabilidad penal mediante la fórmula de fundamentar el delito en la culpabilidad y ésta en el libre albedrío²⁴ ha sido, sin embargo, objeto de fuertes críticas en su formulación tradicional por la doctrina penal²⁵.

Por otro lado, el paradigma del subjetivismo a que responde la filosofía kantiana empieza a ser reinterpretado desde el paradigma de la intersubjetividad²⁶. Como consecuencia del cambio de paradigma, la subjetividad absoluta pasa a convertirse en *la subjetividad en la comunidad*. Desde esta perspectiva, el "principio práctico supremo" que KANT intenta al defender el carácter de fin-en-sí-mismo del hombre no es tanto ese carácter aisladamente considerado como "el recíproco reconocimiento que convierte en fines en sí a todos los seres racionales"²⁷. Efectivamente, según entiendo, es únicamente este mutuo y recíproco reconocimiento del carácter de "igual" el que permite el respeto de los derechos que se consideran inherentes al Hombre.

En mi concepción, entendido como símbolo²⁸, el concepto de Dignidad de la persona hace referencia al principio en virtud del cual todas las personas deben recibir el mismo trato (principio de igualdad de trato). Pero, más allá del simple principio de igualdad formal conlleva la idea de que el baremo por el que debe determinarse cual es el "trato igual" que ha de

²⁴ Sin perjuicio de que, en otros ámbitos, el libre albedrío sea considerado como un presupuesto que adopta todo sistema jurídico. Así puede verse LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo I, cit., p. 209. Más propiamente en el ámbito penal SCHÜNEMANN, B., "La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo" en *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, de B., Schünemann, (coord.), Madrid 1991, p. 155.

²⁵ Véase por todos, GIMBERNAT ORDEIG, E., "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?" ,cit., pp. 105 ss.

²⁶ MUGUERZA, J., *Desde la perplejidad*, cit., pp. 29 s.

²⁷ MUGUERZA, J., *Desde la perplejidad*, cit., p. 604.

²⁸ Véase respecto del concepto sociológico de símbolo y su papel en la comunicación GINER, S., *Sociología*, cit. p. 78.

dispensarse a toda persona viene determinado por el status jurídico reconocido a las personas por los textos internacionales que marcan los mínimos de protección personal de los individuos (Derechos Humanos). Es decir, el concepto de Dignidad de la persona hace referencia a que a toda persona le ha de ser reconocido el total conjunto de derechos y deberes que el más completo e ideal estatuto reconocido por los organismos internacionales reconozca como propio de las personas. En este sentido, cumple una función de inspiración positiva para el ordenamiento jurídico y puede hablarse de un **principio de respeto a la Dignidad de la persona (o principio de Dignidad de la persona) para expresar la obligación que tienen los poderes públicos y los individuos de respetar el conjunto de Derechos y deberes que constituyen el más favorable de los posibles estatutos jurídicos de la persona desde la perspectiva de DWORKIN de "un triunfo del individuo frente a la mayoría"**²⁹.

En nuestro ordenamiento jurídico, este estatuto vendría configurado por los Derechos y Libertades reconocidos en la Constitución y en los Textos legales y Tratados internacionales firmados por España a los que remite la Constitución en su art. 10. Como consecuencia, incluso dentro de su ámbito competencial, el *ius puniendi* no puede exigir conductas que signifiquen un menoscabo de los Derechos y facultades reconocidos expresa o implícitamente por el Estatuto de la Persona.

Este criterio permitiría exculpar a la mujer que habiendo sido objeto de técnicas de reproducción asistida, sin su consentimiento, queda embarazada y decide abortar. La conducta sería típica y antijurídica, pues no es subsumible en ninguna de las contempladas en el art. 20 de CP, tampoco es subsumible en los supuestos de aborto no punible previstos en el art. 417 bis del CP anterior –pues no es previsible que padezca o vaya a padecer ninguna enfermedad ni ella ni el feto–. Pero obligarla bajo la amenaza de la pena a seguir adelante con el embarazo significaría la lesión de los derechos fundamentales de la persona reconocidos en su mejor estatuto jurídico

²⁹ DWORKIN, R., *Los Derechos en serio*, cit.. Específicamente véase el "Ensayo sobre DWORKIN" que abre la obra, de A. CASALMIGLIA, p. 16.

3. Tercer nivel del juicio de exigibilidad: El principio de igualdad ante la ley

Cuando la norma penal regule conductas dentro del ámbito de competencias del *ius puniendi* y su cumplimiento no signifique respecto del destinatario de la norma el sacrificio intolerable del principio de respeto a la Dignidad de la persona, podría considerarse aún no exigible una conducta cuando, dadas las circunstancias, del juicio comparativo entre el Modelo de Persona y el caso concreto se desprenda que el sujeto no se encontraba en la situación de referencia o "modelo" a la que va dirigida la norma de forma que, su cumplimiento quebraría básicamente el principio de igualdad ante la ley.

La formulación del principio de igualdad ante la ley, incluso en sentido material, debe entenderse efectivamente como que los órganos del estado deben procurar y promover que, en idénticas o similares circunstancias todos/as los ciudadanos/as reciban igual o similar respuesta jurídica. La cuestión estriba entonces, en designar qué circunstancias han de ser tenidas en cuenta y cuáles no para configurar las situaciones jurídicas calificadas como idénticas o similares.

Esta cuestión generalmente se ha resuelto sobre la base del reconocimiento y el trato por igual a todos (o grupos determinados) de individuos, con abstracción de sus circunstancias personales. En general, el principio del libre albedrío ha servido para permitir la exclusión de otras circunstancias que no fueran la incapacidad de comprensión o supuestos muy graves de presión externa circunstanciales que inciden sobre la persona –hambre, miedo insuperable– de la valoración jurídica. Con matices, el hombre normal, el que es motivable o al que resulta asequible el mandato normativo, parte del mismo presupuesto: todas las personas son iguales, luego, el trato legal para todas ellas debe ser el mismo.

No puede negarse la importancia histórica del principio de igualdad ante la ley ni que se trata de un principio muy caro al Derecho penal liberal. Pero superadas las circunstancias históricas propias del liberalismo ilustra-

do, quizá sea el momento de profundizar en el conjunto de circunstancias que determinan "la normalidad" o el parámetro que genera "la" consecuencia jurídica igual. Con ello, no solo no se estará rompiendo el principio de igualdad sino que, por el contrario, cuanto más se maticen las circunstancias relevantes, más "igual" –o más adecuada– será la respuesta jurídica. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con el reconocimiento de la relevancia del error de prohibición. Se admite distinto tratamiento jurídico –materializado en la exclusión o atenuación de la pena– entre personas normales porque se reconoce que no es idéntica la situación en que se encontraba quién conoce que la norma le obliga, de quien desconoce –o cree– que en ese caso concreto, hacia él no se genera un deber jurídico de actuación. Y se admite, incluso, la relevancia del error vencible –imprudente–.

Por tanto, y puesto que la culpabilidad es el elemento del delito en el que se trata de valorar si para el caso concreto al concreto individuo le era exigible y en qué medida la adecuación de su comportamiento al mandato normativo, la profundización en la discriminación de circunstancias relevantes aunque sean mínimamente relevantes– significará una mayor profundización en el principio de igualdad ante la ley y también, una mayor profundización en el sistema democrático basado en el respeto al individuo.

La cuestión de la decisión de qué circunstancias deben ser relevantes, ha de partir de analizar las circunstancias, en general, concurrentes y valorar desde el punto de vista de la capacidad autonormativa del sujeto y en comparación con el modelo ideal de sujeto jurídico, la eventual incidencia en las posibilidades del individuo para adecuar su comportamiento a la norma.

La afirmación de la igualdad entre todos los individuos, ha sido en determinados momentos históricos motor de progreso. Pero también ha servido para ocultar de injusticia de sistemas penales –represivos– dirigidos a las clases socialmente marginadas con la finalidad de garantizar y mantener estructuras sociales no igualitarias o discriminadoras basadas en la existencia de desigualdades sociales (que son negadas por la apariencia de

igualdad formal entre los individuos) y privilegios reales de orden económico. La estricta aplicación del reconocimiento de la libertad del Hombre y el alegato del reconocimiento de la Dignidad que lo acompaña –como hijo de una instancia superior o en base a supuestas fundamentaciones racionales nunca explicitadas– ha sido también históricamente utilizado y sigue sirviendo precisamente para justificar la represión y la pena en estados autoritarios con lacerantes desigualdades sociales.

En nuestra sociedad no todas las posiciones sociales de todos los individuos son idénticas; sino que por el contrario, existen personas en situación de marginación, sin posibilidades de desarrollo personal ni expectativas de mejorar su situación debido a razones culturales, de formación, de drogodependencia, etc. De modo que, al lado de razones biológicas con incidencia en las posibilidades de adecuar el propio comportamiento, existen también razones de carácter social que hacen que todos los destinatarios de la norma jurídico-penal no se encuentren en idéntica situación frente a la norma. Y, sin ir más lejos, en España, una breve ojeada sobre el origen social y condiciones culturales, sociales y de expectativas de integración de todos los/as internos/as en centros penitenciarios y de los delitos que en mayor número son castigados con pena, exige que nos cuestionemos si, bajo el paradigma de la condición igual de las personas ante la ley no se estarán ocultando argumentos de defensa social –que es el eufemismo para designar en este caso la (o)presión de unos grupos sociales sobre otros– poco respetuosos con el individuo, en la medida en que, las exigencias de sacrificio que exige la ley penal a unos son menores que las que exige a otros en función de su situación social.

Rapidísimamente para justificar el anterior alegato, baste analizar los Datos estadísticos de la población reclusa ofrecidos por el Ministerio del Interior a fecha de 31 enero del 2001: el hecho de que entre el 80 y el 90% de los delitos cometidos sean delitos por tráfico de drogas o delitos contra la propiedad, realizados por personas de clases sociales más débiles económicamente, con menores expectativas de empleo, y menor nivel cultural exige como mínimo cuestionarse cada vez más el tabú de la aplicación del principio de igualdad ante la ley.

La prueba de que nuestro ordenamiento jurídico democrático es sensible a la necesidad de proceder a una extensión de la minuciosidad en la admisión de las circunstancias relevantes para la determinación de la posición jurídica en que se encuentra el sujeto (destinatario de la norma) ha sido la introducción en el art. 20.2 del estado de intoxicación plena y del síndrome de abstinencia. Frente a posturas defensistas, el legislador ha reconocido como relevantes por los efectos fisiológicos y psicológicos que implican las dos nuevas circunstancias –por cierto, muy relacionadas con los delitos que en mayor medida se cometen y por los que más penados/as hay cumpliendo actualmente pena privativa de libertad– (lo que significa el reconocimiento de la virtualidad de algunos disensos prácticos). En ambos casos –estado de intoxicación y síndrome de abstinencia– se está dando relevancia a una circunstancia de base biológica o fisiológica. La protección defensiva de la sociedad se mantiene, sin embargo, para los casos del art. 20.2 en las medidas de seguridad según el art. 95 que en su número 2 establece que se podrán imponer medidas de seguridad "si del hecho y de las circunstancias personales del sujeto se puede deducir un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos".

IV. EPÍLOGO

La investigación realizada ha partido de la revisión de los fundamentos materiales de la culpabilidad y de los conceptos de contenido material valorativo que tras ella se ocultan y que se utilizan como argumentos para legitimar la imposición de una pena. Un breve repaso histórico a la evolución del concepto de culpabilidad nos muestra que en nuestro sistema jurídico histórico español el vocablo "culpabilidad" aparece por un lado, como consecuencia de la sustantivación y extensión del significado de culpable –sujeto que es responsable penalmente de un delito imprudente– y, por otro, de la asunción del contenido significativo de "merecimiento" propio de un sistema retribucionista.

Desde el punto de vista filosófico, las aportaciones de la filosofía analítica de corte anglosajón (RAZ) y de las aportaciones de la filosofía del lenguaje *post-wittgensteiniana* (SEARLE, HART) nos sirven para explicar el modelo de funcionamiento del Derecho penal a través de la función de la norma jurídica primaria, así como para explicar los contenidos significativos, ahora racionalizados y concretados positivamente, de conceptos de contenido material con tendencia a la vaguedad (Dignidad de la persona, integridad moral...). Las aportaciones de HABERMAS a la sociología jurídica nos han ayudado a explicar y comprender el modelo social actual, definido como sociedad tecnológica y la función de integración de la complejidad –definida por la TEORÍA DEL CAOS– que cabe cumplir al Derecho, dirigido hacia un modelo de democracia participativa (CORTINA).

Desde un modelo normativista y no meramente coactivo del Derecho penal que prescinde en su fundamentación de las tradicionales teorías de la pena, y desde la adecuación a los conocimientos filosóficos actuales y a los sistemas sociales y políticos actuales, hemos redefinido el Modelo ideal de Destinatario de la norma jurídico-penal; abandonando insuficientes definiciones por acumulación de características circunstanciales que tratan de definir ontológicamente la esencia humana, para optar por una definición del Persona de corte social e intersubjetivo basada en el recíproco reconocimiento; en la capacidad de realizar afirmaciones que impliquen compromisos inferenciales y en la atribución de poder político y social al individuo –poder para actuar en la sociedad, poder para participar en el diálogo social y poder para regir su conducta en ámbitos de su competencia y para exigir el respeto de sus derechos frente a las mayorías (DWORKIN)–.

Las discrepancias entre la teoría filosófica y jurídica y la aplicación práctica en aquellos supuestos más conflictivos, nos ha invitado a poner en tela de juicio algunas afirmaciones en torno a tradicionales argumentos de fundamentación material de la culpabilidad, que aparece en su faceta más importante como momento dogmático limitador del *ius puniendi* en razón del respeto al poder político, social y autonormativo de la Persona. La aplicación efectiva de las causas de exculpación y su caracterización doctrinal han conducido a afirmar que si cabe en algunos supuestos la "no-exigibili-

dad" como fundamento de la exclusión de la culpabilidad, lógica y político-criminalmente también se puede afirmar que igualmente se debe fundamentar, pero ya en sentido positivo, la culpabilidad en la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma jurídica, argumento que ha sido apoyado por otros *de lege data*. Y, como consecuencia, aplicando un esquema de pensamiento de corte teleológico desde la función de la norma jurídico-penal y del Derecho penal –que ya ha sido utilizado en otros ámbitos por otros autores– se propone un modelo de "imputación" en tres niveles progresivos para fundamentar la exigibilidad del comportamiento adecuado a la norma como fundamento de la culpabilidad –y, como consecuencia, delimitar los supuestos de "no-exigibilidad"–. Para ello, hemos dotado de contenido normativo al concepto jurídico de "integridad moral" (primer nivel de exigibilidad) y al que hemos denominado principio de respeto a la Dignidad de la persona (segundo nivel de exigibilidad), y hemos realizado una interpretación del principio de igualdad ante la Ley acorde con la propuesta material de Justicia realizada por RAWLS (tercer nivel de exigibilidad).

La propuesta está abierta y necesitada de debate, análisis y matización. Pero, entiendo que en este trabajo se han conseguido fijar sus bases filosóficas, socio-políticas, constitucionales y terminológicas del fundamento legitimante de la culpabilidad o, lo que es lo mismo, del concepto material de culpabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ACHENBACH, K.**, "Imputación individual, responsabilidad, y culpabilidad" en *el sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales* de Schünemann, B., Madrid 1991, pp. 134 ss.
- *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schulddlehre*, Berlin 1974.
- ALARCOS LLORACH, E.**, *Gramática de la Lengua española*, Madrid 1995.
- ALCHOURRON, C./ BULYGIN, E.**, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid 1991.
- ALEGRE MARTINEZ, M.A.**, *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, León 1996.
- ALLFELD, Ph.**, *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, 8ª ed., Leipzig-Erlangen 1892.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.** *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Valencia 1999.
- "La reeducación y reinserción social en el momento de la conminación" en *El nuevo Derecho penal. Estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz* de G. Quintero Olivares y F. Morales Prats, Pamplona 2001, pp. 35 ss.
- AMELUNG, K.**, "Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación politico-criminal de Roxin" en *el sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales* de B. SCHÜNEMANN, Madrid 1991, pp. 94 ss.
- ANTON ONECA, J.**, "El CP de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco" en *ADPCP* 18 (1965), pp. 473 a 495.
- AROCHA MORTON, C.A.**, "Contribución al estudio de la culpabilidad como concepto jurídico" en *ADPCP* 10 (1953), pp. 371 ss.
- ATIENZA, M./ RUIZ MANERO, J.** *Las piezas del Derecho, Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona 1996.
- AUSIN, F.J./PEÑA, L.**, "Los derechos positivos desde una perspectiva analítica" en *Actas del Congreso de la Filosofía Analítica en el cambio de Milenio*, de M.S. de Mora, A. Ibarra, E. Pérez Sedeño e I. Sánchez Balmaseda (eds.), San Sebastián 2000, pp.675 ss.
- AUSTIN, J.L.**, "Emisiones realizativas", traducción de Alfonso García Suárez en *La búsqueda del significado* de Luis Ml. Valdés Villanueva, Madrid 1995, pp. 415 ss.
- AUSTIN, J.L.**, *Palabras, acciones e ideas*, Buenos Aires, 1971.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.**, "Principio de culpabilidad e individualización de la pena" en *El nuevo CP: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Angel Torío López*, Granada 1999, pp. 33 ss.
- BALDÓ LAVILLA, F./ SILVA SÁNCHEZ, J.M.** "Introducción al pensamiento penal de la ilustración española. Ley penal y delito en Manuel de Lardizábal y Uribe" en *Documentación jurídica*. Tomo XV 1988, pp. 1610 ss.

- BARATTA, A.**, "Integración prevención: Una "Nueva" fundamentación de la Pena dentro de la Teoría sistemática" en *Doctrina Penal* 29 (1985), pp.3 ss.
- BARCELONA, P.**, *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, Valladolid 1992.
- BASELGA, E./URQUIJO, S.**, *Sociología y violencia*, Bilbao 1974.
- BAUCELLS I LLADÓS, J.**, *La delincuencia por convicción*, Valencia 2000.
- BAUMANN, J./WEBER, U./MITSCH, W.**, *Strafrecht. AT.*, 10ª ed., Bielefeld 1995.
- BAYON MOHINO, J.C.**, *La normatividad del Derecho: Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid 1991.
- BECCARIA, C.**, *De los delitos y de las penas*, Buenos Aires 1974.
- BECK, U.**, *La sociedad del riesgo, hacia una nueva modernidad*, Barcelona 1998.
- BELING, E.**, *Grundzüge des Strafrechts*, 8º y 9º ed., Tübinga 1925.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., FERRÉ OLIVÉ, J.C., SERRANO PIEDECASAS, J.R., GARCÍA RIVAS,N.**, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Barcelona 1999.
- BERSTEIN, A.**, *La pena-retribución y las actuales concepciones criminológicas*, Buenos Aires 1982.
- BETEGÓN, J.**, *La justificación del castigo*, Madrid 1992.
- BETTIOL, E.**, *Instituciones de Derecho penal y procesal*, trad. F. Gutierrez-Alviz y Conradi, Barcelona 1977.
- BINDING, K.**, *Die Normen und ihre übertretung*, Band II, Leipzig, 1ª ed., 1877. 2ª ed. Leipzig 1914.
- *Grundriss des deutschen Strafrecht, AT*, Leipzig 1913.
- *Handbuch des Strafrecht*, Leipzig 1885.
- *Die Schuld im deutschen Strafrecht*, Leipzig 1919.
- BORJA JIMENEZ, E.**, Algunos planteamientos dogmáticos en la Teoría Jurídica del Delito en Alemania, Italia y España en *CPC* 63 (1997), pp. 595 ss.
- BOTTKE, W.**, "La actual discusión sobre las finalidades de la pena" en *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, de J.M. Silva Sánchez (ed.), Barcelona 1997, pp. 41 ss.
- BRANDT, R.B.**, *Teoría ética*, trad. de Esperanza Guisan, 3ª reimpresión, Madrid 1998.
- BREIDENBACH, M.**, *Commentar über das Grossherzoglich Hessische Strafgesetzbuch*, Darmstadt 1842.
- BUSTOS PUECHE, J.E.**, *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, Madrid 1997.
- BUSTOS RAMÍREZ, J.**, "El principio de culpabilidad en el anteproyecto de CP" en *Documentación jurídica. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del nuevo CP* 37/40 volumen 1, 1983.
- "Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología" en VV.AA., *El pensamiento criminológico II*, Barcelona 1983.
- BUSTOS RAMÍREZ, J./HORMAZÁBAL MALARÉE, H.**, *Lecciones de Derecho penal*, Madrid 1997; *Lecciones de Derecho penal II*, Madrid 1999.
- CALSAMIGLIA, A.**, "Ensayo sobre Dworkin" en *DWORKIN, R., Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, 2ª reimpresión, Barcelona 1995.

- CALLIESS, R.P.**, "Strafwecke und Strafrecht" en *NJW* (1989), pp. 1938 ss.
- CAMPBELL, T.**, *Siete teorías de la sociedad*, Madrid 1988.
- CANCIO MELIA, M.**, "La Teoría de la Adecuación Social en Welzel" en *ADPCP* 44 (1993), pp. 698 ss.
- CÁRCOVA, C.M.**, *La opacidad del Derecho*. Valladolid 1998.
- CARBONELL MATEU, J.C.**, "El sistema de justificación en el artículo 20 de CP de 1995" en *El nuevo Derecho penal. Estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz* de G. Quintero Olivares y F. Morales Prats, Pamplona 2001, pp. 121 ss..
- CARRIÓ, G. R.**, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires 1986.
- CASPER**, *Juristischer Realismus und politische Theorie im americanischer Rechtsdenken*, Berlín 1967.
- CASSESE, A.**, *Los Derechos Humanos en el mundo contemporáneo*, trad. de A. Pentimalli Melacrino y B. Rivera de Madariaga, Barcelona 1991.
- CASTILLA DEL PINO, C.**, *La culpa*, Madrid 1981.
- CASTRO CID, B.**, *Problemas básicos de filosofía del derecho: desarrollo sistemático*, Madrid 1997.
- CEREZO MIR, J.**, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid 1982.
- "El delito como acción culpable" en *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*, edición de C. M. Romeo Casabona, Tenerife 1996.
- "Alteraciones de la percepción" en *El nuevo Derecho penal. Estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz* de G. Quintero Olivares y F. Morales Prats, Pamplona 2001, pp. 143 ss.
- CLOWARD, R. Y OHLIN, L.**, *Delinquency and opportunity: A Theory of Delinquent Gangs*, Nueva York, 1960.
- COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T.** *Derecho Penal. Parte general*, Valencia 1990.
- COBO DEL ROSAL, M.**, (dir) *Comentarios al CP TOMO I. Artículos 1 a 18*, Madrid 1999.
- COHEN, M./ NAGEL, E.**, *Introducción a la lógica y el método científico*, Buenos Aires, 1983.
- COLLETTI, L.**, *La superación de la ideología*, trad. de María Luisa Rodríguez, Madrid 1982.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L.**, *Honor, intimidad e imagen*, Barcelona 1996.
- CÓRDOBA RODA, J.**, *Culpabilidad y pena*, Barcelona 1977.
- CORTINA, A.**, *Ética aplicada y democracia radical*, Madrid 1993.
- *Hasta un pueblo de demonios. Ética pública y sociedad*, Madrid 1998.
- CREVILLEN SÁNCHEZ, C.**, *Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*, Madrid 1995.
- CUELLO CONTRERAS, J.**, "La Teoría de la Culpabilidad y el Error de Prohibición. La Reforma del CP de 25 de Junio de 1983, algunos años después" en *CPC* 32 (1987), pp 273 ss.
- *Culpabilidad e imprudencia*, Madrid 1990.
- DAHRENDORF, R.**, *Ley y orden*, trad. L.M. Diez-Pícazo, Madrid 1994.
- DAMPIER, W. C.**, *Historia de la ciencia y sus relaciones con la filosofía y la religión*, traducción Sánchez Gil, C., Madrid 1997.

- DE LA CUESTA AGUADO, P.**, "Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto" en *Revista de Derecho penal y Criminología* 6 (1996), pp. 137 ss.
- "El fundamento material de la culpabilidad" en *Cuestiones Fundamentales del Derecho penal*, Cádiz 1999, pp. 92 ss. Con el mismo título también en *Alé-Kumá* (9) 2000, (Colombia), pp. 15 ss.; y en *Revista jurídica del Perú*, (27) 2001, pp. 43 ss.
- "Dignidad de la persona y Derecho penal" en *Homenaje a D. Marino Barbero Santos*, de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO (Dir.), Salamanca-Ciudad Real 2001, pp. 209 ss. También en "El principio penal de respeto a la Dignidad de la persona" en *Revista jurídica del Perú*, (18) 2001, pp. 201 ss.; y en "La eficacia jurídica penal del principio de respeto a la dignidad de la persona" en *Revista de Derecho penal* 2001-2 (Buenos Aires), pp. 27 ss.
- "Un Derecho penal en la frontera del caos" en *FMU* (1) 1997, pp. 43 ss. También en *Cathedra*, (6) julio 2000, Lima, pp. 54 ss.
- DELMAS-MARTY, M.**, "A favor de los principios orientadores de legislación penal" en *ADPCP* 43 (1990), pp. 961 ss.
- DEMETRIO CRESPO, E.**, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca 1999.
- DÍAZ PALOS, F.**, *Teoría general de la imputabilidad*, Barcelona 1965.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.**, "Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error" *Cuestiones actuales de la teoría del delito* de D. M. Luzón Peña, M.I Díaz y García Conlledo, R. D. Herzberg, U. Kindhäuser, S. Mir Puig, J.M. Silva Sánchez, J. De Vicente Remesal, J. Wolter (dir.), Madrid 1999.
- "El error de prohibición: pasado, presente y futuro" en *El nuevo CP: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Angel Torío López*, Granada 1999, pp. 336 ss.
- DIEZ RIPOLLES, J.L.**, "Comentario a Person" en *ADPCP* 41 (Fasc. 3), 1988, pp 1082 ss.
- *Los elementos subjetivos del injusto. Bases metodológicas*, Valencia 1990.
- DORADO MONTERO, P.**, *Bases para un nuevo Derecho penal*, reimpresión, Buenos Aires 1973.
- *Naturaleza y función del Derecho*, Madrid 1927.
- DREHER, E.**, *Die Willensfreiheit*, Munich 1987.
- DWORKIN, R.**, *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, 2ª reimpresión, Barcelona 1995.
- ELSTER, J.**, "Régimen de mayorías y derechos individuales" en *De los derechos humanos* de S. Shute y S. Hurley (ed.), trad. de H. Valencia Villa, Valladolid 1998.
- ENGISCH, K.**, *Untersuchungen ubre Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht. Neudruck der Ausgabe*, Aalen 1964 (reedición de la edición de Berlín 1930).
- ESPINOSA LABELLA, M.**, "Las transfusiones de sangre a los testigos de Jehová: un conflicto entre el médico y enfermo" en *AP* (1996-2), pp 943 ss.
- FARNASARI, G.**, *Il principio di inesigibilità nel diritto penal*, Padua 1990.
- FERNANDEZ GARCÍA, E.**, *Filosofía, política y derecho*, Madrid 1995.
- FERRAJOLI, L.**, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero Bandrés, Valladolid 1997.

- "El Derecho penal mínimo" en *Poder y Control* 0, 1986, Madrid
- FIGUEREIDO DIAZ, J.**, "Culpa y Personalidad" en *CPC* 31 (1987), pp 5 ss.
- FILANGIERI**, *Ciencia de la legislación*, trad. de J. Ribera, Madrid 1822.
- FLOREZ MIGUEL, C.**, *Génesis de la razón histórica*, Salamanca 1983.
- "Comunidad ética y filosofía de la historia en Kant" en *Kant después de Kant* de MUGUERZA, J/ RODRÍGUEZ ARAMAYO, R., (ed.), Madrid 1989, pp. 207 ss.
- FRANK**, *Law and Modern Mind*, Nueva York 1935.
- FRANK, R.**, "Über den aufbau des Schuldbegriffs" en *Festschrift für die juristische Fakultät der Universität Giessen*, Giessen 1907.
- FREUND MARBURG, G.**, Der Zweckgedanke mi strafrecht? en *G.A.* 1995, pp 5 ss.
- FREUNDENTHAL, B.**, *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, Tübingen 1922.
- FRIED, CH.**, "Es posible la libertad" en *Libertad igualdad y derecho*, Barcelona 1988.
- FROMMEL, M.**, "Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel" en *ADPCP* XLII (1989), pp. 621 ss.
- GAFO, J.**, "Historia de una nueva disciplina: la bioética" en *Derecho biomédico y bioética* de Carlos M. Romeo Casabona (coord.), Granada 1998.
- GALLAS, W.**, *La teoría del delito en su momento actual*, trad. de J. Córdoba Roda, Barcelona 1959.
- GARCÍA ARÁN, M.**, "Culpabilidad, legitimación y proceso" en *ADPCP* 41 (1988), pp 71 ss.
- *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el CP de 1995*, Navarra 1997.
- "El llamado principio de culpabilidad: ¿no hay pena sin culpabilidad" en *El nuevo Derecho penal. Estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz* de G. Quintero Olivares y F. Morales Prats, Pamplona 2001, pp. 401 ss.
- GARCIA CARPINTERO, M.**, *Las palabras, las ideas y las cosas*, Barcelona 1996.
- GARCÍA de ENTERRÍA, E.**, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Madrid 1984.
- GARCÍA Y DÍAZ CONLEDO, M.**, "El error de prohibición: pasado presente y futuro" en *El nuevo CP: presupuestos y fundamentos, Libro homenaje al Prof. Dr. D. Angel Torio López*, Granada 1999, pp. 336 ss.
- GARCIA PABLOS, A.**, "La supuesta función resocializadora del Derecho penal: Utopía, mito y eufemismo" en *ADPCP* (1979), pp. 645 ss.
- GARCÍA PÉREZ, O.**, "Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia" en *ADPCP* 46 (1993), pp. 630 ss.
- GARCÍA SAN MIGUEL, L.**, *Notas para una crítica de la razón jurídica*, Barcelona 1990.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.**, *Derecho penal Introducción*, Madrid 2000.
- GARZÓN VALDÉS, E.**, *Derecho, ética y política*, Madrid 1993.
- GIDDENS A.**, *Modernidad e identidad del yo, el yo y la sociedad en la época contemporánea*, trad. de J. L. Gil, Barcelona 1994.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.**, *Estudios de Derecho penal*, 2ª ed., Madrid 1981..
- *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Madrid 1999.

- "La contrarreforma penal de 1995" en *El nuevo Derecho penal. Estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz* de G. Quintero Olivares y F. Morales Prats, Pamplona 2001, pp. 417 ss.
- GIMENEZ ALCOVER, P.**, *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhman*, Barcelona 1993.
- GINER, S.**, *Sociología*, Barcelona 1996.
- GOLDSCHMIDT, J.**, "Der Notstand, ein Schuldproblem" en *Österreiches Zeitschrift für Strafrecht* (1913), pp 129 ss. y 224 ss.
- GOLDSCHMIDT, J.**, "Normativer Schuldbegriff" en *Festschrift für Reinhardt von Frank*, T. I. Tübingen 1930, pp. 428 ss..
- GOLDSTEIN, R.**, *La culpabilidad normativa*, Buenos Aires 1960.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J.**, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal*, Madrid 1982.
- GONZÁLEZ CUSSAC**, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Valencia 1998.
- GONZÁLEZ ZORRILLA, C.** "Minoría de edad penal, y imputabilidad y responsabilidad" en *Documentación Jurídica. Monografía dedicado a la propuesta del anteproyecto de nuevo CP 37/40*, volumen 1º, Madrid 1983.
- GRACIA MARTÍN L.**, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo CP español*, Valencia 1996.
- GRACIA MARTÍN, L.**, "Culpabilidad y prevención de la moderna reforma penal española" en *AP 37* (1993), pp. 551 ss.
- GRIMA LIZANDRA, V.**, *Los delitos de tortura y de tratos degradantes por funcionarios públicos*, Valencia 1998.
- GROPP, W.**, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Berlin-Heidelberg, 2001.
- HABERMAS, J.**, *Ciencia y técnica como ideología*, trad. de M. Jiménez Redondo y M. Garrido, Madrid 1984.
- *Conciencia moral y acción comunicativa*, trad. de R. García Cotarelo, Barcelona 1991.
- *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid 1987.
- *Facticidad y validez*, trad. M. Jiménez Redondo, Madrid 1998.
- HÄLSCHNER, H.**, *Das gemeine Deutsche Strafrecht*, Bonn 1881.
- HARVEY, D.**, *The Condition of Postmodernity*, Oxford 1994.
- HASSEMER, W.**, *Persona, mundo y responsabilidad bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, trad. Franc. Muñoz Conde y M. Díaz Pita Valencia 1999.
- "Generalprävention und Strafzumessung" en *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt am M. 1979.
- ¿Alternativas al Principio de Culpabilidad? en *CPC 18* (1982), pp 474 ss.
- *Fundamentos del Derecho penal*, trad. de F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero, Barcelona 1984.
- "La Ciencia Jurídico Penal en la República Federal Alemana" en *ADPCP 46* (1993), pp 36 ss.
- HELLER, H.**, *Teoría del Estado*, México 1942.

- HERZOG, F.**, "Límites al control penal de los riesgos sociales", trad. de E. Larrauri y Pérez, *ADPCP 46* (1993), pp 318 ss.
- HIGUERA GUIMERÁ, J.F.**, *Las excusas absolutorias*, Madrid 1993.
- HIRSCH, A.**, *Censurar y castigar*, trad. de E. Larrauri, Madrid 1998.
- HIRSCH, H.J.**, "La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas" *ADPCP 46* (1993), pp 1100 ss.
- "Das Schuldprizip und seine Funktion integridad moral Strafrecht" en *ZStW 106* (1994), pp. 746 ss
- HORGAN, J.**, "De la complejidad a la perplejidad" en *Investigación y ciencia*, agosto, 1995.
- HRUSCHKA, J.**, Ordentliche und ausserordentliche Zurechnung bei Pufendorf en *ZStw 96* (1984), pp 661 ss.
- "Reglas de comportamiento y reglas de imputación" en *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, de Luzón Peña y Mir Puig, (coor.), Pamplona 1995, pp. 172 ss.
- HURTADO POZO, J.**, "El principio de legalidad, la relación de causalidad y la culpabilidad: reflexiones sobre la dogmática penal" en *Nuevo foro penal 39* (1988), pp. 11 ss.
- IHERING, R. VON**, *El fin en el Derecho*, Buenos Aires, Argentina, 1978.
- JAEN VALLEJO, M.**, *Los principios superiores del Derecho penal*, Madrid 1999.
- JAKOBS, G.**, *Derecho penal, parte general*, trad. de J. Cuello Contreras y J.L Serrano González de Murillo, Madrid 1995.
- *Estudios de derecho penal*, trad. de E. Peñaranda Ramos, C., J. Suárez González y M. Cancio Meliá, Madrid 1997.
- "Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas" trad. de M. Díaz Pita, en *ADPCP 45* (1992), pp. 214 ss. (También en *Estudios de Derecho penal*, trad. de C. Suárez González, Madrid 1997, pp. 127 ss.).
- *La imputación objetiva en derecho penal* trad. de M. Cancio Meliá, Madrid 1996.
- *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, Madrid 1996.
- JESCHECK, H.H.**, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de S. Mir Puig y M. Muñoz Conde, Barcelona 1981.
- JIMENEZ DE ASUA, L.**, *La idea de fin en el Derecho penal*, Valparaíso (Chile) 1984.
- JIMENEZ DE ASUA, L.**, *Tratado de derecho penal, tomo V La culpabilidad*, Buenos Aires 1976.
- JORGE BARREIRO, A.**, "La motivación judicial de la pena" *Problemas específicos de la aplicación del CP*, Madrid 2000, pp.40 ss.
- JUNQUERA DE ESTÉFANI, R.**, *Reproducción asistida, filosofía ética y filosofía jurídica*, Madrid 1998.
- KANT, I.**, *Crítica de la razón práctica*, trad. de J. Rovira Armengol, Buenos Aires 1961.
- *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de M. García Morente, 8ª ed., Madrid 1983.

- *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre Filosofía de la Historia*, trad. de C. Roldán Panadero y R. Rodríguez Aramayo, Madrid 1987.
- *Lecciones de ética*, trad. de R. Rodríguez Aramayo y C. Roldán Panadero, Barcelona 1988.
- KARGL, W.**, "Friede durch Vergeltung Über den Zusammenhang von Sache und Zweck im Strafbegriff" en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Bonn (2)1998, pp. 54 ss.
- KARGL, W.**, *Kritik des Schuldprinzips*, Frankfurt/Main 1982.
- KAUFMANN, A.**, "El Delito Culposo" en *NPP 5* (1976), pp. 467 ss.
- KAUFMANN, ARTHUR**, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-reschtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg 1961, 2ª ed. Heidelberg 1976.
- KELSEN, H.**, *Teoría pura del derecho*, trad. de R. J. Vernengo, México 1983.
- *¿Qué es justicia?*, trad. de A. Calsamiglia, Barcelona 1992.
- KINDHÄUSER, U.**, "La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad", *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, de D.M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, R. D. Herzberg, U. Kindhäuser, S. Mir Puig, J.M. Silva Sánchez, J. De Vicente Remesal, J. Wolter (dir.), Madrid 1999.
- KIRBY, M.**, "La libertad del hombre y el genoma" en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. I, Madrid 1994.
- KÖHLER, M.**, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlín-Heidelberg 1997.
- LACROIX, J.**, *Filosofía de la culpabilidad*, Barcelona 1980.
- LANDROVE DÍAZ, G.**, "Funciones y fines del derecho penal" en *Funciones y fines del derecho (Estudios en Honor del Prof. Mariano Hurtado Bautista)*, Murcia 1992.
- LARA ZAVALA, M.P.**, "Prologo" a **WELLMER, A.**, *Ética y diálogo, Elementos del juicio moral en Kant y en la ética del discurso*, Méjico 1994.
- LARENZ, K.**, *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. M. Rodríguez Molinero, Barcelona 1994.
- LARRAURI PIJOAN, E.**, "La mujer ante el Derecho penal" en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2 (1992), pp. 291 ss
- LASARTE ÁLVAREZ, C.**, *Principios de Derecho civil, Tomo I: Parte general y Derecho de la persona*, Madrid 1992.
- LUHMANN, N.**, *Complejidad y modernidad, de la unidad a la diferencia*, trad. de J. Beriain, y J. M. García Blanco, Valladolid 1998.
- LUHMANN, N.**, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. de I. Otto, Madrid 1983.
- LUZÓN PEÑA, D.M.**, "Observaciones sobre culpabilidad y pena en el CP de 1995" en *El nuevo CP: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Angel Torío López*, Granada 1999, pp. 161 ss
- "La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito" en *ADPCP 46* (1993), pp. 22 ss.
- "Alcance y Función del Derecho Penal" en *ADPCP 42* (1989), pp. 5 ss.
- *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid 1970.
- LYONS, D.**, *Ética y derecho*, trad. de M. Sierra Ramoneda, Madrid 1986.
- MAIHOFER, W.**, "Menschenbild und Strafreform" en *Gesellschaftliche Wirklichkeit im 20. Jahrhundert und Strafrechtsreform*, Berlin 1964.

- MALEN J.**, *Estudios de ética jurídica*, México 1996.
- MAYER, H.**, *Strafrecht*, Stuttgart 1953.
- MAPELLI CAFFARENA, B./TERRADILLOS BASOCO, J.**, *Consecuencias jurídicas derivadas del delito*, Madrid 1996.
- MARCOS GUTIÉRREZ, J.**, *Discurso sobre los delitos de las penas*, tomo III, sin lugar, sin fecha.
- MARINUCCI G.**, *El delito como acción crítica de un dogma*, trad. De J.E.. Sáinz-Cantero Caparrós, Madrid 1998.
- MARINUCCI, G.**, "Non C'E Dolo senza colpa" en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. 34 (1991), pp. 3 ss.
- MARTA GONZÁLEZ, A.**, *Naturaleza y Dignidad*, Pamplona 1996.
- MARTÍNEZ COLL, J. C.**, "Biología, economía y derecho" en *La evolución del derecho en los últimos diez años*, Madrid 1992.
- MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C.**, "La concepción significativa de la acción de T.S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito" en *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología* 01-13 (1999), disponible en línea en http://criminet.ugr.es/rpcpc/recpc_01-13.html, fecha de publicación 25.XI.99 (citado: 23.03.01)
- MARTINEZ-SICLUNA SEPÚLVEDA, C.**, *Legalidad y legitimidad: la teoría del poder*, Madrid 1991.
- MAURACH, R./ ZIPF, H.**, *Strafrecht, AT., Tb 1. Grundlehren des Strafrechts und Aufbau des Straftat*, 8. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg 1992.
- MERKEL, A.**, *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, Stuttgart 1889.
- *Die Lehre von Verbrechen und Strafe*, Stuttgart 1912,
- MERTON, R.K.**, *Teoría y estructura sociales*, México 1987.
- MEZGER, E.**, *Strafrecht*, Munich-Leipzig 1931.
- MIR PUIG, S.**, "Antijuricidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal" en *ADPCP* 47 (1994), pp. 5 ss.
- "El Error como causa de exclusión del Injusto y/o de la Culpabilidad en Derecho Español" en *La Ley* 1991, pp 1030 ss.
- *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., Barcelona 1982.
- "Función fundamentadora y función limitadora de la Prevención General Positiva" en *ADPCP* 39 (1986), pp. 49 ss.
- *La reincidencia en el CP español*, Barcelona 1974.
- *Derecho Penal, parte general*, 4 ed. Barcelona 1996.
- MOCCIA, S.**, "¿Bioética o Biodiritto?" en *Rivista italiana di Diritti e Procedura Penale* 3(1990), pp. 863 ss.
- MONTANO, P.J.**, "La responsabilidad de médicos y científicos ante las nuevas tecnologías biogenéticas" en Silva Sánchez, J.M., *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Barcelona 1997.

- MONTORO BALLESTEROS, A.**, "El derecho como sistema normativo: notas sobre su naturaleza preceptiva y su función educadora" en *Funciones y fines del derecho (Estudios en Honor del Prof. Mariano Hurtado Bautista)*, Murcia 1992, pp. 181 ss.
- MORALES PRATS, F.**, "Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora" en *CPC* 36 (1988), p. 683 ss.
- MORALES PRATS, F.**, "Precisiones conceptuales en torno a la culpabilidad: convenciones normativas y función individualizadora" en *El nuevo CP: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Angel Torio López*, Granada 1999, pp. 172 ss.
- MORESO, J.J.**, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid 1997.
- MORILLAS CUEVA, L.**, *Curso de derecho penal español, Parte general*, Madrid 1996.
- MORSELLI, E.**, "Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena" en *ADPCP* 48 (1995), pp. 265 ss.
- MUELLER, G.O./ADLER, F.**, "La emergencia de la justicia penal. Trazando la ruta hacia los tiempos del neolítico" en *CPC* 58 (1996), pp. 49 ss.
- MUGUERZA, J.**, "Las razones de Kant (En torno a la interpretación de la ética kantiana por José Gómez Cafarena)" en *Kant después de Kant* de Muguerza, J/ Rodríguez Aramayo, R., (ed.), Madrid 1989, pp. 630 ss.
- *Desde la perplejidad*, México 1996.
- MUÑOZ CONDE, F.**, "El principio de culpabilidad" en *III Jornadas de profesores de Derecho penal*, Santiago de Compostela 1975, pp. 219 ss.
- "La creencia errónea de estar obrando lícitamente" en *Estudios penales y criminológicos X*, Santiago de Compostela 1987, pp. 253 ss.
- "La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito" en *CPC* (1979), pp. 61 ss.
- "Política Criminal y Dogmática jurídico penal en la República de Weimar" en *Estudios penales y jurídicos. Homenaje al profesor doctor Enrique Casas Barquero*, Córdoba 1996, pp. 509 ss.
- "Introducción" en *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, de C. Roxin, Madrid 1981.
- *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 3ª ed., Valencia 2002.
- "Bases para una Teoría del Error orientada a las consecuencias" en *La Ley 1991-I*, pp. 1040 ss.
- *Derecho Penal y Control Social*, Jerez 1985.
- *Teoría general del delito*, 2ª ed., Valencia 1989.
- MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M.**, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Valencia 1996. 5ª ed., Valencia 2002.
- MUÑOZ GARCÍA, M. J.**, *El proceso a histórico de la codificación penal española*, Jerez de la Frontera 1994.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J.**, *Los delitos contra la integridad moral*, Valencia 1999.
- NAUCKE, W.**, *Strafrecht. Ein Einführung*, 9ª ed., Neuwied-Kriftel 2000.
- NAVARRO CORDÓN, J. M. Y CALVO MARTÍNEZ, T.** *Historia de la filosofía*, Madrid 1979.

- NINO, C.S.**, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires 1980.
- OTTO, H.**, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Strafrechtlehre*, 6ª ed., Berlin-Nueva York 2000
- PACHECO, J. F.**, *El CP concordado y comentado*, 2ª ed., Tomo I, Madrid 1856.
- *Estudios de derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid*, Madrid 1842.
- *CP concordado y comentado*, Tomo I, 2ª ed., Madrid 1956.
- PAREDES CASTELLON, J.M.**, "Límites de la responsabilidad penal individual en supuestos de comercialización de productos defectuosos: Algunas observaciones acerca del "Caso de la Colza"" en *PJ* 33, pp. 421 ss.
- PECES-BARBA MARTINEZ, G.**, "La libertad del hombre y el genoma" en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Vol. I, Madrid 1994.
- *Ética, poder y derecho*, Madrid 1995.
- *Derechos y derechos fundamentales*, Madrid 1993.
- *Ética, poder y Derecho*, Madrid 1995.
- PEREZ ALONSO, E.J.**, "La duda sobre la prohibición. Especial consideración de la Jurisprudencia del TS" en *ADPCP* (1995), pp. 72 ss.
- PÉREZ LUÑO, A.E.**, *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*, Madrid 1984.
- PÉREZ MANZANO, M.**, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid 1986.
- "Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena" en *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, de J.M. Silva Sánchez (ed.), Barcelona 1997, pp. 73 ss.
- PEREZ SANCHEZ, J.**, (coor.) *Bases psicológicas de la delincuencia y conducta antisocial*, Barcelona 1987.
- PERIS RIERA, J.M.**, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, Madrid 1995.
- PERRON, W.**, "Problemas principales y tendencias actuales de la teoría de la culpabilidad" en *Nuevo foro penal* 50 (1990), pp. 453 ss.
- PERRON, W.**, "Justificación y Exclusión de la Culpabilidad a la luz del Derecho comparado" en *ADPCP* 41 (1988), pp. 138 ss.
- POLAINO NAVARRETE, M.**, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Sevilla 1974.
- POLITOFF, S.**, "Sistema jurídico penal y legitimación política en el estado democrático de derecho" en *Nuevo foro penal* 45 (1989), pp. 313 ss.
- PORTILLA CONTERAS, G.**, "Torturas y otros delitos contra la integridad moral" en *Curso de Derecho penal español. Parte especial I*, Madrid 1996.
- POPITZ, H.**, *Die normative Konstruktion von Gesellschaft*, Tübingen 1980.
- POPPER, K.**, "La sociedad abierta y sus enemigos revisitada" en *Estudios de Filosofía*, Medellín 1990.
- POPPER, K.R.** *La responsabilidad de vivir*, Barcelona 1995.

- PRATS CANUT, J.M.**, "La culpabilidad: principio y categoría dogmática" en *El nuevo Derecho penal. Estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz* de G. Quintero Olivares y F. Morales Prats, Pamplona 2001, pp. 615 ss.
- PRIETO SANCHÍS, L.**, *Fines del derecho y satisfacción de necesidades en funciones y fines del derecho*, Murcia 1992.
- PUFENDORF, R.**, *De officio Hominis et civis secundum legem Naturalem*, Libri Duo, Tomo I, 1769.
- QUINTANAR DÍEZ, M.**, *La eximente de miedo insuperable*, Madrid 1998.
- QUINTANO RIPOLLES, A.**, *Derecho penal de la culpa (Imprudencia)*, Barcelona 1958.
- QUINTERO OLIVARES, G.**, "La responsabilidad ante las transfusiones de sangre" en *Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en evolución*, La Laguna 1997, pp. 169 ss.
- (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Pamplona 1996.
- "Franz Von Liszt y la ciencia penal española" *El nuevo CP: presupuestos y fundamentos*, Libro homenaje al Prof. Dr. D. Angel Torío López, Granada 1999, pp.194 ss.
- *Locos y culpables*, Pamplona 1999.
- QUINTERO OLIVARES, G./ MORALES PRATS, F./ PRATS CANUT, M.**, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1997.
- RADBRUCH, G.**, "Über den Schuldbegriff" en *ZStW* 24 (1904), pp. 333 ss.
- *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Berlín 1904.
- RAWLS, J.**, *Teoría de la justicia*, trad. M. D. González, Madrid 1995.
- RAZ, J.**, *Razón práctica y normas* trad. de J. Ruiz Manero Madrid 1991.
- REQUEJO COLL, F.**, *Teoría crítica y estado social. Neokantismo y socialdemocracia en J. Habermas*, Barcelona, 1991.
- REYES ALVARADO, Y.**, "Fundamentos teóricos de la imputación objetiva" en *ADPCP* 45 (1992), pp 933 ss.
- RIECHMANN, J.**, "La experimentación con animales" en *Bioética, derecho y sociedad*, de M. Casado, Valladolid 1998 pp. 221 ss.
- RODRÍGUEZ MESA, M.J.**, *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Granada 2000.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G.**, "Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad" en *RGLJ* (1965), pp. 759 ss.
- *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, Madrid 2002.
- *Derecho Penal. Parte General*, Madrid 1984.
- *Legítima defensa real y putativa en la doctrina del TS*, Madrid 1976.
- ROGEL VIDE, C.**, *Derecho de la persona*, Barcelona 1998.
- ROMEO CASABONA, C. M.**, (ed.), *Genética Humana*, Bilbao 1995.
- ROMERO, J.M.**, "Entorno y antecedentes del realismo jurídico americano" en *RFDUC* 68 (1983), pp. 143 ss.
- ROSENFELD, E.H.**, "Schuld un Vorsatz im Lisztschen Lehrbuch" en *ZStW* 31 (1911), pp. 497 ss.

- RÓSSNER, D.**, "Los imprescindibles deberes del derecho penal en el sistema de control social elementos de una teoría intercultural del derecho penal" en *Política criminal comparada, hoy y mañana*, de A. Beristain Ipiña (dir.), Madrid 1999, pp.153 ss.
- ROXIN, C.** *Culpabilidad y prevención en derecho penal* trad. de F. Muñoz Conde, Madrid, 1981.
- *Derecho penal, parte general*, trad. D.M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal, Madrid 1997.
- *Teoría del tipo penal, Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, trad. de E. Bacigalupo, Buenos Aires 1979.
- ¿Qué queda de la Culpabilidad en Derecho Penal? en *CPC 30* (1986), pp 671 ss.
- *Iniciación al Derecho penal de hoy*, traducción, introducción y notas de F. Muñoz Conde y D.M. Luzón Peña, Sevilla 1981.
- *Política criminal y sistema del derecho penal*, trad. de F. Muñoz Conde, Barcelona 1972.
- "La culpabilidad como criterio limitativo de la pena" en *Revista de Ciencias penales* (1973), pp. 16 ss.
- *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal*, trad. De J. Bustos Ramírez y H. Hormazabal Malarée, Barcelona 1992.
- RUIZ ANTÓN, L.F.**, "La acción como elemento del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras" en *El nuevo CP: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Angel Torio López*, Granada 1999, pp. 484 ss.
- RUIZ VADILLO, E.** "Algunas ideas sobre de la culpabilidad en la propuesta de anteproyecto de nuevo CP" en *Documentación jurídica. Monográfico dedicado la propuesta de anteproyecto de nuevo CP,37/40*, volumen 1º, 1983.
- RUIZ-GIMENEZ CORTES, J.**, "Comentario al artículo 10" en *Comentarios a las leyes políticas: Constitución Española de 1978*, Tomo II, de O. Alzaga Villaamil (dir.), Madrid 1984.
- SANCHEZ GARCIA, I.**, "El Principio constitucional de Proporcionalidad en el Derecho Penal" en *La Ley* 1994-4, pp. 1114 ss.
- SAVATER, F.**, *Diccionario filosófico*, Barcelona 1997.
- *Ética como amor propio*, Madrid 1988.
- SCARANO, L.**, *La non esigibilità nel diritto penale*, Nápoles 1948.
- SCHÖNKE/SCHRÖDER**, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26ª ed., Munich 2001.
- SCHÜNEMANN, B.**, "La política criminal y el Sistema de Derecho penal" en *ADPCP 44* (1991), pp. 693 ss.
- SCHÜNEMANN, B.**, "Sobre la crítica a la teoría de la prevención" en *Política Criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, de J.M. Silva Sánchez (ed.), pp. 89 ss.
- SCHÜNEMANN, B.**, "La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal preventivo" en *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid 1991, pp. 150 ss.
- SCHÜNEMANN, B.**, *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, trad. de J.M. Silva Sánchez, Madrid, 1991.

- SCHÜNEMANN, B., *Nulla poena sine lege?*, Berlín 1978.
- SCHÜTZE, Th. R., *Lehrbuch des Deutsche Strafrecht*, Leipzig 1871.
- SEARLE, J.R., "¿Qué es un acto de habla?", traducción de Luis Ml. Valdés Villanueva, en *La búsqueda del significado*, Madrid 1995, pp. 431 ss.
- SÉROUSSI, R., *Introducción al derecho inglés y norteamericano*, Barcelona 1998.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., "Sobre las actuaciones en una «situación de necesidad» deberes de tolerancia" en *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Madrid 1999.
- "Nuevas tendencias político criminales y actividad jurisprudencial del TS" en *Actualidad Penal* (1996), pp. 254 ss.
- Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Barcelona 1992.
- "Reflexiones sobre las bases de la política criminal" en *El nuevo CP: presupuestos y fundamentos, Libro homenaje al Prof. Dr. D. Angel Torío López*, Granada 1999, pp. 209 ss.
- *Política criminal y nuevo Derecho Penal*, Barcelona 1997, pp. 25 ss.
- SILVELA, L., *El derecho penal y estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, 2ª ed., parte 2ª, Madrid 1903.
- SINGER, M.G., *Generalization in Ethics*, Nueva York 1971.
- SORIANO, R., *Sociología del derecho*, Barcelona 1997.
- STEVENSON, L., *Siete teorías de la naturaleza humana*, trad. de E. Ibáñez Guerra, 10ª ed., Madrid 1986.
- STRATENWERTH, G., *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, trad. de E. Bacigalupo con la colaboración de A. Zugaldía Espinar, Madrid 1980.
- SUÁREZ PERTIERRA, G., *Constitución Española de 1978 en Comentarios a las Leyes Políticas*, Tomo II, de O. Alzaga Villamil, Madrid 1984.
- SUAREZ MONTES, R.F., "Artículo 5" en *Comentarios al CP*, dirigidos por M. Cobo del Rosal, Tomo I, Madrid 1999, pp. 165 ss.
- SUÁREZ VILLEGAS, J. C., *¿Hay obligación moral de obedecer al derecho?*, Madrid 1996.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, de G. Quintero Olivares y J.M. Valle Muñiz, Pamplona 1996.
- TARSKI, A., *Introducción a la lógica y a la metodología de las ciencias deductivas*, Madrid 1968.
- TAYLOR, I., WALTON, P., YOUNG, J., *La nueva criminología*, Buenos Aires 1975.
- TERRADILLOS BASOCO, J., *Peligrosidad social y estado de derecho*, Madrid 1981.
- TERRADILLOS BASOCO, J. y MAPELLI CAFFARENA, B., *Consecuencias jurídicas derivadas del delito*, Madrid 1996.
- THORNDIKE, E.L., *Educational Psychology*, vol. II, Nueva York 1913.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA C., *La disponibilidad de la propia vida en el derecho penal*, Madrid 1999.
- TORIO LOPEZ, A., "El concepto individual de Culpabilidad" en *ADPCP* 38 (1985), pp 284 ss.
- TORIO LOPEZ, A., "Racionalidad y relatividad en las Teorías Jurídicas del Delito" en *ADPCP* 42 (1989), pp. 489 ss.

- VALLS, R., "Ética para la bioética" en *Bioética, derecho y sociedad*, de M. Casado, Valladolid 1998, pp. 15 ss.
- VELASQUEZ, F., *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Santa Fe de Bogotá, 1997.
- VIRTO LARRUSCAIN, M.J., *El caso fortuito y la construcción del sistema de culpabilidad en el CP de 1848*, Bilbao, 1984.
- VIVES ANTÓN, T.S., *Fundamentos del sistema penal*, Valencia 1996.
- "Libertad de expresión y derecho al honor" en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, II-13, Homenaje al Prof. Sainz Cantero*, Granada 1987.
- *La libertad como pretexto*, Valencia pp. 243 ss., 1995.
- VON BAR, L., *Die Schuld nach dem Strafgesetze*, Berlin 1907.
- VON BURI, M., "Über kausalzusammenhang und dessen Zurechnung" en *GA* (1976), pp. 608-616; 717-728.
- VON BURI, M., *Über Causalität und deren Verantwortung*, 1873.
- VON HIPPEL, R., *Lehrbuch des Strafrecht*, Berlin 1932.
- VON HOLTZENDORFF, F., *Handbuch des Deutschen Strafrecht*, Berlin 1871.
- VON LISZT, F., Der Zweckgedanke im Strafrecht en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1883. *La idea de fin en el Derecho penal*, trad. de E. Aimone Gibson, Valparaíso (Chile) 1984.
- *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, 10ª ed. Berlin 1900; 14ª y 15ª ed., Berlin 1905; 20ª ed., Berlin 1914; 21ª y 22ª ed., Berlin-Leipzig 1919; 24ª ed., Berlin-Leipzig 1922.
- WALKER, N. *Why Punish?*, Oxford 1991.
- WELZEL, H., "Kausalität und Handlung" en *ZStW 51* (1931), pp. 703 ss.
- *Um die finale Handlungslehre*, Tubinga 1949.
- *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrecht in feinen Grundzügen*, Berlin 1940.
- WELLMER, A., *Ética y diálogo, Elementos del juicio moral en Kant y en la ética del discurso*, Méjico 1994.
- WHITEHEAD, A.N., *Modos de pensamiento* Madrid 1973
- WIESNST, E., *Pena e retibuzione*, Milán 1987.
- WILLIAMS, K.S., *Criminology*, Glasgow 1994.
- WITTGENSTEIN, L., *Conferencia sobre ética*, trad. F. Buriés, 2ª ed., Barcelona 1990.
- WOLF, E., *Strafrechtlliche Schuldlehre*, Mannheim-Berlin-Leipzig 1928.
- WOLTER, J., "La imputación objetiva y el sistema moderno de derecho penal" en *Omisión e imputación objetiva en derecho penal*, Madrid 1994.
- ZAFFARONI, E. R. *Teoría del delito*, Buenos Aires 1973.
- ZIPF,H., *Introducción a la política criminal*, trad. de M. Izquierdo Macías-Picavea, Madrid 1979.
- ZUGALDÍA ESPINAR, A., "Acercas de la evolución del concepto de culpabilidad", en *Estudios penales*, libro homenaje al profesor Antón Oneca, Salamanca 1982, pp.578 ss.
- ZUGALDÍA ESPINAR, A., *Fundamentos de Derecho penal*, Valencia 1993.

ISBN 84-9772-212-4



9 788497 722124