

CULPABILIDAD Y LIBERTAD*

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-M. Luzón Peña

diegom.luzon@uah.es

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alcalá, Madrid
Presidente de honor de la FICP (www.ficp.es)

Recibido: 01/05/2019 – Aceptado: 01/05/2019

Resumen

Es permanente la discusión de si es posible un concepto de culpabilidad como reprochabilidad basada en la libertad del sujeto o si por el contrario no se puede mantener tal concepto de culpabilidad porque la libertad humana no existe o no es demostrable en el caso concreto. Esta última posición, defendida siempre por los deterministas, se refuerza en los últimos tiempos por las tesis de las neurociencias. El trabajo rechaza estas posiciones, que afirman que la actuación del hombre está sometida, como todo en la naturaleza, a la ley de la causalidad ciega y que es un espejismo creer que podemos tomar racionalmente decisiones libres; y defiende por el contrario la posibilidad y conveniencia de que la culpabilidad como último elemento del delito se entienda como reprochabilidad basada en la libertad del hombre en condiciones normales. Pues el Derecho y la Constitución en España como en tantos otros países parten de la libertad humana y el libre desarrollo de la personalidad como axioma o aserto jurídico indiscutible, que a su vez se basa en la autoconciencia que las sociedades y los individuos tienen de sí mismos como seres libres y responsables.

■ Palabras-clave:

Culpabilidad; Responsabilidad;
Libertad; Determinismo;
Neurociencias

Abstract

■ Keywords:

Guilt; Liability; Freedom;
Determinism; Neurosciences

Permanent is the discussion whether a concept of guilt as reproachability or reprehensibility based on individual's freedom is possible, or, on the contrary, such a concept of guilt cannot be maintained because human freedom doesn't exist or is impossible to prove in each particular case. The latter opinion, always defended by determinists, is reinforced in recent times by the points of view of neurosciences. This paper rejects this opinions, which assert

* El presente artículo es una versión mucho más amplia y anotada de la conferencia invitada por la Facultad de Derecho de la Univ. de León que pronuncié con motivo de la festividad patronal de San Raimundo de Peñafort el 18 de enero de 2019 en el aula magna del edificio El Albéitar, sede del Rectorado de la Universidad.

that human behaviour is, same as everything in nature, subjected to the law or principle of blind causality, and that it is an illusion to believe that we can rationally make free decisions; it defends, on the contrary, the possibility and opportunity of understanding guilt, as the last element of crime, as reproachability based on human freedom in normal conditions. Then Law and Constitution in Spain, same as in so many other countries, start from human freedom and free development of personality as indisputable legal axiom or assertion, which is itself based on the self-conscience that societies and individuals are free and responsible beings.

Zusammenfassung

Es wird ständig thematisiert, ob ein Schuldbegriff als auf die Freiheit des Subjekts gestützte Verwerflichkeit möglich ist, oder ob ein solcher Begriff nicht vertreten werden darf, weil die menschliche Freiheit nicht existiert bzw. in dem konkreten Fall nicht beweisbar ist. Diese letzte, von den Vertretern des Determinismus verteidigte Meinung wird in der letzten Zeit durch die von den Neurowissenschaften formulierten Thesen verstärkt. Der vorliegende Beitrag lehnt solche Thesen ab, die zum Inhalt haben, das menschliche Verhalten sei wie alles in der Natur dem Gesetz der blinden Kausalität unterworfen, und es sei eine Fata Morgana zu behaupten, dass die Menschen rationale Entscheidungen treffen dürfen. Dagegen wird hier vertreten, dass es möglich und angebracht ist, die Schuld als letztes Merkmal des Verbrechens als auf die Freiheit des Menschen unter normalen Bedingungen gestützte Verwerflichkeit zu verstehen. Denn sowohl die Rechtsordnung als auch die Verfassung in Spanien wie auch in vielen anderen Staaten gehen von der menschlichen Freiheit sowie der freien Entfaltung der Persönlichkeit als Axiom oder indiskutablen rechtlichen Ansatz aus, der sich seinerseits auf das Selbstbewusstsein stützt, das die Gesellschaften und die Individuen von sich selbst als freie und verantwortliche Wesen haben.

■ Schlüsselwörter:

Schuld; Verantwortlichkeit;
Freiheit; Determinismus;
Neurowissenschaften

I. Introducción – II. Evolución histórica de la culpabilidad y concepciones actuales: 1. Concepción psicológica de la culpabilidad; 2. Concepción normativa de la culpabilidad: reprochabilidad, libertad, exigibilidad; 3. Negadores o negacionistas: posiciones negadoras de la culpabilidad; 4. Panorama actual: concepción normativa y otras concepciones: a) Mantenimiento del nombre culpabilidad o denominaciones distintas; b) Las distintas concepciones y el concepto material de culpabilidad; c) Concepciones basadas en fundamentos empíricos o fácticos: 1) Normalidad, motivabilidad o determinabilidad (y prevención); 2) Accesibilidad normativa: ¿criterio empírico o normativo?; d) Concepciones basadas en fundamentos normativos axiológicos o teleológicos: 1) Poder actuar de otro modo o libertad de decisión: a') Posiciones que se basan en la afirmación de la libertad de voluntad o de decisión; b') Posiciones que rechazan la afirmación de la libertad de voluntad o de decisión: determinismo, agnosticismo contrario a la reprochabilidad; c') Respuestas al rechazo de la libertad como base de la culpabilidad; 2) Accesibilidad a la norma como culpabilidad. Responsabilidad (prevención general y especial) además de culpabilidad: Roxin: a') Posiciones iniciales; b') Posición actual; c') Accesibilidad normativa como culpabilidad – III. Posición personal: reprochabilidad jurídica-penal individual y valoraciones normativas: 1. La reprochabilidad jurídica-penal individual y sus bases; 2. Libertad: fundamento empírico y normativo. Libertad como presupuesto volitivo de la posibilidad de determinación por la norma: a) La aceptación de la autoconvicción social de la libertad de decisión de los humanos salvo en condiciones anormales; b) Respuesta a las posiciones deterministas y, en particular, a las tesis mayoritarias en las neurociencias; c) Base en la autoconvicción social de la libertad de decisión humana y su aceptación por las ciencias humanas y sociales; d) La libertad como base de las normas constitucionales y jurídicas; e) La libertad como aserción normativa o axioma normativo; f) Base de la culpabilidad también en otros principios y valores constitucionales; g) La exclusión o restricción de la

libertad en condiciones o situaciones anormales; 3. Accesibilidad y determinabilidad normal por la norma, su presupuesto cognitivo: la posibilidad subjetiva (incluyendo imputabilidad) de conocimiento de la antijuridicidad y de los presupuestos de la prohibición; 4. Exigibilidad penal individual desde valoraciones normativas

I. INTRODUCCIÓN

Algunos ejemplos y las preguntas que suscitan pueden servir como punto de partida para ilustrar la cuestión básica del fundamento de la culpabilidad como último gran elemento del delito, la de si se puede aceptar la libertad de decisión y consiguiente responsabilidad del ser humano normal como base de la culpabilidad entendida como reprochabilidad o si por el contrario tal libertad no existe o al menos es absolutamente indemostrable y ello debe conducir, o bien a negar el elemento de la culpabilidad (y como consecuencia más coherente, aunque no todos la extraen, a negar la legitimación de la pena como respuesta a un ilícito que no es culpable y sustituirla por medidas de seguridad), o bien a concebir de otra manera y reformular la culpabilidad prescindiendo de la reprochabilidad.

Un jefe político, militar o de una banda armada planifica y ordena la ejecución de crímenes contra la humanidad o de un genocidio por motivos raciales, étnicos o religiosos; un empresario realiza importantes fraudes patrimoniales o defraudaciones a Hacienda; un particular y un funcionario acuerdan cometer cohecho para obtener cada uno el correspondiente beneficio económico. Fuera del delito: un político actúa de modo muy nocivo y engañando y mintiendo a conciencia, etc. (actuación ético-socialmente negativa o reprobable); una persona dedica gran parte o incluso toda su vida y energías a ayudar y cooperar con seres o poblaciones necesitados (actuación ético-socialmente positiva o plausible); un ciudadano que quiere comprar una casa, tras examinar cuidadosamente múltiples ofertas de viviendas y los pros y los contras de su situación, tamaño, precio y de sus necesidades y capacidades económicas, toma la decisión de comprar una vivienda que considera que es la que mejor se ajusta a todas esas condiciones (actuación lícita de importantes repercusiones personales, familiares y negociales, pero en principio éticamente neutra). En ninguno de estos casos se constata ninguna alteración o anomalía en las facultades psíquicas o en la situación del sujeto.

¿Tienen razón la sociedad –la gran mayoría de los ciudadanos– y en su caso el Derecho, que consideran que todos esos sujetos han decidido y actuado libremente y que por ello merecen un reproche jurídicopenal y ser considerados culpables los que por motivaciones egoístas o bajas han cometido esos delitos, o un reproche social, ético y cívico el político que se ha comportado de modo indeseable, o que merecen alabanza y admiración quienes se comportan de modo tan altruista o quienes han llevado a cabo una compraventa de modo tan racional y responsable?. ¿O por el contrario están equivocados la sociedad y el Derecho al sostener esas concepciones y valoraciones, porque, como sostienen otras posiciones, las deterministas, apoyadas recientemente por la opinión mayoritaria en las neurociencias, es un puro espejismo o fantasía la creencia social y humana en la libertad de voluntad, ya que todos los

actos del ser humano, como ocurre en el resto de la naturaleza, están totalmente determinados por factores externos e impulsos inconscientes que el sujeto no controla en absoluto?, y por tanto ¿a ninguno de los delincuentes citados ni al político nocivo se les podrá reprochar nada, ni a los que realizan acciones positivas se les debería hacer ninguna alabanza, ya que en ambas situaciones los sujetos que las realizan son meros ejecutores de impulsos inconscientes y factores causales que no controlan, sino que los determinan y manejan a ellos como títeres en manos del destino o del azar?. ¿O estará equivocada la concepción social y jurídicamente dominante porque, como sostienen otras posiciones, en todo caso es empíricamente indemostrable la libertad de cada sujeto en el caso concreto y la consecuencia de ello debe ser que no se debe manejar un concepto de culpabilidad como posibilidad de reprochar al sujeto su hecho, y por ende tampoco se debería considerar digna de alabanza personal la actuación positiva que no sabemos si se debe o no a una decisión libre?

Anticipo mi respuesta: Sería sorprendente que la mayoría de la sociedad y de los humanos estén totalmente equivocados y no se pueda reprochar nada a quienes han cometido fríamente por intereses egoístas o de poder esos hechos delictivos, o esa actuación política nociva o indeseable, y que no tenga sentido alabar, o incluso premiar o primar, a quienes han decidido actuar de modo valioso y positivo. El concepto jurídico-penal de culpabilidad puede y debe partir de las convicciones sociales mayoritarias sobre la libertad de los seres humanos en condiciones normales, porque como veremos tienen una indiscutible base racional y empírica y porque por todo ello están reflejadas en los valores y principios básicos de la Constitución y del Derecho.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA CULPABILIDAD Y CONCEPCIONES ACTUALES

Igual que el resto de la teoría general del delito, la culpabilidad ha experimentado una notable evolución desde el siglo XIX en su concepto, contenido y caracterización, y actualmente hay una gran divergencia de concepciones, coexistiendo una concepción mayoritaria de la culpabilidad, la normativa, con otras concepciones muy distintas. De todas ellas voy a seleccionar a continuación sólo las concepciones que guardan mayor relación con la polémica sobre la libertad de decisión y actuación como fundamento de la culpabilidad.

1. Concepción psicológica de la culpabilidad

Como es sabido, en el inicial concepto clásico de delito elaborado en el último tercio del s. XIX y defendido por BELING o VON LISZT como principales representantes, como consecuencia de la influencia del pensamiento analítico propio de las ciencias naturales en la orientación del concepto general de delito, se defiende la denominada “concepción psicológica” o concepto psicológico de la culpabilidad, y éste llevaba sobreentendida la premisa de la libertad. La *culpabilidad*, que es la sede donde se sitúa todo lo *subjetivo*, se concibe como elemento puramente *descriptivo*, *fáctico*,

concretamente como comprobación de un nexo o relación psíquica (sin valorar nada). Al igual que en la acción se hablaba de un nexo causal material entre el movimiento y el resultado, la culpabilidad es la relación o el nexo psicológico, no material, entre el autor y el hecho. La diversa intensidad de ese nexo de unión da lugar a las formas de la culpabilidad: el dolo y la imprudencia (o culpa). En caso de dolo (que mayoritariamente se entiende como *dolus malus*¹) el nexo psíquico que une al autor con el hecho es la voluntad o incluso intención, ya que el sujeto conoce y quiere realizar el hecho (causar el resultado en los delitos de resultado); mientras que en el caso de la imprudencia resultaba más difícil hallar ese nexo psíquico, ya que el sujeto no quiere causar el resultado o, de modo más general –para los delitos de mera conducta–, no quiere realizar el hecho típico, pero pese a todo se ve la relación, según unos, en que quiere la acción en sí (voluntad), o, según otros, en que conoce o puede conocer que puede producir el hecho típico (conocimiento o previsión o al menos cognoscibilidad, previsibilidad)². Como presupuesto de esas formas de culpabilidad se exige la imputabilidad, es decir, capacidad individual por condiciones de madurez y normalidad psíquica, que generalmente se considera (expresamente o se da por sentado) que suponen también la libertad del sujeto, el poder actuar de otro modo. Y por último, otra serie de circunstancias subjetivas, como propósitos o fines específicos, móviles, condiciones personales, error, etc. podrían graduar o excluir la culpabilidad.

2. Concepción normativa de la culpabilidad: reprochabilidad, libertad, exigibilidad

Para la concepción normativa de la culpabilidad, formulada en las primeras décadas del siglo XX y que se ha convertido en teoría dominante, la culpabilidad es la “reprochabilidad” (“*Vorwerfbarkeit*”) del hecho al sujeto, la posibilidad de hacerle a éste un reproche individual por su acción desde valoraciones y criterios normativos. Es FRANK quien en 1907 idea el concepto de reprochabilidad³ (posibilidad de reprochar al sujeto por haber emprendido el hecho) como caracterización de la

¹ O sea, dolo con conocimiento no sólo de los elementos típicos, sino también de la antijuridicidad o prohibición de la conducta; ello salvo para posiciones minoritarias en la doctrina penal, no tanto en la jurisprudencia, que consideraban irrelevante el error de Derecho.

² Así, con unos u otros matices, ya desde v. BURI, Ueber Causalität und deren Verantwortung, 1873, 15-29, exigiendo nexo de voluntad, que en la culpa (p. 28) es el “querer del no querer”, “voluntad de no querer procurarse la necesaria ilustración sobre las circunstancias”; v. LISZT, Lehrbuch, 1.ª 1881, 105 ss., el dolo y la imprudencia son las dos especies o formas de la culpabilidad: el dolo es la voluntad como origen de una acción acompañada de la representación de la causalidad de la misma (p. 108), y la imprudencia es la voluntad como origen de una acción no acompañada de la representación de su causalidad pero dejando de lado el cuidado necesario y con previsibilidad de la causalidad (p. 117). Cfr. sobre ambos ampliamente ACHENBACH, Historische und dogmatische Grundlagen, 1974, 37 ss.

³ FRANK, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907, 11-14. En p. 12 destaca que ello requiere tres elementos: 1) la disposición espiritual normal del sujeto, 2) la relación psíquica concreta del sujeto con el hecho o la posibilidad de tal relación (dolo o imprudencia) y 3) la disposición normal de las circunstancias en que obra el sujeto.

culpabilidad, según la cual la culpabilidad es el elemento que permite hacer un juicio de valor basado en el mandato de la norma sobre la parte interna del hecho; porque, por mucho que haya dolo en un hecho, o sea plena conexión psíquica con el acto, éste no es culpable si no le es reprochable al disculparse por un estado de necesidad o por inimputabilidad⁴. Por tanto, en resumen criticaba a la concepción psicológica porque puede haber casos de pleno nexos psíquico de unión con el hecho y sin embargo faltar la culpabilidad. A esa crítica a la teoría psicológica de la culpabilidad se le suma por muchos autores la crítica de que tal teoría no es capaz de explicar la culpabilidad en la imprudencia inconsciente, donde no hay nexos psicológico⁵ y sin embargo es culpable por ser reprochable.

Tal concepto normativo de la reprochabilidad, que evidentemente parte de la premisa de la libertad o poder actuar de otro modo⁶ del sujeto, es desarrollado, como es conocido, por GOLDSCHMIDT, que destaca que lo que importa no es el juicio de reproche sobre la disposición o cualidad subjetiva del hecho (juicio externo al hecho), sino la propia disposición defectuosa de la voluntad de la acción que posibilita el juicio de reproche⁷, y que basa la reprochabilidad en la contrariedad a deber (*Pflichtwidrigkeit*, o sea infracción de una implícita norma de deber para la conducta interna) y en la exigibilidad (*Zumutbarkeit*)⁸; y por FREUDENTHAL, que amplía el concepto de inexigibilidad (*Unzumutbarkeit*) de conducta conforme a la norma como causa general (supralegal, aunque a veces legal) de exclusión de la culpabilidad⁹.

⁴ Cfr. FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907, 6 ss.

⁵ Crítica formulada ya por RADBRUCH, *ZStW* 24 1904, 338 ss., y muy repetida después.

⁶ Premisa sobreentendida en el propio concepto de reprochabilidad empleado por FRANK y GOLDSCHMIDT, y formulada expresamente como punto de partida por FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf*, 1922, 25; posteriormente FRANK, *StGB*, 18.^a, 1931, antes del § 51 II, relaciona expresamente la reprochabilidad con la “libertad”. En la doctrina alemana se utiliza, más aún que el concepto de “libertad de voluntad” (“*Willensfreiheit*”), como equivalente el término “poder actuar de otro modo” (“*Anders-handeln-können*”); pero también la expresión “poder para ello” o “poder al respecto” (“*dafür-können*”), que en alemán es exactamente sinónimo de ser culpable, y a la inversa, no tener poder para ello o no poder hacer nada al respecto equivale a no ser culpable: “*er kann nichts dafür*”, que literalmente es “él no puede (hacer) nada al respecto” (o no tiene poder para ello), se traduce también como “él no tiene la culpa o no es culpable de ello”. WELZEL, *Lehrbuch*, 11.^a, 1969, 140, señala que él mismo (*ZStW* 60 1941, 456) con su teoría final de la acción precisó el objeto de la reprochabilidad, “enlazando con una larga tradición filosófica y jurídica, como el ‘poder para ello, poder al respecto’ (‘*Dafür-Können*’) de la persona por su antijurídica formación de la voluntad”.

⁷ GOLDSCHMIDT, *ÖstZStr* IV 1913, 161; FG-Frank, I, 1930, 432.

⁸ Cfr. GOLDSCHMIDT, *ÖstZStr* IV 1913, 129 ss. (en 162 ss. se refiere al estado de necesidad ante peligro para la vida, en el que el ordenamiento no exige el heroísmo); FG-Frank, I, 1930, 428 ss.

⁹ Cfr. FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf*, 1922, *passim*; tb. GOLDSCHMIDT, FG-Frank, I, 1930, 428 ss., 442. Partiendo de que el poder individual del sujeto, de si había estado en situación y condiciones de actuar de otro modo, o sea conforme a las exigencias del Derecho, es presupuesto de la posibilidad de reproche, FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf*, 1922, 25 ss., sostiene que no es reprochable y no merece pena “quien según las circunstancias del hecho no podía evitar su comisión”, bien por peligros para la existencia económica y social o por coacción amenazante que fuerza a infringir la norma, o, dicho en

A partir de entonces la **teoría normativa de la culpabilidad se convierte en totalmente mayoritaria** en Alemania y fuera de ella y continúa siéndolo, aunque con muchas variantes en la concreta formulación de su fundamento o fundamentos y en cuanto al alcance de la exclusión de la reprochabilidad por inexigibilidad u otros motivos, y por supuesto, con diversidad de concepciones en cuanto al contenido de la culpabilidad, o sea de los elementos que fundamentan la reprochabilidad, que varían.

3. Negadores o negacionistas: posiciones negadoras de la culpabilidad

Ya desde el siglo XIX ha habido posiciones negadoras del concepto mismo de culpabilidad, que por tanto han sostenido un concepto de delito o crimen sin culpabilidad. Los negadores o “negacionistas” (de lo que la mayoría de la sociedad considera evidente) se basaban en la concepción filosófica defensora del determinismo frente al indeterminismo, esto es, la negación de la libertad de decisión o libre albedrío humano, la idea de que el ser humano no es libre en su actuación, sino que obra siempre determinado por factores externos o incluso condicionantes internos que lo motivan, aún más, lo determinan a actuar de un modo y no de otro, y ello incluso aunque el sujeto crea que actúa libremente. Si esto es así, no habrá culpabilidad no sólo en los supuestos de anomalías psíquicas o motivacionales o de inmadurez del sujeto, sino tampoco en los casos que abreviadamente denominamos de normalidad, en las que a lo sumo se afirmará que en el delincuente hay atribuibilidad, o personalidad peligrosa o preocupante, o responsabilidad subjetiva por razones de necesidad de prevención, pero no culpabilidad moral ni jurídica del sujeto. A la misma posición llega también otro sector de la ciencia penal que no toma partido por la polémica filosófica entre determinismo e indeterminismo, pero aduce que, aun no sabiendo si el hombre es libre o no, científicamente no es demostrable y verificable la libertad del sujeto en el momento concreto de delinquir y por tanto no se puede sostener un elemento o requisito del delito basado en algo científicamente indemostrable como es la libertad del delincuente para poder haber obrado de otro modo. La consecuencia es prescindir asimismo de la pena como castigo como reacción frente al delito culpable y sustituirla por un Derecho de medidas preventivas (Derecho penal sin culpabilidad y sin penas), o mantener formalmente la pena pero sin connotación de castigo justo por la culpabilidad y concebida materialmente con la misma función preventiva –sobre todo preventiva especial– que las medidas de seguridad (Derecho penal sin culpabilidad y con penas-medidas).

En la doctrina más moderna, a lo largo del siglo XX, ha habido diversas posiciones que, o bien niegan la libertad de voluntad humana desde una óptica determinista o al menos afirman que científicamente la libertad es indemostrable en el sujeto y momento concreto del delito y por ello, o bien rechazan la culpabilidad y mantienen un concepto de delito sin culpabilidad o, como veremos *infra* II 4 a, mantienen el elemento pero sustituyen el nombre de culpabilidad por otros, o finalmente propugnan un concepto de culpabilidad basado en datos empíricos, generalmente preventivos,

otros términos (7 ss.), falta el poder y con ello el reproche de culpabilidad cuando para no cometer un delito “habría hecho falta una fuerza y capacidad de resistencia como normalmente no se puede exigir a nadie”.

como la normalidad y la necesidad de prevención, y absolutamente ajeno a la idea de reproche normativo (ciertamente estas posiciones ya no son negacionistas o negadoras de la culpabilidad); y como consecuencia, o bien defienden la eliminación de la pena y su sustitución por medidas de seguridad¹⁰, de finalidad puramente preventivo-especial, o bien mantienen un concepto de “pena sin culpabilidad” (así ELLSCHEID/HASSEMER en su trabajo del mismo título¹¹) o en cualquier caso una pena puramente preventiva sin ningún matiz de reproche, justicia y retribución¹².

4. Panorama actual: concepción normativa y otras concepciones

A lo largo de la segunda mitad del siglo XX y en la actualidad se ha ido configurando un panorama en la doctrina científica sobre la culpabilidad, que en lo sustancial confirma lo que ya sucedía en etapas anteriores: no hay unanimidad en el concepto de culpabilidad, y aunque es muy mayoritaria la concepción normativa de la reprochabilidad, por una parte dentro de ésta se han desarrollado diversas fundamentaciones materiales que explican la reprochabilidad, y por otra parte la concepción mayoritaria coexiste con nuevas concepciones alternativas.

a) Mantenimiento del nombre culpabilidad o denominaciones distintas

La gran mayoría de la doctrina mantiene el nombre de culpabilidad para el último gran elemento del delito, tanto los partidarios de la mayoritaria concepción normativa, como también muchos entre los defensores de concepciones alternativas sobre la culpabilidad distintas de su entendimiento como reprochabilidad¹³. Sin embargo,

¹⁰ Así la corriente de la “defensa social”: GRAMATICA, *Principi di difesa sociale*, 1961, 41 ss.

¹¹ ELLSCHEID/HASSEMER, *Strafe ohne Vorwurf*, en Lüderssen/Sack (eds.), *Seminar: Abweichendes Verhalten*, II, 1975, 266 ss.

¹² En este sentido (además de las posiciones que sustituyen el concepto de culpabilidad por otros: *infra* a) cfr. p. ej. BAUER, *Das Verbrechen und die Gesellschaft*, 1957, 17 ss.; DANNER, *Gibt es einen freien Willen?*, 1969, 4.^a 1977, 190 ss., *passim*; PLACK, *Plädoyer*, 1974; BAURMANN, *Schuldlose Dogmatik?*, en Lüderssen/Sack (eds.), *Seminar: Abweichendes Verhalten*, IV, 1980, 196 ss.; KARGL, *Kritik des Schuldprinzips*, 1982. Una amplia exposición crítica de estas posiciones, especialmente de las de Baurmann y Kargl, en ROXIN, *AT I*, 4.^a 2006, § 19/51-53; *PG I*, 1997, §19/43-45.

¹³ Así p.ej. mantienen la denominación de culpabilidad, dentro de quienes optan por su entendimiento como capacidad de motivación, normalidad o motivabilidad normal conectado con la prevención, MUÑOZ CONDE, en *Strafrecht und Strafrechtsreform*, 1974, 314 ss.; *III Jornadas*, 1976, 223 ss.; *GA* 1978, 65 ss., 73 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 8.^a, 2010, 349 ss., 354 ss.; MIR, *Intr*, 1976, 155 ss.; *PG*, hasta la 3.^a ed., 1990, 573 ss. (abandona la denominación desde la 4.^a, 1996); LUZÓN PEÑA (en mi anterior posición), *Aspectos esenciales de la leg. defensa*, 1978, 221 s., 243 s.; *Medición de la pena*, 1979, 21, 38 s., 44 ss.; en: *Teorías actuales en el DP*, Buenos Aires, 1998, 311 ss.; LH-Torío, 1999, 161 ss.; *PG I*, 1.^a, 1996, 51 s., 59; GÓMEZ BENÍTEZ, *TJD*, 1984, 439 ss., que, aunque tb. habla de reprochabilidad individual, muestra su simpatía (449 ss.) por la motivabilidad. También mantienen el concepto de culpabilidad desde sus concepciones preventivas JAKOBS, *AT*, 2.^a, 1991 [*PG*, 1997], 17/1 ss., y ROXIN, *AT*, 4.^a 2006 [(*PG I*, 1997), § 19 ss., aunque como veremos a la “culpabilidad” (accesibilidad normativa) le añade la “responsabilidad”.

también hay posiciones que prefieren denominar a este elemento del delito con otra denominación, como responsabilidad, imputación personal, individual o subjetiva o atribuibilidad¹⁴, precisamente para buscar un concepto neutro, que no implique la carga de reproche, no ya ético, sino ni siquiera jurídico.

b) Las distintas concepciones y el concepto material de culpabilidad

Las diversas concepciones del último gran elemento del delito que coexisten actualmente, con el nombre de culpabilidad o con otro distinto, no sólo divergen sobre la caracterización formal de ese elemento, empezando por la primera gran toma de posición de si se parte de su concepción como reprochabilidad o se rechaza ésta y se busca otra caracterización distinta, sino que sobre todo son distintas en cuanto a cuáles son los presupuestos materiales que fundamentan la apreciación de culpabilidad (o responsabilidad o imputación personal), es decir, sobre lo que se denomina el “concepto material de culpabilidad”. Y éste puede fundamentarse de modo distinto, como veremos, incluso aunque se mantenga la mayoritaria concepción normativa de la reprochabilidad.

En cualquier caso, sobre el concepto material de la culpabilidad¹⁵ se mantienen fundamentaciones de carácter fáctico o empírico frente a otras de carácter normativo, bien valorativo o bien teleológico, no sólo las diversas fundamentaciones de la reprochabilidad, sino también otras diferentes.

¹⁴ Así MIR, PG, desde la 4.ª ed., 1996 hasta la actual (8.ª, 2008), 20/1 ss. sustituye culpabilidad por “imputación personal” y culpable por personalmente imputable; GIMBERNAT, en VVAA, Problemas actuales, 1971, 89 ss.; El sistema, ACJ 1971-72, 276 ss. = Estudios, 1976, 93 ss.; El estado de necesidad, Estudios, 1976, 114 s., sin llegar a cambiar la denominación, realmente no la compartía, refiriéndose a ella como “lo que llamamos culpabilidad”, pues materialmente propone renunciar a la culpabilidad por entender que se basa en el indemostrable libre albedrío y sustituirla por los criterios preventivos. ROXIN desde 1974: “Schuld” und “Verantwortlichkeit” als strafrechtliche Systemkategorien, FS-Henkel, 1974, 171 ss. = “Culpabilidad” y “responsabilidad” como categorías sistemáticas jurídicopenales, en Problemas básicos (trad. Luzón), 1976, 200 ss.; Culpabilidad y prevención en DP, trad. de Muñoz Conde (y de Luzón el artículo cit.), 1981, comienza a hablar de “responsabilidad” al lado de culpabilidad, y en algunos trabajos engloba todo en la “responsabilidad” y casi prescinde de la culpabilidad (en cambio en su AT I, de la 1.ª ed. 1991, a la 4.ª 2006 [PG I, 1997], a partir del § 19 vuelve a hablar de modo bipartito de “culpabilidad y responsabilidad”); GÓMEZ BENÍTEZ, TJD, 1984, 437 ss. habla de “culpabilidad o imputación subjetiva” y en 453 de “atribuibilidad personal” y de “juicio de atribución personalizada de un injusto a su autor”, de “juicio de imputación subjetiva”; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2.ª 1986, 281 ss., denominan “atribuibilidad” a este elemento del delito, diciendo la rúbrica del Cap. XIII (p. 281) “Atribuibilidad (culpabilidad)”. Yo mismo en la anterior ed. (LUZÓN PEÑA, PG I, 1996) sí mantenía el término culpabilidad, pero decía que (51) “podemos definirla ahora ... con una noción neutra, como atribuibilidad o responsabilidad” y hablaba (56) de “culpabilidad como situación de responsabilidad normal del sujeto”.

¹⁵ Cfr. sobre este “concepto material de culpabilidad” MUÑOZ CONDE, GA 1978, 65 ss.; TORÍO, CPC 1988, 759 ss.; CEREZO, ZStW 108 1996, 9 ss.; ROXIN, AT, 4.ª 2006 [(PG I, 1997], § 19/18 ss.

c) Concepciones basadas en fundamentos empíricos o fácticos

Igual que en su momento la concepción psicológica de la culpabilidad la basaba claramente en un fundamento fáctico, la voluntad, la conciencia o la posibilidad de ellas como elementos psicológicos internos del acto del sujeto, algunas de las concepciones modernas de la culpabilidad (o concepto equivalente) se basan no en un criterio normativo, sino en un fundamento fáctico, empírico, experimentalmente constatable de la situación individual del sujeto que permite atribuirle el hecho. Así sucede con las fórmulas de la normalidad o motivabilidad del sujeto y esa es también en principio la orientación de la concepción roxiniana de la accesibilidad.

1) Normalidad, motivabilidad o determinabilidad (y prevención)

Diversas posiciones en la época moderna acuden a la posición que desde una perspectiva determinista, rechazando la libertad, sostuvo VON LISZT¹⁶ de que la base material de la “responsabilidad”, como equivalente a la imputabilidad y la culpabilidad, es la “determinabilidad o posibilidad de determinación normal por motivos”¹⁷ (entre otros las amenazas penales) y que no hay imputabilidad y culpabilidad en quien reacciona a los motivos de modo anormal, distinto al hombre medio normal¹⁸. Esas ideas, determinabilidad, normalidad, posibilidad de motivación, se manejan por algunos en la dogmática alemana, tanto por deterministas como por indeterministas, desde los años 60, y desde los 70 en la dogmática española por deterministas o al menos contrarios a basar la culpabilidad en la libertad. La posibilidad o capacidad individual de determinación por motivos o de motivación, o al menos de motivación normal, es un concepto se supone que empírico, constatable sociológicamente en los sujetos normales, y no implica (des)valoración normativa. Por otro lado, en gran parte de estas formulaciones esa fundamentación empírica o sociológica de la culpabilidad (o concepto equivalente) va unida a una fundamentación adicional en la prevención: en caso de posibilidad de determinación, motivabilidad o normalidad del sujeto la pena es necesaria para la prevención, mientras que es innecesaria a efectos de prevención si no hay posibilidad de determinación o motivabilidad o no hay en absoluto motivabilidad normal; y se discute sólo si eso sucede tanto en la prevención general como especial o únicamente en la prevención general.

Así en la doc. alemana a partir de los años sesenta: BOCKELMANN fundamenta la culpabilidad en que la persona sea normal y tenga íntegra, no destruida, la adecuación

¹⁶ Ello no era incompatible con el hecho de defender el concepto psicológico de culpabilidad (v. *supra* n. 2). Y posteriormente v. LISZT, seguido por sus discípulos, defendió la concepción de culpabilidad por el carácter o peligrosidad del sujeto: así ya LIEPMANN, Einleitung in das Strafrecht, 1900, 159 ss.; v. LISZT, Lb, 14.^ª/15.^ª, 1905, 157 s.; RADBRUCH, ZStW 24 1904, 333 ss., 344 ss.; ROSENFELD, ZStW 32 1911, 470 ss.; GRÜNHUT, MSchrKrim 1926, Beiheft 1 (FG-Aschaffenburg), 87 ss. Destaca que esta corriente caracterológica es sustentada por discípulos de v. LISZT como RADBRUCH, EB. SCHMIDT, KOHLRAUSCH o GRÜNHUT (con cita sólo de este último) ROXIN, AT I, 4.^ª, 2006 [PG I, 1997], § 6/5.

¹⁷ v. LISZT, Strafrechtliche Aufsätze u. Vorträge, II, 1905, 48, 86.

¹⁸ Así v. LISZT, Strafrechtliche Aufsätze u. Vorträge, II, 1905, 43 ss., 85 ss., 218 s.

a sentido de su actuación, porque el normal por regla general se puede motivar por los imperativos jurídicos y, aunque él rechaza el libre albedrío, considera que la “motivabilidad normal” se puede concebir a su vez indistintamente como basada en la libre decisión o a su vez determinada¹⁹, posición en la que le sigue ROXIN, que afirma que esto no es más que afinar el pensamiento de V. LISZT²⁰; igualmente NOLL entiende que la culpabilidad requiere motivabilidad por normas²¹. Desde una perspectiva no determinista ARMIN KAUFMANN entiende la culpabilidad como la capacidad del sujeto para motivarse de acuerdo con la norma²², concepto que es seguido y desarrollado ampliamente como capacidad de autodeterminarse o dejarse motivar o motivarse por la norma en la doctrina portuguesa por FIGUEIREDO DÍAS desde una defensa del libre albedrío²³; en cambio desde una perspectiva determinista y contraria incluso a la culpabilidad, BAURMANN propone sustituirla por la accesibilidad normativa, el criterio defendido por ROXIN, como algo empíricamente constatable y que identifica con la motivabilidad²⁴.

De modo similar, en la doctrina española a partir de los años setenta se sustentan posiciones similares desde el rechazo o al menos la imposibilidad de comprobación de la libertad o libre albedrío del sujeto: GIMBERNAT sostiene²⁵ que, frente al tipo y la antijuridicidad, donde se trata de lo que el Derecho penal quiere o no prohibir a la generalidad, en la “culpabilidad” se trata de si se puede o no motivar al sujeto concreto y por tanto ésta es la posibilidad de motivarse o motivabilidad; como fundamento

¹⁹ BOCKELMANN, ZStW 75 1963, 372 ss., 380 ss., 384.

²⁰ ROXIN, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, 51; Problemas básicos, 1976, 53; Culpabilidad y prevención en DP, 1981, 172.

²¹ NOLL, FS-H. Mayer, 1966, 223 ss.

²² ARM. KAUFMANN, FS-Eb. Schmidt, 1961, 321; igualmente Horn, Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit, 1969, 212 ss., entiende la culpabilidad como capacidad de motivarse por la norma y por ello reprochabilidad.

²³ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, Liberdade. Culpa, 2.^a, 1983, 65 ss. (a favor de la libertad de voluntad en 55 ss.); en PG I, 2.^a, 2007, 522 ss., insiste en la culpabilidad de la persona basada en la libertad, pero más que en la libertad de voluntad del acto vuelve a la culpabilidad por el carácter, al decir (524) que la elección de la acción concreta “tiene que ser reconducida a una decisión a través de la cual el hombre se decide a sí mismo, creando su propio ser... El hombre determina su acción a través de su libre decisión sobre sí mismo”.

²⁴ V. BAURMANN, en Lüderssen/Sack (eds.), Seminar: Abweichendes Verhalten, IV, 1980, 238; Zweckrationalität, 1989, 294, 302; tb. KARGL, Kritik des Schuldprinzips, 1982, 246, identifica la accesibilidad normativa de Roxin con motivabilidad. cfr. sobre ambos Roxin AT I; 4.^a, 2006, § 19/51 y n. 116 s.; PG I, 1997, § 19/43 y n. 85 s. El propio ROXIN, Culpabilidad y responsabilidad, en Problemas básicos, 1976, tras exponer (211 ss.) su teoría de que, más que la culpabilidad, importa la “responsabilidad” basada en la necesidad o no de prevención, y antes de desarrollar su concepto de accesibilidad normativa (que desarrolla en su AT I = PG I), señala (214), coincidiendo con GIMBERNAT, FS-Henkel, 1974, 151 ss., que la impunidad de la inimputabilidad y del error de prohibición invencible se pueden explicar por la no motivabilidad y la falta de necesidad de prevención general.

²⁵ El sistema, ACJ 1971-72, 276 ss. = Estudios, 1976, 93 ss.; El estado de necesidad, Estudios, 1976, 114 s.; ya apuntado en VVAA, Problemas actuales, 1971, 89 ss., donde insiste en la indemostrabilidad del libre albedrío.

indica²⁶ que, si no hay culpabilidad, la pena es ineficaz desde el punto de vista de la prevención general como intimidación y además es innecesaria tanto para la prevención general, porque los motivables no se van a dejar de intimidar porque no se imponga pena a un no culpable, como para la prevención especial, ya que frente al inculpable basta la medida de seguridad. MUÑOZ CONDE parte de la imposibilidad de demostrar que el sujeto concreto en la situación concreta podía haber actuado de otro modo y, atendiendo a la función de motivación de la norma, propone la contraposición motivación general-individual como delimitación entre tipo y culpabilidad²⁷, y defiende que el concepto material de culpabilidad presupone la capacidad de motivación individual por la norma, además de participación en los bienes jurídicos y otros criterios²⁸; considera también que las exigencias de prevención general se corresponden con la capacidad de motivación y la delimitan, y por otra parte la pena adecuada a la culpabilidad se adecua a la función de prevención general²⁹. Una limitación de esas formulaciones de la posibilidad o capacidad o no de motivarse la efectúa MIR PUIG, que, desde una perspectiva determinista³⁰ y volviendo a la idea de normalidad de V. LISZT, sostiene que la culpabilidad, término que posteriormente sustituye por imputación personal³¹, es atribuibilidad del hecho al sujeto por la normalidad del proceso de motivación o normal racionalidad de su decisión, en suma por su *capacidad de motivación normal* por la norma³², ya que, destaca, la posibilidad de motivación puede no estar totalmente excluida en los inimputables y claramente no lo está en los casos de inexigibilidad y sin embargo se excluye la culpabilidad si no hay posibilidad de motivación normal³³; ello significa ampliar los casos de exclusión de la culpabilidad, admisibles no sólo cuando en el hecho el sujeto no es en absoluto motivable, sino también cuando su motivabilidad es claramente anormal, está profundamente perturbada³⁴. MIR considera que la culpabilidad o imputación personal así entendida debe actuar como límite a las exigencias de prevención y no

²⁶ Cfr. GIMBERNAT, sobre ineficacia de la prevención general, *El estado de necesidad*, Estudios, 1976, 115; sobre no necesidad para la prev. general y especial en *VVAA*, Problemas actuales, 1971, 105= Estudios, 1976, 77 s.; *ACJ* 1971-72, 282 ss. = Estudios, 1976, 99 ss.

²⁷ Cfr. MUÑOZ CONDE, en *Strafrecht und Strafrechtsreform*, 1974, 314 ss.; *III Jornadas*, 1976, 223 ss.

²⁸ Cfr. MUÑOZ CONDE, en *Strafrecht und Strafrechtsreform*, 1974, 324 ss.; *III Jornadas*, 1976, 229 ss.; *GA* 1978, 73 ss., añadiendo a la capacidad de motivación los criterios de participación en los bienes jurídicos (coincidente con Schmidhäuser), rol social del individuo y la limitación de la no participación en bienes jurídicos por el carácter esencial de los mismos; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 8.^a, 2010, 354 ss.

²⁹ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Introducción a Roxin, Culpabilidad y prevención*, 1981, 28 s., 34 ss.; en *Mir* (ed.), *DP y ciencias sociales*, 1982, 166 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 8.^a, 2010, 352 ss.

³⁰ *MIR*, *Función de la pena*, 2.^a 1982, 93 s.; *PG*, 10.^a, 2015/16, 20/40 s.

³¹ *MIR*, utiliza el concepto culpabilidad en las obras cit. en estas notas hasta la 3.^a ed. inclusive de su *PG*, 1980; desde la 4.^a ed. de *PG*, 1996, hasta la actual (10.^a, 2015/16), 20/1 ss., sustituye culpabilidad por “imputación personal” y culpable por personalmente imputable.

³² *MIR*, *Intr.*, 1976, 153 ss., 161 ss. (concretando la simple referencia a la motivabilidad por la norma de 106 s.); *Función de la pena*, 2.^a 1982, 93 s.; *PG*, 10.^a, 2015/16, 20/45 ss.

³³ *MIR*, *Intr.*, 1976, 161; *Función de la pena*, 2.^a 1982, 96 s.; *PG*, 10.^a, 2015/16, 20/47-50.

³⁴ Así expresamente *MIR*, *PG*, 10.^a, 2015/16, 20/46 ss.

fundamentarse en las mismas³⁵, sino que su fundamento se basa en las exigencias del Estado democrático y en el principio constitucional de igualdad, de igualdad real ante la ley, que exige tratar desigualmente a los inculpables o no imputables, que son totalmente desiguales a los normales³⁶. El planteamiento de MIR ha sido seguido por otros, especialmente de modo pleno por OCTAVIO DE TOLEDO³⁷, y en parte también por mí mismo en mi posición anterior.

En mis trabajos durante muchos años, partiendo no del determinismo sino de la imposibilidad de demostrar empíricamente (en la situación concreta) el libre albedrío³⁸, he rechazado la reprochabilidad y defendido un entendimiento de la culpabilidad como atribuibilidad del hecho al sujeto basada en la posibilidad de motivación normal, en la motivabilidad normal³⁹, en la accesibilidad normal al mandato de la norma y al estímulo de la amenaza o conminación penal y a la motivación que ello supone⁴⁰, que puede estar excluida o totalmente perturbada⁴¹ o simplemente disminuida, lo que dará lugar a la exención o atenuación de la culpabilidad y de la pena⁴². Como fundamento invocaba la necesidad y eficacia de la prevención general (de intimidación) frente a los culpables y la ineficacia y falta de necesidad de la prevención general en los actos de los no culpables, y destacaba e insistía en que, en cambio, aquí no cuenta el punto de vista de la prevención especial, ya que en los culpables puede no haber peligrosidad ni por tanto necesidad preventivo-especial y en algunos inculpables sí hay necesidad de prevención especial, aunque sea

³⁵ MIR, Intr, 1976, 162; Función de la pena, 2.^a 1982, 98; PG, 10.^a, 2015/16, 4/63 ss., 20/49.

³⁶ MIR, Intr, 1976, 151, 156 s., 161-163; Función de la pena, 2.^a 1982, 98 ss.; PG, 10.^a, 2015/16, 20/50 s.; no obstante, a diferencia de obras anteriores, en esta PG, 4/66, fundamenta constitucionalmente la culpabilidad no sólo en la exigencia de igualdad real, sino ya antes también “en la dignidad humana”, coincidiendo con el planteamiento de la doc. mayoritaria.

³⁷ Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto, 1981, 137 ss. Influencias de esta tendencia y en especial de la concepción y terminología de Mir tb. en *Gómez Benítez*, TJD, 1984, que, (aunque 439 ss. tb. habla de reprochabilidad individual), muestra su simpatía (449 ss.) por la motivabilidad, y en 437 ss. habla de “culpabilidad o imputación subjetiva” y en 453 de “atribuibilidad personal” y de “juicio de atribución personalizada de un injusto a su autor”, de “juicio de imputación subjetiva”.

³⁸ Cfr. LUZÓN PEÑA, Aspectos esenciales de la legítima defensa, 1978, 26 s.; Medición de la pena, 1979, 21.

³⁹ Cfr. LUZÓN PEÑA, Aspectos esenciales, 1978, 26 s., 222, 243 s.; Medición de la pena, 1979, 38 s., 44-46; ADPCP 1989, 20 s., 32; en: *Teorías actuales en el DP*, Buenos Aires, 1998, 311 ss.; LH-Torío, 1999, 161 ss.; PG I, 1.^a, 1996, 51 s.: atribuibilidad o responsabilidad, 59: motivabil normal.

⁴⁰ Cfr. LUZÓN PEÑA, Aspectos esenciales, 1978, 26 s., 221 s., 243 s.; Medición de la pena, 1979, 38 s. y 38 n.84, 44-46; ADPCP 1989, 21, 32; en: *Teorías actuales en el DP*, Buenos Aires, 1998, 311 ss.; LH-Torío, 1999, 161 ss.; PG I, 1.^a, 1996, 86.

⁴¹ LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 32, 43 (en n. 92, y tras n. 130); ADPCP 1993, 32= LH-Roxin (Coimbra), 1995, 125 = en Luzón/Mir, *Causas de justificación y de atipicidad*, 1995, 211; Coimbra-Symposium f. Roxin, 1995, 105; PG I, 1.^a, 1996, 59.

⁴² Cfr. LUZÓN PEÑA, Medición de la pena, 1979, 45 s.; ADPCP 1993, 32= LH-Roxin (Coimbra), 1995, 125 = en Luzón/Mir, *Causas de justificación y de atipicidad*, 1995, 211; Coimbra-Symposium f. Roxin, 1995, 105.

con medidas de seguridad⁴³; pero también añadía como fundamento político-constitucional el principio de igualdad⁴⁴.

Prescindimos ahora de la posible crítica a estas posiciones, en la medida en que se basan en la imposibilidad de probar la libertad de un sujeto en el hecho concreto o incluso algunas en el determinismo, si, como veremos, se debe partir de la libertad y responsabilidad humana y por tanto de la culpabilidad como reprochabilidad, objeción que no afecta a las concepciones de culpabilidad como capacidad de motivarse o determinarse basadas en una perspectiva indeterminista o en una que no rechaza la libertad (pues en tal caso la capacidad de motivación o determinación por la norma no es más que una concreción del poder actuar de otro modo). Y tampoco voy a entrar aquí en las discrepancias sobre si es más correcto basar la no culpabilidad sólo en la perspectiva preventivo-general o también en la preventivo-especial y sobre si la culpabilidad puede fundamentarse también en la prevención o es independiente y un límite a la misma. En todo caso a estas concepciones se les ha formulado una objeción que, de ser cierta, sería contundente: que estas concepciones no quieren basar la culpabilidad en la libertad de decisión, en el poder actuar de otro modo del sujeto, que se dice que es un postulado metafísico o indemostrable, y se busca sustituirlo por un criterio que sí es empíricamente constatable, pero la capacidad o posibilidad, plena o normal, de motivación o determinación por la norma, si es individual, o sea del sujeto concreto en el momento del hecho concreto, realmente equivale a poder actuar de otro modo⁴⁵; y se añade que ya la misma distinción de error de prohibición vencible e invencible y por tanto la afirmación de que un error de prohibición puede ser vencible para el sujeto (que es uno de los casos en que se afirma la posibilidad de motivación por la norma) presupone el reconocimiento de la capacidad del delincuente de obrar

⁴³ Cfr. LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena*, 1979, 38 s., 44-46 y 46 n. 95; ADPCP 1989, 21 s., 32 s.; en: *Teorías actuales en el DP*, Buenos Aires, 1998, 316 s.; LH-Torio, 1999, 165; PG I, 1.^a, 1996, 59; culpabilidad como motivabilidad normal y por ello necesidad y eficacia de la prevención general, 86; fundamentación del principio de culpabilidad en la no necesidad ni eficacia de la prevención general si falta la culpabilidad. Insistiendo especialmente en que en la (no) culpabilidad cuenta la necesidad y eficacia o no de la prevención general, pero no de la especial, y en que en cambio es en las causas de exclusión de la tipicidad y de la antijuridicidad donde falta tanto la necesidad de prevención general como de prevención especial, en *Merecimiento y necesidad de pena*, ADPCP 1993, 30-32= LH-Roxin (Coimbra), 1995, 123-126 = en Luzón/Mir, *Causas de justificación y de atipicidad*, 1995, 208-212; Coimbra-Symposium f. Roxin, 1995, 103-106.

⁴⁴ Cfr. LUZÓN PEÑA, ADPCP 1993, 32 = LH-Roxin (Coimbra), 1995, 125 = en Luzón/Mir, *Causas de justificación y de atipicidad*, 1995, 211; Coimbra-Symposium f. Roxin, 1995, 105; PG I, 1.^a, 1996, 86, en el principio de culpabilidad. En mis primeras obras (*Aspectos esenciales y Medición de la pena*) seguía la distinción tipo-culpabilidad de GIMBERNAT, aunque discrepando de su fundamentación, coincidente con *Roxin*, de la no culpabilidad en la falta de necesidad de prevención tanto general como especial, pero inmediatamente añadía, como hemos visto, coincidiendo con *Mir*, que cuenta la motivabilidad normal, que la culpabilidad es atribuibilidad o posibilidad de responsabilidad o atribución personal, y posteriormente he coincidido asimismo en que se fundamenta también en el principio de igualdad.

⁴⁵ Así CARBONELL, en Carbonell/Gómez Colomer/Mengual, *Enfermedad mental y delito*, 1987, 30, 32 (objeción que tb. recoge, pero rechazándola, CEREZO, *Curso III*, 2001, 38 y n.111); PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, 1990, 39 ss.

de otro modo en la situación concreta⁴⁶. Y cabe añadir que, si el criterio de la motivabilidad que se emplea es generalizador, o sea que simplemente se afirma que es constatable que la mayoría de los humanos, los normales, son capaces de determinación o motivación normal por las normas, entonces trasladar esa motivabilidad al individuo concreto en el momento del hecho concreto es una simple suposición no verificable en el caso concreto, es decir que estas posiciones estarán procediendo del mismo modo generalizador que muchos critican a la concepción del poder actuar de otro.

La verdad es que no es cierta la objeción de que el error de prohibición vencible implica capacidad de actuar de otro modo, pues que el sujeto pudiera conocer una norma prohibitiva no implica necesariamente que, una vez conocida, también tenga posibilidad y capacidad de decidir conforme y no en contra de esa prohibición. En cuanto a la objeción de que la propia capacidad o posibilidad de motivarse equivale a poder actuar de otro modo, depende de qué se entienda por poder motivarse. Si con ello se quisiera decir que el sujeto puede motivarse normal y activamente por el mandato y la amenaza de la norma para decidir obrar conforme a ella, entonces realmente ello equivaldría al poder actuar de otro modo⁴⁷, y la motivabilidad o determinabilidad normativa no sería sino otra formulación de la libre voluntad expresada con otras palabras, o bien una concreción del mecanismo motivador por el que la libertad puede decidir. Pero ello no es así para la mayoría de estas formulaciones basadas en el determinismo o al menos en la indemostrabilidad de la libertad del sujeto en el hecho concreto. Así MIR desde una perspectiva claramente determinista dice que, “según mi planteamiento, el sujeto penalmente responsable lo es no porque tuviera ‘capacidad normal de motivación’ o de ‘motivarse’, en el sentido de que *pudiera haberse motivado a sí mismo* en una medida normal a actuar de otro modo –lo que ciertamente supondría la libertad de voluntad–, sino porque *pudo ser* (en pasiva) y *fue motivado* normalmente, aunque el motivo representado por la norma no lograra imponerse frente a otros motivos”, ya que defiende el “postulado determinista según el cual nadie pudo actuar de otro modo a como lo hizo”⁴⁸.

Ahora bien, si realmente el sujeto, pese a ser normalmente motivable y a haber sentido en efecto la motivación de la norma penal, de todos modos no podía actuar de otro modo a como lo hizo porque eran más fuertes otros motivos que le hicieron infringir la norma, no se entiende bien la razón de que se le declare responsable. Y lo mismo sucede si, aunque no se comparta el determinismo, se parte de que es indemostrable la libertad en el caso concreto y por tanto de que pese a la motivabilidad normal del

⁴⁶ Así CEREZO, RCP 32 1973 1, 189, 204; Curso III, 2001, 29; CÓRDOBA, Culpabilidad y pena, 1977, 43 s.

⁴⁷ Así lo reconoce MIR, PG, 10.^a, 2015/16, 20/52 y n. 43, pero negando que ese sea el significado de su planteamiento. En cambio, sí lo es el de quienes utilizan estas fórmulas desde perspectivas indeterministas, como las citadas de FIGUEIREDO DIAS o ARM. KAUFMANN.

⁴⁸ MIR, PG, 10.^a, 2015/16, n. 43 p. 550 (en 20/52) el primer entrecomillado, afirmándolo contra la suposición de CARBONELL y la interpretación liberoarbitrista que efectúa PÉREZ MANZANO de la teoría de la motivación; y en 20/52 el segundo entrecomillado. Le da la razón frente a Carbonell CEREZO, Curso III, 2001, 38 y n.111.

sujeto no se puede descartar que en el hecho concreto no pudiera decidir de otro modo. Y ésta sí es una objeción frontal y decisiva contra las teorías de la normalidad y la motivabilidad:

La *crítica más importante* que se le puede hacer a las teorías de la motivabilidad, normalidad o motivabilidad normal cuando, como sucede mayoritariamente, no son concreciones de la libre voluntad, del poder decidir y actuar de otro modo, es a mi juicio que **no fundamentan suficiente y plausiblemente la culpabilidad, responsabilidad o atribuibilidad de la persona normalmente motivable**. Explicar y justificar por qué no se exige responsabilidad al sujeto no motivable o no normalmente motivable no ofrece demasiada dificultad, aunque no se maneje el criterio de la reprochabilidad, acudiendo a fundamentos como la falta de eficacia y de necesidad de prevención, sobre todo general, ante el no normal o no motivable o como el principio de igualdad en vista de la inferior situación del no normalmente motivable frente al normal. La dificultad estriba precisamente en explicar por qué hay culpabilidad o (si no se quiere utilizar ese nombre) responsabilidad simplemente por realizar el sujeto el hecho ilícito en situación de motivabilidad normal si pese a todo no era libre, o no lo sabemos, para actuar de otro modo, lícitamente⁴⁹. Desde una perspectiva declaradamente determinista MIR lo intenta fundamentar del modo siguiente: “fundar la responsabilidad en un distinto poder de resistencia del autor frente al delito no se opone al postulado determinista según el cual nadie pudo actuar de otro modo a como lo hizo. Supone sólo que *a priori* el sujeto que actúa normalmente cuenta con unas condiciones motivacionales mucho más favorables que el no responsable penalmente para resistir al delito y atender a la llamada de la norma, lo que permite a la sociedad imponer unas expectativas muy distintas en ambos casos”⁵⁰. Pero *el argumento de las expectativas sociales frente al normal no es suficiente si al final nadie puede actuar de modo distinto a como lo hizo*. En efecto, *si* por mucho que haya *ex ante* normalmente más oportunidades (“chances”) de resistencia en el sujeto normalmente motivable por las normas, *ex post se comprueba que en el sujeto y caso concreto esa expectativa era infundada precisamente porque*

⁴⁹ De modo similar CEREZO, Curso III, 2001, 38, citando otros pasajes de MIR (distintos del que cito a continuación), en los que sostiene una capacidad de motivación puramente pasiva (cits. en n. anterior), lo critica acertadamente: “pero la simple capacidad pasiva de motivación no puede servir de base a la atribución del hecho a su autor, como persona, si éste no podía obrar de otro modo, es decir no podía ser motivado con éxito para obrar de acuerdo con las exigencias del ordenamiento jurídico”. Tb. ROXIN, AT I; 4.^a, 2006, examinando críticamente en § 19/43 s. el determinismo y las posiciones de neurobiólogos en ese sentido, y concretamente la tesis de que las decisiones de la voluntad realmente surgen inconscientemente y predeterminadas por el potencial neurológico, dice en nm. 45 “que una decisión no condicionada por nada sería casual y precisamente por ello no se podría atribuir a su autor”.

⁵⁰ MIR, PG, 10.^a, 2015/16, 20/52. En n. 43 p. 550 añade: “Ello es lo que permite fundar las ‘expectativas normativas que cabe imponer a un hombre sano’. Cfr. Roxin, Culpabilidad, p.164, siguiendo a Jescheck”. Pero estos autores basan esas expectativas sociales en que el sujeto normal podía acceder a la norma con capacidad de autocontrol y por tanto se le atribuye normativamente la posibilidad de conducta conforme a Derecho: así expresamente ROXIN, AT, 4.^a 2006, § 19/46; PG I, 1997, § 19/39; JESCHECK, AT, 2.^a, 1972, 305; 4.^a, 1988, § 37 I 2 b; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a, 1996, 410 ss.

delinquirió, es decir si no pudo decidirse a favor de la norma porque tuvo otros motivos, conscientes o inconscientes, para infringirla más fuertes y que no pudo resistir (si nadie puede actuar de otro modo a como lo hace), no se entiende por qué va a pesar más la expectativa inicial de resistencia normal que posteriormente se demuestra infundada y por qué se le va a “imponer” por ello responsabilidad, declararle culpable, atribuirle o imputarle personalmente el delito a un sujeto que no podía actuar de otro modo porque no podía oponerse a motivaciones más poderosas. Del mismo modo que en otros lugares de la teoría del delito, en la imputación objetiva o en la autoría, se niega la imputación, la atribución del resultado o del hecho a la conducta si tal hecho o resultado no es obra precisamente de la peligrosidad de la conducta o de la acción del sujeto, sino de otro factor decisivo o de la actuación de otro sujeto, lo coherente será negar también la atribución o imputación personal de responsabilidad penal, es decir, del presupuesto para imponer, no una medida, sino una pena o castigo al sujeto, si el hecho no es obra del poder de decisión del mismo, sino de otros motivos más fuertes e irresistibles que lo determinan y deciden por él. Y realmente **lo mismo sucede si, aunque no se comparta el determinismo, se parte de la indemostrabilidad de la libertad** y la posibilidad de decidir y actuar de otro modo el sujeto concreto **en el caso concreto; pues en un Derecho penal y procesal penal en el que rige el in dubio pro reo** en cuanto a la demostración de lo fáctico, si no se puede estar seguro, y por tanto hay una duda razonable e insoluble, de que el sujeto concreto tuviera o no capacidad para decidir y actuar de otro modo, habría que inclinarse por la hipótesis más favorable al reo, la de que no tenía capacidad y por tanto no declararle culpable o responsable por mucho que fuera normalmente motivable. Por consiguiente, las teorías de la normalidad o motivabilidad que no aceptan la libertad –la mayoría– realmente serían más bien coherentes, no con la fundamentación de culpabilidad o de responsabilidad personal, sino con la posibilidad de imposición –en el caso más frecuente de peligrosidad y consiguiente necesidad de prevención especial del sujeto motivable y normal– de una medida de seguridad o, como proponía *von Liszt*, de una pena-fin de significado únicamente preventivo-especial; pero entonces injustamente se estaría tratando igual a los normales que a los inimputables u otros sujetos claramente inculpables.

2) Accesibilidad normativa: ¿criterio empírico o normativo?

Según el criterio de ROXIN culpabilidad es “actuación injusta pese a la existencia de accesibilidad normativa” (*normative Ansprechbarkeit*), es decir, que le sean psíquicamente accesibles al sujeto posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la llamada de la norma; y ROXIN indica que “no se trata de una hipótesis indemostrable [sobreentendido: como la libertad], sino de un fenómeno científico empírico” como prueban la psiquiatría y la psicología⁵¹. Así planteado, el criterio de la accesibilidad normativa parece un criterio empírico, fáctico, sin contenido normativo. Pero, como veremos más adelante (II.4 d 2 b’ y c’), ROXIN añade que la accesibilidad normativa parte de la base de que “el sujeto posee también capacidad de comportarse conforme a la norma”, porque “se le trata como libre”, o sea, porque hay una “suposición de libertad”, que “es una aserción normativa”. Con

⁵¹ ROXIN, AT I, 4.^a, 2006, § 19 nm 36; PG I, 1997, § 19/34.

lo cual, su concepción es más bien normativa, o como mínimo mixta, empírico-normativa.

d) Concepciones basadas en fundamentos normativos axiológicos o teleológicos

Otras concepciones mantenidas en la época moderna, desde la que mantiene la versión tradicional de la concepción normativa de la culpabilidad como reprochabilidad basada en la libertad, en el poder actuar de otro modo, u otras distintas, de las que ahora se exponen las más importantes, se basan en fundamentos claramente normativos, bien axiológicos o valorativos, o bien de carácter más bien teleológico, finalista o funcional. Hay que advertir que algunas, como las de la actitud interna, el contacto espiritual con los valores o participación en los bienes jurídicos o la defraudación de expectativas –que aquí no se van a examinar por razones de espacio– no son incompatibles con la mayoritaria concepción normativa de la reprochabilidad, sino formas de darle contenido alternativas o adicionales a la fórmula del poder actuar de otro modo; por el contrario, concepciones como la de ROXIN (especialmente en la segunda parte, la exigencia adicional de responsabilidad) y la funcional o funcionalista de JAKOBS –que tampoco podemos examinar aquí– son absolutamente diferentes de la concepción normativa de la reprochabilidad.

1) Poder actuar de otro modo o libertad de decisión

a') Posiciones que se basan en la afirmación de la libertad de voluntad o de decisión

Según la concepción tradicional y mayoritaria la culpabilidad como posibilidad de reprochar el hecho al sujeto se basa en la libertad de voluntad, en la libertad de decisión y actuación de ese sujeto en ese hecho concreto, o, según lo formula la doctrina alemana mayoritaria, en “el poder actuar de otro modo” (*das anders-Handeln-Können*) del sujeto, en haber cometido un ilícito o injusto pese a poder haber cumplido, respetado la norma, o, como fórmula de significado equivalente en alemán, el ‘poder para ello o poder al respecto’, el “poder evitarlo y responsabilidad por ello” (*das Dafür-Können*)⁵². Evidentemente, si el sujeto podía libremente haber decidido

⁵² O “poder evitarlo (y consiguiente responsabilidad)”. Reproduzco la explicación de esta traducción de “Dafürkönnen” que indiqué en mi traducción de ROXIN, AT I, 1997, § 7 nm.22 nota * p. 202: La expresión del texto “*das 'Dafürkönnen'*”, aquí traducida como “el ‘poder evitar(lo) (y consiguiente responsabilidad)’”, literalmente significa “poder respecto de ello (de algo)”, lo que no suena nada bien en castellano, por lo que en lenguaje usual se traduce como “tener la culpa (o ser culpable, o responsable) de algo”, siendo más frecuente la formulación negativa: “*ich kann nichts dafür*” = “yo no tengo la culpa (o no soy culpable, responsable) de eso” (literalmente: yo no puedo –no he podido– hacer nada al respecto). Pero cuando se expone que para un sector el fundamento o base de la culpabilidad es el “*Dafürkönnen*” (o “*dafür können*”) del autor, naturalmente no se puede traducir esa expresión con la versión vulgar de “tener la culpa o ser culpable el autor”, porque sería una tautología; y traducirlo por la variante más culta de “ser responsable el autor” aclararía poco. Aparte de que no hay que olvidar que la estructura lingüística en alemán, que lleva a la idea de ser culpable o responsable, es el poder (“*können*”) del sujeto respecto de lo ocurrido (“*dafür*”), es decir, poder hacerlo, pero también poder hacer o lograr que no hubiera ocurrido. Ello emparenta esa expresión con otra que también utiliza la doctrina en

actuar de otro modo, de modo lícito y haber actuado así, y sin embargo actuó cometiendo un ilícito penal, jurídicamente y también jurídicopenalmente se le podrá reprochar subjetivamente ese hecho (a no ser que concurra otra circunstancia de disculpa); y si al contrario por alguna razón interna permanente u ocasional o externa está excluida la libertad del sujeto al cometer el hecho típico, no se le podrá reprochar individualmente esa actuación que no podía haber evitado, no habrá reprochabilidad y con ello se excluirá la culpabilidad. Bien porque se parta del indeterminismo y se comparta la posición filosófica y ética de la existencia del libre albedrío en el ser humano, o bien porque, sin entrar en la polémica filosófica indeterminismo-determinismo, se considere que la libertad humana es una premisa normativa de la que parten todos los ordenamientos jurídicos, a no ser que en el sujeto o en la situación concreta haya circunstancias excepcionales que demuestren o pongan seriamente en tela de juicio la anulación o exclusión de su libertad (excepción esta que obviamente hacen ambas fundamentaciones, la del indeterminismo y la de la premisa normativa), con cualquiera de esos fundamentos la doctrina penal claramente dominante mantiene que el sujeto actuó libremente al decidir realizar un ilícito o injusto típico y podía haber actuado de otro modo, o sea haber evitado infringir la norma, por lo que se le puede reprochar el hecho, mientras que si por cualquier causa no tenía libertad y no podía actuar de otro modo y respetar la norma, el hecho no le será reprochable⁵³.

sentido equivalente para designar el fundamento material de la culpabilidad: el “poder actuar de otro modo” (“*anders handeln können*” o “*das Andershandelnkönnen*”), que es otra forma de designar la libertad de voluntad o libre albedrío. Por todo ello, para indicar que el ‘tener la culpa, o ser culpable o responsable’ de la versión de aquella expresión en el lenguaje corriente es consecuencia del poder del sujeto para evitar cometer el hecho típico y antijurídico, se ha optado por la fórmula “poder evitar (y consiguiente responsabilidad)”.

⁵³ Así, entre innumerables autores, en la doc. alemana, p.ej. ARTH. KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 1961, 279 ss.; WELZEL, *Lehrbuch*, 11.^a, 1969, 138 ss.; LENCKNER, en Göppinger/Witter, *Handbuch der forensischen Psychiatrie*, I, 1972, 19 ss.; STRATENWERTH, *AT*, 3.^a, 1981, 213 ss.; DREHER, *Die Willensfreiheit*, 1987, 52 ss.; SCHÜNEMANN, en Hirsch/Weigend (eds.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, 1989, 147 ss., 151 ss.; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5.^a, 1996, 410 ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, *StGB*, 26.^a, 2000, antes del § 32 110 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 10.^a, 386 ss., 11.^a 2003.; en la doc. española, p.ej. ANTÓN ONECA, *DP I*, 1949, 192 ss.; QUINTANO, *Curso I*, 1963, 266 ss.; CÓRDOBA, *Culpabilidad y pena*, 1977, 70 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, *PG* 18.^a 1995, 432 ss.; COBO/VIVES, *PG*, 5.^a, 1999, 539 ss.; CEREZO, *Curso III*, 2001, 26 ss., 38 ss.; CUELLO CONTRERAS, *PG I*, 3.^a, 2002, XI/40 ss., 939 ss.; ORTOS/GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio PG*, 3.^a, 301 ss. En la portuguesa ya vimos (supra 20/ y n.) la posición de FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade. Culpa*, 2.^a, 1983, 65 ss., capacidad de autodeterminarse por la norma (a favor de la libertad de voluntad en 55 ss.); en *PG I*, 2.^a, 2007, 522 ss., 524, insiste en la culpabilidad de la persona basada en la libertad, pero más que en la libertad de voluntad del acto vuelve a la culpabilidad por el carácter basada en la libre decisión del hombre sobre sí mismo. En la doc. iberoamericana parten del poder actuar de otro modo p.ej. DONNA, *TDP 1*, 2.^a 1996, 245; *TDP 2*, 1995, 182 ss.; *PG*, IV, 2010; ZAFFARONI, *Tratado IV*, 1982, 10 ss.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *PG*, 2000, 641 ss. (aunque en 620 ss. combina el reproche por la autodeterminación con el reproche por la “vulnerabilidad” del agente); 2.^a 2002, 656 ss., 650 ss.; VELÁSQUEZ, *PG*, 3.^a, 1997, 547 ss.; 4.^a 2009, aunque hablando no de reprochabilidad sino de exigibilidad; HURTADO, *Manual PG*, 2.^a, 1987, 427 ss.; 3.^a 2005, 604 ss., 609 ss.

b') Posiciones que rechazan la afirmación de la libertad de voluntad o de decisión: determinismo, agnosticismo contrario a la reprochabilidad

Desde posiciones contrarias o diferentes se han hecho críticas a la utilización de la libertad como base de la reprochabilidad y la culpabilidad. Por una parte, desde el determinismo, que naturalmente rechaza la libertad humana y cree que el hombre actúa siempre determinado por motivos o presiones que no puede evitar ni controlar. Y eso mismo sostienen actualmente científicos experimentales como representantes de las neurociencias (neurobiología etc.), que sostienen que las investigaciones empíricas sobre la estructura y conexiones neuronales entre partes del cerebro indican que no hay decisión libre y consciente en la actuación humana, pues ésta viene ya prefijada por procesos neuronales⁵⁴. Es más, la creencia humana de que decide la libre voluntad dirigida por el yo consciente es un espejismo o autoengaño, porque las investigaciones neurocientíficas afirman que son los impulsos y deseos inconscientes del sistema límbico del cerebro los que realmente deciden unos instantes antes de que los percibamos conscientemente⁵⁵. Si esto es así, para la mayoría de los cultivadores de las neurociencias, la libertad de voluntad y decisión es un artificio inexistente, una mera ilusión, no porque no se pueda probar, sino porque se puede probar que no existe⁵⁶.

⁵⁴ Así cita HASSEMER, InDret 2011-1, 21, como testimonio representativo entre otros muchos de las neurociencias, para después rebatirlo, la afirmación de ROTH, en Geyer (ed.) *Hirnforschung und Willensfreiheit*, 2004, 73: “el acto consciente de voluntad de ningún modo [puede] ser el causante del... movimiento, porque este movimiento está fijado ya previamente por procesos neuronales”. Denominan “neurodeterminismo” a esa posición MERKEL, *Willensfreiheit*, 2008, 30; HERZBERG, *Willensunfreiheit*, 2010, 2 ss.; citándolos FEJOO, InDret 2011-2. Cfr. más ampliamente DEMETRIO CRESPO, InDret 2011-2, 2 ss.; y críticamente con más citas ROXIN, AT, 4.ª 2006, § 19/43 s.

⁵⁵ Así ROTH, *Fühlen, Denken, Handeln*, 2003, 553: como consecuencia de la concatenación de la amígdala, el hipocampo y el nudo ventral y dorsal, la memoria emocional de la experiencia (que trabaja de modo inconsciente) tiene la primera y la última palabra en lo que concierne a la aparición de deseos e intenciones, de modo que las decisiones adoptadas ocurren en el sistema límbico uno o dos segundos antes de que podamos percibir las de modo consciente; cfr. ampliamente DEMETRIO CRESPO, InDret 2011-2, 6 s.

⁵⁶ Resume así la posición de las neurociencias DEMETRIO CRESPO, InDret 2011-2, 5. Insisten en que aceptación de la libertad de voluntad es una mera ilusión, fantasía, autoengaño o construcción teórica o elaboración social de algo inexistente p. ej. ROTH, *Fühlen, Denken, Handeln*, 2003, 553; SINGER, en Geyer (ed.), *Hirnforschung und Willensfreiheit*, 2004, 43 ss., 48 ss.; PRINZ, en *Psychologische Rundschau* 55/4 2004, 198 ss., intentando desarrollar cómo se producen los mecanismos cerebrales y psicológicos que conducen a esa simple ilusión; pero las complejas explicaciones que dan estos autores no son comprobaciones o demostraciones irrefutables, sino meros intentos explicativos, son a su vez construcciones o elaboraciones teóricas para explicar por qué se produce de modo casi unánime en los humanos la percepción de la libertad de decisión, que tienen que reconocer que es un contundente dato empírico sociológico, pero que ellos consideran que es una falsa percepción. Sin embargo, no todos los defensores de esta posición e las neurociencias llegan a la conclusión de que sea ilegítimo que la sociedad y el Derecho basen la culpabilidad y la responsabilidad en la aceptación social de la libertad de voluntad, pues bastantes de los que aceptan estas tesis como punto de partida matizan y consideran importante la función que para la estructura social representa la aceptación de la libertad: cfr. ampliamente la exposición de DEMETRIO CRESPO, InDret 2011-2, 5 ss., 14 ss.

También se critica, de modo más extendido en la ciencia penal, la aceptación de la libertad desde una posición (el llamado “agnosticismo”, que no sabe si hay o no libertad) no determinista pero que objeta que la libertad de voluntad, el poder actuar de otro modo de un sujeto concreto en el hecho concreto es empíricamente, científicamente indemostrable⁵⁷ y una tesis puramente metafísica, dado que no se puede repetir experimentalmente exactamente esa circunstancia histórica concreta de ese hombre en el tiempo y en el espacio para comprobar reiteradamente si podía decidir de otro modo, dado que la vez siguiente el sujeto ya no sería exactamente igual, pues tendría la experiencia de la vez anterior y lo sucedido después y las circunstancias no serán idénticas⁵⁸. La acusación es entonces que los partidarios del poder actuar de otro modo no afirman la comprobación de la libertad del sujeto concreto en el acto concreto, sino que se limitan a constatar que el sujeto habría podido obrar de otro modo con la necesaria fuerza de voluntad “de acuerdo con sus disposiciones y aptitudes generales”, que en las circunstancias concretas “otro en su lugar” habría podido, que hay que hacer “una comparación... con el comportamiento que la experiencia nos muestra de aquellos hombres que se encontraron en la misma situación”, o que el Derecho parte de la posibilidad de empleo de fuerza de voluntad y disposición “del término medio”, del “poder de la persona media que existe conforme a experiencia” o capacidad de la “mayoría de las personas”⁵⁹, y se critica ese proceder diciendo que no se puede basar un reproche al sujeto en las capacidades que posiblemente otros tengan, pero no tiene o no se sabe si tiene el sujeto y que si

⁵⁷ Así ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit*, 1963, 2.^a, 1965, 23 ss.; BOCKELMANN, *ZStW* 75 1963, 372, 380; DANNER, *Gibt es einen freien Willen?*, 1969, 4.^a 1977, 190 ss., *passim*; GIMBERNAT, en *Problemas actuales*, 1971, 89 ss.; MUÑOZ CONDE, *GA* 1973, 68; *Introducción a Roxin, Culpabilidad y prevención*, 1981, 23; ROXIN, *Sentido y límites de la pena estatal, Problemas básicos*, 1976, 13 s.; “Culpabilidad” y “responsabilidad”, *Problemas básicos*, 1976, 203; *AT I*, 4.^a, 2006, § 19/21, 37 ss., 41; *PG I*, 1997, § 19/19, 35 ss., 38; LUZÓN PEÑA, *Medición*, 1979, 21. ROXIN, *Sentido y límites de la pena estatal, Problemas básicos*, 1976, 13; FS-Henkel, 1974, 174 s.= *Problemas básicos*, 1976, 203; *AT I*, 4.^a, 2006, § 19/40; *PG I*, 1997, § 19/37, destaca que esto lo reconocen incluso muchos partidarios del poder actuar de otro modo y (en el segundo trabajo) cita a WELZEL, *Lehrbuch*, 1969, 148; HENKEL, FS-Larenz, 1973, 24; LENCKNER, en *Göppinger/Witter, Handbuch I*, 1972, 98; STRATENWERTH, *AT*, 1971, nm. 531; JESCHECK, *AT*, 2.^a, 1972, 305; y en su *AT/PG* cita a DREHER, *Die Willensfreiheit*, 1987, 396; GRIFFEL, *ZStW* 98 1986, 35 s., 42; ARTH. KAUFMANN, *Jura* 1986, 226. Afirmándolo desde una perspectiva neutra sobre la polémica filosófica, p.ej. LACKNER, FS-Kleinknecht, 1985, 245 ss., 249, con múltiples citas; ROXIN, *lugs. cit.*

⁵⁸ Cfr. ENGISCH, *loc. cit.*; GIMBERNAT, en *Problemas actuales*, 1971, 89 ss.; *Estudios*, 1976, 60 ss.; MIR, *PG*, 10.^a, 2015/16, 20/40 s.

⁵⁹ Así las fórmulas de, respectivamente, ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit*, 1963, 2.^a, 1965, 26 (eso sí, ENGISCH usa el criterio de las disposiciones y aptitudes generales del propio sujeto, porque en p. 25 rechaza “el salto a otra persona o al género persona”, como destaca ROXIN, *AT I*, 4.^a, 2006, § 19/22 n. 51; *PG I*, 1997, § 19/20, n. 38); JESCHECK, *AT*, 2.^a, 1972, 305; 4.^a, 1988, § 37 I 2 b; ARTH. KAUFMANN, *JZ* 1967, 560; HENKEL, FS-Larenz, 1973, 25; MANGAKIS, *ZStW* 75 1963, 517; o LENCKNER, en *Göppinger/Witter, Handbuch I*, 1972, 19. Cfr. al respecto ROXIN, FS-Henkel, 1974, 174 s.= *Problemas básicos*, 1976, 203 s.; *Problemas básicos*, 1976, 53; *AT I*, 4.^a, 2006, § 19/22; *PG I*, 1997, § 19/20 (que señala en n. 51 *AT* = n. 38 *PG* que la idea del poder de “otro en su lugar” utilizada por JESCHECK procede al parecer de DOHNA, *ZStW* 66 1954, 511 ss.).

para la culpabilidad se presupone un fenómeno empírico que por principio no puede constatarse, ello debería conducir a la absolución en virtud del principio “*in dubio pro reo*”⁶⁰.

c') Respuestas al rechazo de la libertad como base de la culpabilidad

c' 1) A las críticas contra la aceptación de la libertad como base de la culpabilidad se les ha dado las correspondientes respuestas:

En primer lugar, existe igual indemostrabilidad empírica del determinismo, de la falta de libertad humana⁶¹ que aquella de la que se acusa a la aceptación de la libertad; y aclaro que ya de entrada por la misma razón: para más detalles v. *infra* III. 2 b. Se destaca que es equivocado aceptar que la última palabra sobre las peculiaridades del comportamiento humano y social la tienen las apreciaciones de los científicos naturales o experimentales, como hoy ocurre p. ej. con ciertas afirmaciones de representantes de la neurobiología, por lo demás sectoriales y parciales, unilaterales, en el sentido de que el movimiento humano de ningún modo es causado por un acto consciente de voluntad, por una decisión, sino que está fijado, determinado previamente por procesos neuronales de determinada parte del cerebro; esto supone, dice HASSEMER, el error categorial de muchos biólogos humanos arrogantes de estar convencidos de que sus resultados demuestran la falsedad de la posibilidad de libre albedrío y responsabilidad, con vulneración de un principio de la teoría del conocimiento y de la ciencia, que toda ciencia sólo ve aquello a lo que sus instrumentos le permiten el acceso, y lo que pertenece al instrumental de una ciencia queda determinado en función de su objeto formal, de modo que si una ciencia actúa fuera del ámbito que le resulta accesible, confunde las cosas y las categorías y crea caos; y eso es lo que sucede cuando se niega que los seres humanos pueden ser responsables de lo que hacen, elimina con ello una pieza clave no sólo de nuestro ordenamiento jurídico, sino también de nuestro mundo, vulnerando el fundamento normativo de nuestro trato social, el reconocimiento como personas. La base de ese reconocimiento es la expectativa recíproca de que nuestros congéneres no nos ven como un sistema compuesto por huesos, músculos y nervios, sino que nos perciben

⁶⁰ Así ROXIN, AT I, 4.^a, 2006, § 19/22 y 21; PG I, 1997, § 19/20 y 19; ya en Problemas básicos, 1976, 14; crítica similar en CEREZO, Curso III, 2001, 39 s. Todo ello sin perjuicio de que, como se verá a continuación, Roxin sí admite en cambio la libertad como presunción o aserción normativa para afirmar la culpabilidad, últimamente concebida como accesibilidad normativa del sujeto.

⁶¹ Así p. ej. ANTÓN ONECA, DP I, 1949, 192 ss., 219; BOCKELMANN, ZStW 75 1963, 386 ss.; GRIFFEL, ZStW 98 1986, 35 s., 42; CEREZO, Curso III, 2001, 26 ss., 38 ss.; CUELLO CONTRERAS, PG I, 3.^a, 2002, XI/41 s., 940 s.; ROXIN, AT I, 4.^a, 2006, § 19/21, 44, PG I, 1997, § 19/19. Ello lo reconoce implícitamente un determinista como MIR, PG, 10.^a, 2015/16, 20/40, que considera simplemente “razonable pensar que si se haya determinada” la conducta, que no pudo ser otra que la que fue, y añade: “Si esto es así, o por lo menos no hay posibilidad de demostrar científicamente que no sea así”, pero no dice que se pueda demostrar científicamente que sea así, y por eso tiene que recurrir a la ley general de la causalidad.

también como persona y se conducen en función de esa percepción”⁶². Y aún hay más, es que el propio impulsor de estas tesis de la neurobiología, LIBET, acaba destacando que la voluntad consciente puede bloquear el impulso surgido de procesos neuronales inconscientes: “la voluntad consciente influye el resultado del proceso de voluntad, aunque este último fue introducido por procesos cerebrales inconscientes” y concluye que tan no demostrado está el determinismo como el indeterminismo ⁶³.

Pero además se argumenta que *la aceptación de la libertad de voluntad* como base de la culpabilidad tiene, por un lado, *fundamento empírico* y, por otro, *un decisivo fundamento normativo y constitucional*⁶⁴. En efecto, la aceptación de la libertad de decisión y actuación humana excepto en casos de perturbación o situaciones excepcionales corresponde, por una parte, a la común experiencia humana cotidiana, porque de modo incontestable la inmensa mayoría de los humanos se viven, se sienten, se ven y se consideran a sí mismos, y a los demás (la llamada “imagen del hombre”), como capaces en circunstancias normales de decisión libre, de elegir entre

⁶² Cfr. muy ampliamente HASSEMER, Neurociencias y culpabilidad en DP, InDret 2011-1, 15 ss., 21, 24. En el mismo sentido ya SCHÜNEMANN, en Hirsch/Weigend (eds.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, 147 ss.

⁶³ Cfr. LIBET, en Geyer (ed.), Hirnforschung und Willensfreiheit, 2004, 268 ss., 277, 284. Lo subraya ROXIN, AT I, 4.^a, 2006, § 19/43 s., criticando las posiciones de neurobiólogos en sentido determinista, y destacando en nm. 44 que LIBET (p. 287) acaba incluso expresando simpatía hacia el indeterminismo.

⁶⁴ Ambas fundamentaciones están muy extendidas, pero también es frecuente la fundamentación mixta, combinado la empírica y la normativa: así p.ej. ROXIN, Sentido y límites, Problemas básicos, 1976, 27 s.; Franz von Liszt y la concepción, Problemas básicos, 1976, 54; SchwZStr 104 1987, 369 = CPC 1986, 685; AT I, 4.^a, 2006, § 19/41, 46 = PG I, 1997, § 19/38 s. (AT, 46; PG, 39: “la culpabilidad es un dato mixto empírico-normativo”); CEREZO, Curso III, 2001, 38 ss. (38: “Hacia un concepto empírico-normativo de culpabilidad conforme a la Constitución”), aunque en 39 destaca, con HENKEL, FS-Larenz, 1973, 23 ss., que la capacidad de autodeterminación del hombre en el caso concreto sólo es parcialmente comprobable en aspectos concretos. Es muy destacable que ROXIN, que como hemos visto antes ha insistido tanto en la no demostrabilidad científica de la libertad de voluntad y en que por ello la culpabilidad no puede basarse en la tesis filosófica del indeterminismo, sin embargo acaba basando la culpabilidad en la libertad, pero fundamentada en datos empíricos y sobre todo en fundamentos normativos: en los primeros trabajos de modo menos enérgico e insistiendo en que la culpabilidad así concebida era utilizada sólo como límite de la pena, pero no como su fundamento, por tanto para ampliar derechos y libertades, no para restringirlos (Problemas básicos, 1976, 27 s., 54); en cambio en su manual, AT I, 4.^a, 2006, § 19/36 ss., PG I, 1997, § 19/34 ss., reconoce amplia y tajantemente la libertad, de base empírica y normativa, como integrante de la accesibilidad normativa en que consiste la culpabilidad y ésta ya es tanto fundamento de la pena como límite de la prevención. En todo caso ROXIN, Problemas básicos, 1976, 27 s.; AT I, 4.^a, 2006, § 19/37 = PG I, 1997, § 19/35, insiste que una concepción así de la libertad o poder actuar de otro modo, con fundamento empírico y normativo, puede ser admitida como base de la culpabilidad tanto por los indeterministas como incluso por los deterministas, y también, añade, por los agnósticos a ese respecto: “asimismo podrán aceptarla el agnóstico que se declara desconocedor de la existencia o no de libre albedrío (como tal se confiesa el autor en este punto) y el determinista” (AT I, 4.^a, 2006, § 19/37 = PG I, 1997, § 19/35).

posibilidades de acción, y por ello como seres responsables de sus actos⁶⁵, porque “la autocomprensión natural del ser humano normal se basa en esta conciencia de libertad”⁶⁶, porque la libertad de voluntad, en palabras de SCHÜNEMANN, es “una parte de la llamada reconstrucción social de la realidad y pertenece... a un sector especialmente elemental al menos de la cultura occidental”⁶⁷. Además, coincidentemente con ello, las investigaciones de la moderna antropología y psicología comparando la conducta humana con la animal ponen de manifiesto que el hombre, con el desarrollo de su razón, valores y conciencia ética, es capaz de controlar sus impulsos e instintos mediante su inteligencia y voluntad y por ello que no hay determinación biológica general del hombre⁶⁸.

⁶⁵ Así ROXIN, *Sentido y límites* (1966), en *Problemas básicos*, 1976, 27, los hombres existen en todos los tiempos con la conciencia de libertad y responsabilidad y conforme a ese sentido tienen que conformar su vida en común; *Problemas básicos*, 1976, 54. “la conciencia humana de libertad como realidad social y física indiscutible”; AT I, 4.^a, 2006, § 19/41, 21, 37 y 40 = PG I, 1997, § 19/38, 19, 35 y 37; GRIFFEL, *ZStW* 98 1986, 35 s., 43, la libertad es una vivencia o experiencia interior irrefutable, pero tb. puede justificarse ante la propia conciencia y ante la comunidad como decisión razonable del conocimiento, reconocible intersubjetivamente y fundamentable racionalmente; DREHER, *Die Willensfreiheit*, 1987, 296: libertad y la responsabilidad son un elemento irrenunciable de la convivencia humana, ya que no poseemos otra realidad que la vivida por nosotros; HIRSCH, *ZStW* 106 1994, 763 ss.; NDP 1996, 41 ss.: su reconocimiento por los ciudadanos; SCHÜNEMANN, en Schönemann (ed.), *Grundfragen*, 1984, 163, 166 [= El sistema moderno, 1991, 154 s., 156]; GA 1986, 293 ss.; en Hirsch/Weigend (eds.), *Strafrecht und Kriminalpolitik*, 1989, 147 ss., 151 ss.; FS-Lampe, 2003, 547 s.: la libertad es parte de la llamada reconstrucción social de la realidad y de un sector especialmente elemental al menos de la cultura occidental, es socialmente real aunque sólo sea por asentarse en las estructuras elementales del lenguaje y la comunicación social, es una estructura social, firmemente asentada como parte de la realidad social; CEREZO, *Curso III*, 2001, 41: la conciencia de la libertad de los ciudadanos, la visión que tienen del mundo y de sí mismos, reflejada incluso como destaca Schönemann en las estructuras del lenguaje y la reconstrucción de la realidad, el reconocimiento de la libertad de voluntad en la realidad social; CUELLO CONTRERAS, PG I, 3.^a, 2002, XI/41 ss., 939 ss. y n. 70; HASSEMER, *InDret* 2011-1, 24: “Quien –por las razones que fuere– niegue que los seres humanos pueden ser responsables de lo que hacen, elimina una pieza clave no sólo de nuestro ordenamiento jurídico, sino también de nuestro mundo. Vulnera el fundamento normativo de nuestro trato social, el reconocimiento como personas. La base de ese reconocimiento es la expectativa recíproca de que nuestros congéneres ... nos perciben también como persona y se conducen en función de esa percepción. Cuando no hay indicios de lo contrario, atribuimos al otro la responsabilidad que vivimos en nosotros mismos y que reivindicamos para nosotros ... porque no podemos vivir juntos sin ese crédito recíproco”. Similar ya ANTÓN ONECA, DP I, 1949, 192 ss.: “la creencia en la libertad intuida por nuestra conciencia”.

⁶⁶ ROXIN, *SchwZStr* 104 1987, 369 = CPC 1986, 685; AT I, 4.^a, 2006, § 19/41 = PG I, 1997, § 19/38.

⁶⁷ SCHÜNEMANN, en Schönemann (ed.), *Grundfragen*, 1984, 163 = El sistema moderno, 1991, 154 s.

⁶⁸ Así LANGE, FS-DJT, 1960, 345 ss.; *Die moderne Anthropologie und das Strafrecht*, en Frey (ed.), *Schuld – Verantwortung – Strafe*, 1964, 277 ss.; ARTH. KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 1961, 116 ss.; WELZEL, *Lehrbuch*, 11.^a, 1969, 142 ss.; ROXIN, *Sentido y límites* (1966), en *Problemas básicos*, 1976, 13 s., 27 (en n. 23: “A R. Lange le corresponde particularmente el mérito de haber hecho provechosas para el Derecho penal las modernas

Por otra parte se destaca la regulación jurídica absolutamente universal, que parte de la libertad y responsabilidad de los hombres, de esa misma “imagen del hombre” como ser libre que los humanos tienen de sí mismos⁶⁹; la negación de la libertad y de la responsabilidad personal derivada de su uso sería perturbadora y disfuncional, de consecuencias catastróficas para la sociedad y el Derecho, porque sería muy difícil o incluso imposible que la organización social y el Derecho pudieran funcionar sin partir de la libertad de actuación de los hombres en circunstancias normales y consiguiente exigencia de responsabilidad a los mismos, pues la educación y los mecanismos de contención no funcionarían si las personas supieran que no se les va a considerar seres libres y responsables de las infracciones que cometan⁷⁰: “una

investigaciones antropológicas”); JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a, 1996, 409 ss.; PG, 2002, 369 ss.; CEREZO, Curso III, 2001, 40 s.

⁶⁹ Sobre “la imagen del hombre” (*das Menschenbild*) por parte del Derecho penal cfr. JESCHECK, *Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform*, 1957; WÜRTEMBERGER, *Die geistige Situation*, 2.^a 1959; MAIHOFER, *Menschenbild und Strafrechtsreform*, en *Gesellschaftliche Wirklichkeit im 20. Jahrhundert und Strafrechtsreform*, 1964, 5 ss.; BAUER, *Das Strafrecht und das heutige Bild des Menschen*, en *Die deutsche Strafrechtsreform*, 1967, 11 ss. ROXIN, *Sentido y límites* (1966), en *Problemas básicos*, 1976, 27, llama “esa imagen del hombre, constitutiva para el ordenamiento de nuestra comunidad” al hecho de que los conceptos de dignidad humana y autonomía de la persona, que presiden la Ley Fundamental y la tradición occidental, indiscutiblemente presuponen al hombre como ser capaz de culpabilidad y responsabilidad, y de que los hombres existen en todos los tiempos con la conciencia de libertad y responsabilidad; CEREZO, Curso III, 2001, 40 ss. habla del “concepto del ser humano” y de la “concepción del hombre” como persona y ser libre y responsable por parte del Derecho y la Constitución.

⁷⁰ Así ROXIN, *Sentido y límites* (1966), en *Problemas básicos*, 1976, 27, los conceptos de dignidad humana y autonomía de la persona, que presiden la Ley Fundamental y la tradición occidental, indiscutiblemente presuponen al hombre como ser capaz de culpabilidad y responsabilidad, y los hombres existen en todos los tiempos con la conciencia de libertad y responsabilidad y conforme a ese sentido tienen que conformar su vida en común; Franz von Liszt y la concepción (1969), en *Problemas básicos*, 1976, 54: el PA parte de que “al hombre imputable ... se le debe tratar en el campo de su actuación privada y social como una persona capaz de conducta libre y responsable. Esto no es sólo que corresponda a la Ley Fundamental...; es que además ningún orden jurídico que reconozca la dignidad humana y el principio de igualdad podrá disponer otra cosa”; AT I, 4.^a, 2006, § 19/21 (un determinismo estricto es prácticamente inviable) y 41 (v. nota sig.), PG I, 1997, § 19/19 y 38; SCHÜNEMANN, cit. en n. 65; CEREZO, Curso III, 2001, 41: el Derecho no puede ignorar la conciencia de la libertad de los ciudadanos, la visión que tienen del mundo y de sí mismos, coincidiendo con Schünemann, y no hacerlo sería desconcertante y disfuncional, pues las normas serían concebidas sólo como factores causales de posible influencia en los individuos; CUELLO CONTRERAS, PG I, 3.^a, 2002, XI/42, 940: el determinismo “haría irrisorio todo nuestro sistema educativo, pensado para que el hombre aprenda a ejercer la libertad, motivándose correctamente, privaría de sentido al ordenamiento jurídico, que parte de la capacidad del hombre de motivarse conforme a deber, y, lo que es más grave, provocaría una especie de vuelta al estado de naturaleza, ya que cualquiera, en cualquier momento podría sucumbir a un impulso irresistible, sobre todo si ya cayó una vez”; por contra, añade (XI/41), desde la infancia llevamos a cabo actos tendentes a controlar impulsos que de otra forma nos llevarían a atentar contra nosotros mismos y contra los demás; HASSEMER, *InDret* 2011-1, 24: “Quien ... niegue que los seres humanos pueden ser responsables de lo que hacen, elimina una pieza clave no sólo de nuestro ordenamiento

ordenación razonable de la vida social humana no es posible sin la concesión recíproca de libertad⁷¹. Por eso estamos, se afirma con unos términos u otros, ante la premisa o aserción normativa o suposición, presuposición o presunción normativa y constitucional de libertad⁷² (basada, como el principio de culpabilidad, en elementos

jurídico, sino también de nuestro mundo. Vulnera el fundamento normativo de nuestro trato social, el reconocimiento como personas ... atribuimos al otro la responsabilidad que vivimos en nosotros mismos y que reivindicamos para nosotros ... porque no podemos vivir juntos sin ese crédito recíproco”.

⁷¹ Así ROXIN, AT I, 4.^a, 2006, § 19/41 = PG I, 1997, § 19/38. Similar HASSEMER, cit. en n. anterior.

⁷² Así ROXIN, Sentido y límites (1966), en Problemas básicos, 1976, 27, los conceptos de dignidad humana y autonomía de la persona, que presiden la Ley Fundamental y la tradición occidental, indiscutiblemente presuponen al hombre como ser capaz de culpabilidad y responsabilidad, y los hombres existen en todos los tiempos con la conciencia de libertad y responsabilidad y conforme a ese sentido tienen que conformar su vida en común, 28: el concepto de culpabilidad “que corresponde a la responsabilidad de un hombre concebido como libre y capaz de responsabilidad... se debe reconocer el principio de culpabilidad “en la esfera normativa de las regulaciones ordenadoras de la sociedad, como una disposición de la comunidad jurídica, que protege al particular de la superioridad de un poder estatal”; Franz von Liszt (1969), Problemas básicos, 1976, 54: al hombre imputable “se le debe tratar en el campo de su actuación privada y social como una persona capaz de conducta libre y responsable”, como corresponde a la Constitución, y “ésta es una decisión normativa, es decir, un principio regulador político-social, que es completamente independiente de la posibilidad de fundamentar el indeterminismo ... Tal premisa jurídica de libertad ...”; MSchrKrim 1973, 316 ss., 320: el poder de autodeterminación como “principio normativo regulador de carácter generalizante”, “postulado políticocriminal dirigido al juez” o “suposición de libertad”; SchwZStr 104 1987, 369 = CPC 1986, 685: “Nos sentimos autorizados a la ‘aserción normativa’ de que una persona cuya capacidad de control en una determinada situación (aún) está acompañada también puede actuar libremente”; AT I, 4.^a, 2006, § 19/37 [PG I, 1997, § 19/35] (“esta suposición de libertad ... la misma no dice que el sujeto pudiera efectivamente actuar de otro modo –lo que precisamente no podemos saber–, sino sólo que, cuando exista una capacidad de control intacta y con ella asequibilidad normativa, se le **trata como libre**. La suposición de libertad es una ‘aserción normativa’ [*normative Setzung*, tb. proposición o posición normativa], una regla social de juego, cuyo valor social es independiente del problema de teoría del conocimiento y de las ciencias naturales. Con la libertad no ocurre en el Derecho otra cosa que con la igualdad”), 40 [PG I, 37] (la suposición de libertad es una aserción normativa independiente de los datos empíricos y admisible por igual para deterministas e indeterministas), 41 [PG I, nm. 38] (suposición de libertad, aserción normativa, “el Derecho penal debe partir del libre albedrío, aunque el mismo no se pueda demostrar exactamente”), 42 (aserción normativa), 46 [PG I, nm. 39] (se atribuye normativamente la posibilidad –derivada de la capacidad general de autocontrol y la accesibilidad normativa, empíricamente constatables– de conducta conforme a Derecho), 49 [PG I, nm. 42] (culpabilidad como suposición o hipótesis garante de la libertad); siguiendo a Roxin, BACKES, FS-Maihofer, 1988, 53 ss.; HIERRO, ADPCP, 1989, 561 ss., 568: suposición de libertad; MAURACH/ZIPF, AT, 8.^a, 1992, 431, 487, concepto constitucional del hombre como responsable y capaz de autodeterminación; SCHÜNEMANN, cit. en n. 65; CEREZO, Curso III, 2001, 40-41: concepto constitucional del hombre como responsable y capaz de autodeterminación, citando de la CE los arts. 1 con el Estado social y democrático de Derecho y los valores de libertad, justicia e igualdad, y 10.1: dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad; el Derecho no puede ignorar la conciencia de la libertad de los ciudadanos, la visión que tienen del mundo y de

o valores constitucionales como la dignidad –incluso ahora MIR–, el libre desarrollo personalidad, la justicia, etc.)⁷³; pero esta aserción normativa también tiene base fáctica, empírica, antropológica y sociológica, como se acaba de ver y que por eso el

sí mismos, coincidiendo con Schönemann; HEUN, JZ 2005, 853 ss.; STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 6.^a, 2010, § 7/26: el Derecho penal presupone el “poder” dentro de ciertos límites definidos normativamente. Califican la libertad o poder individual como “ficción” normativa KOHLRAUSCH, FG-Güterbock, 1910, 26: “ficción necesaria para el Estado”; sobre ello ampliamente STRATENWERTH, Willensfreiheit - eine staatsnotwendige Fiktion?, SchwZStr 101 1984, 225 ss.; HIERRO, ADPCP, 1989, 568: suposición o ficción de libertad. Este término en todo caso no me parece adecuado porque ficción es aparentar algo inexistente, imaginario, inventado o falso, y la libertad de elección de los hombres normales es algo que tiene como mínimo sólidas bases antropológicas y sociológicas, además de jurídicas, y lo más que sucede es que no se puede comprobar experimentalmente si existía o no en el caso concreto, pero tampoco que no existiera.

⁷³ Así ROXIN, Sentido y límites (1966), en Problemas básicos, 1976, 27, los conceptos de dignidad humana y autonomía de la persona, que presiden la Ley Fundamental y la tradición occidental, indiscutiblemente presuponen al hombre como ser capaz de culpabilidad y responsabilidad; Franz von Liszt (1969), Problemas básicos, 1976, 54: “persona capaz de conducta libre y responsable. Esto no es sólo que corresponda a la Ley Fundamental...; es que además ningún orden jurídico que reconozca la dignidad humana y el principio de igualdad podrá disponer otra cosa”; SchwZStr 104 1987, 369 = CPC 1986, 685: “Nos sentimos autorizados a la ‘aserción normativa’ de que una persona ... puede actuar libremente porque”; AT I, 4.^a, 2006, § 19/37 (“con la libertad no ocurre en el Derecho otra cosa que con la igualdad”), 49 (culpabilidad como hipótesis garante de la libertad, dirigida contra los excesos punitivos del Estado, mantiene los límites propios del Estado de Derecho) = PG I, 1997, § 19/35, 42; MAURACH/ZIPF, AT, 8.^a, 1992, 431, 487, concepto constitucional del hombre como responsable y capaz de autodeterminación; Cerezo, Curso III, 2001, 40-41: concepto constitucional del hombre como responsable y capaz de autodeterminación, citando de la CE los arts. 1 con el Estado social y democrático de Derecho y los valores de libertad, justicia e igualdad, y 10.1: dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad. El principio de culpabilidad lo fundamenta gran parte de la doctrina en los mencionados principios constitucionales: además de los autores cit., cfr. p. ej., fundamentándolo mayoritariamente en la dignidad de la persona, WELZEL, Lehrbuch, 1969, 138; BACIGALUPO, LL 1982-2, 936 ss., siguiendo al Trib. Const. alemán podría derivarse del principio del Estado de Derecho y también de la dignidad humana (aunque el BVerfG añadía como fundamento tb. el derecho a la libertad general de actuación); CEREZO, DP y derechos humanos: experiencia española y europea, AP 1993, 194; Curso III, 2001, 16 s.; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a, 1996, 23 ss.; como he señalado *supra* n. 36, incluso MIR, que rechaza tajantemente la libertad de voluntad y basa la culpabilidad o imputación personal en el principio de igualdad, ahora añade en PG, 10.^a, 2015/16, 4/66, su fundamento constitucional también “en la dignidad humana”; igualmente ahora MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 8.^a, 2010, 355-357, fundan la culpabilidad, además de en la posibilidad de motivación por la norma en un apoyo constitucional: el proceso de motivación ha de ser conforme a las exigencias de igualdad del Estado democrático (356), y (357) exigir culpabilidad es “limitar el poder punitivo del Estado en base a consideraciones emanadas de la propia dignidad del ser humano como sujeto responsable”. Además cfr. GARCÍA PÉREZ, ADPCP 1993, 642 ss.: se deriva de los preceptos constitucionales que consagran el valor superior de la justicia, la garantía de la seguridad jurídica, la dignidad de la persona y la presunción de inocencia; COBO/VIVES, PG, 5.^a, 1999, 544, n. 36: fundamento en el principio de legalidad, la prohibición de exceso o exigencias generales del Estado de Derecho como el respeto al libre desarrollo de la personalidad.

Derecho no puede desconocer. Y obsérvese que de este modo se parte de la premisa de que hay libertad en todos los hombres, obviamente mientras no haya circunstancias excepcionales que la anulen en el hombre concreto, de modo que se afirma normativamente también la libertad del sujeto concreto al realizar y ya no hay que decir que se afirma por lo que otros en su lugar, o el término medio etc., habrían podido hacer. Anticipo ya que esta posición y estas fundamentaciones me parecen las más convincentes y son las que comparto (v. *infra* III).

Otra posible crítica, que en efecto han hecho algunos, consiste en que, aunque se admitiera la libertad o el poder actuar de otro modo, es insuficiente o inexacto como fundamento de la culpabilidad, puesto que hay muchos casos en que no se declara culpables a personas que sí eran capaces de actuar de otro modo, o sea que no tienen excluida la libertad, ya que se les exculpa por situaciones de inexigibilidad o consideraciones normativas⁷⁴. Sin embargo, esta crítica no es decisiva: la libertad no es el fundamento único de la reprochabilidad, aunque sí necesario para la misma, de modo que ciertamente en algunos casos podrá no ser reprochable ni por tanto culpable la actuación de una persona, pese a que en puridad sí tenía libertad para haber actuado lícitamente en vez de ilícitamente, si por otros motivos de dificultad situacional se le podía disculpar (es decir que, aparte de la no libertad, puede haber otros fundamentos para la exculpación), pero lo que no podrá haber es reprochabilidad y culpabilidad si el sujeto carecía de libertad en el caso concreto.

c' 2) Es discutible si la libertad de decisión o poder actuar de otro modo es un criterio normativo u ontológico-fáctico. Para quienes, por razones religiosas o sólo racionales y éticas, toman partido en la polémica filosófica a favor del indeterminismo el libre albedrío humano será una realidad innegable, que pertenece al mundo del ser, y por tanto una categoría ontológica, pero que, eso sí, permite una valoración normativa como es la reprochabilidad de la conducta injusta libremente realizada. En cambio, para las fundamentaciones, crecientes en la actualidad, que como hemos visto parten de una atribución jurídica de libertad, basada también en la convicción y atribución social de la misma, la libertad de actuación es un criterio claramente normativo o un criterio mixto empírico-normativo.

2) Accesibilidad a la norma como culpabilidad. Responsabilidad (prevención general y especial) además de culpabilidad: ROXIN

Por la importancia e influencia de las posiciones de ROXIN en la ciencia penal, hago referencia separada a las mismas en cuanto a su formulación de la accesibilidad normativa, sin detenerme en cambio en la segunda categoría de la “responsabilidad”

⁷⁴ Cfr. p.ej. ROXIN, FS-Henkel, 1974, 175 s. = “Culpabilidad” y “responsabilidad”, Problemas básicos, 1976, 204 s. (actualmente, en cambio, *Roxin* ya no formula esa objeción, ya que, en AT I, 4.^a, 2006 [PG I, 1997], § 19/3 ss., considera que la culpabilidad en sentido estricto requiere accesibilidad a la norma y poder de autocontrol para poder actuar conforme a la norma, mientras que en los casos en que pese a ese poder no hay exigibilidad ni necesidades preventivas lo que falta es la “responsabilidad”, lo que por tanto no afecta a la culpabilidad); MIR, PG, 10.^a, 2015/16, 20/41, 44.

que propone, que no afecta al objeto de este trabajo. (Por la misma razón se prescinde aquí de la importante concepción de JAKOBS).

a') *Posiciones iniciales*

Después de haber sido durante mucho tiempo muy crítico con la concepción tradicional de culpabilidad como reprochabilidad basada en el indemostrable poder actuar de otro modo acorde con el indeterminismo y usada como fundamento de la pena (sobre todo si se concibe como retributiva) y sin embargo acabar aceptando como límite de la pena esa misma culpabilidad basada en la libertad, eso sí, fundamentada de modo no indeterminista, basada en el dato empírico de la convicción social universal de la libertad de los hombres y en la suposición, premisa o aserción normativa y constitucional de libertad, ROXIN ya en su *Kriminalpolitik* de 1970 anticipa una nueva posición, la de que en la categoría llamada culpabilidad lo que realmente cuentan son los principios políticocriminales de la teoría del fin de la pena: la prevención general y la especial, cuya necesidad se excluye cuando hay situaciones de inculpabilidad. En su trabajo “Culpabilidad” y “responsabilidad” como categorías sistemáticas juridicopenales, de 1974, desarrolla su tesis sosteniendo que la culpabilidad basada en ese poder actuar de otro modo (que en otros trabajos ha fundamentado empirico-normativamente) y que admite, sin embargo se puede dejar de lado y al final no es decisiva, ya que, aunque en el caso concreto se parta del poder actuar de otro modo, siempre se podrá negar la necesidad juridicopenal de sancionar, o, visto afirmativamente, “lo decisivo es que el legislador desde puntos de vista juridicopenales quiera hacer responsable al autor de su actuación”, y esta cuestión se dilucida dentro de otra categoría que denomina “responsabilidad” (*Verantwortlichkeit*⁷⁵), por lo que añade: “por ello ya no hablaré a continuación de culpabilidad sino de responsabilidad”⁷⁶; y para determinar si hay responsabilidad se examina en las diversas eximentes de la misma si aunque haya culpabilidad no hay necesidad de pena a efectos de los fines políticocriminales de la pena, a efectos de prevención general y especial, y va argumentando cómo no se da esa necesidad de pena ni para la prevención general (entendida unas veces como evitación del mal ejemplo y otras como aceptación social del Derecho) ni para la especial tanto en

⁷⁵ De los términos alemanes equivalentes a responsabilidad: *Verantwortlichkeit*, *Verantwortung* y *Haftung*, ROXIN elige el primero, que, aunque es prácticamente idéntico al segundo, indica más la cualidad de responsabilidad del sujeto en el acto, de sujeto responsable, mientras que *Verantwortung* –que era el término que había utilizado antes MAURACH para su categoría de la *Tatverantwortung*: “responsabilidad por el hecho”, intermedia entre la antijuridicidad y la culpabilidad (MAURACH, *Schuld und Verantwortung*, 1948, passim; AT, 4.^a, 1971 [Tratado I, 1962], §§ 31 ss.; seguido por su discípulo ZIPF: MAURACH/ZIPF, AT I, 8.^a, 1992, §§ 31 ss.)– tiene ciertamente esa connotación, pero también indica más, igual que *Haftung*, la idea de responsabilidad por (no en) el acto que se exige al sujeto, de responsabilidad –moral, social, jurídica– consistente en la imposición de una obligación (p. ej. de indemnizar) o de una sanción. Ahora bien en su tratado, aunque utiliza constantemente la rúbrica “*Verantwortlichkeit*” o exclusión de la misma, también emplea a veces como sinónimos los otros términos: v. p. ej. ROXIN, AT I, 4.^a, 2006, § 19/5 (*Verantwortung*), 1 (*Haftbarmachung*, equivalente a *Haftung*).

⁷⁶ Cfr. sobre todo lo anterior ROXIN, *Kriminalpolitik*, 1970, 2.^a 1973, 33 ss.; Política criminal, 1972, 67 ss.; FS-Henkel, 1974, 181 s. = Problemas básicos, 1976, 209-210.

eximentes legales como el estado de necesidad disculpante, los supuestos de inimputabilidad, el error de prohibición inevitable, o el exceso de la legítima defensa por turbación, terror o espanto, a principios regulativos como la inexigibilidad o la insignificancia en delitos imprudentes y a causas supralegales de exclusión de la “responsabilidad” como en los casos de “eutanasia” de algunos pacientes para preservar al resto del exterminio nazi o en la omisión del socorro consistente en transfusión sanguínea por motivos de conciencia⁷⁷. Posteriormente va reformulando en diversos trabajos la relación entre culpabilidad y “responsabilidad” y sobre todo llega a admitir claramente la culpabilidad bajo la fórmula de “accesibilidad normativa”⁷⁸, que ahora examinamos.

b') Posición actual

En su formulación actual, desarrollada en su tratado, ROXIN hace una síntesis de los conceptos “culpabilidad” y “responsabilidad”, que unas veces aparecen separados, pero en su concepción global el primero es integrante del segundo⁷⁹. En cualquier caso, para la “responsabilidad” jurídicopenal en sentido amplio considera necesarias, primero la “culpabilidad” basada en la accesibilidad o apelabilidad normativa, y segundo la “necesidad preventiva de sanción penal”, “necesidad preventiva de pena” o “necesidad de prevención”⁸⁰, lo que también se puede denominar “responsabilidad” en sentido estricto –puesto que aquí se trata de las “causas de exclusión de la responsabilidad”– como categoría determinada por la necesidad preventiva de pena (más exactamente, por no faltar las necesidades preventivas de pena), tal como empezó a sostener en 1970, y que va desarrollando en el examen de las diversas causas de “exclusión de la responsabilidad”, que son las usualmente llamadas causas de exculpación o disculpa⁸¹. Pero ROXIN ahora ya acepta sin reticencias como primer requisito la culpabilidad, entendida como accesibilidad normativa basada en la libertad de determinación y de actuación como aserción normativa.

c') Accesibilidad normativa como culpabilidad

Según el criterio de ROXIN culpabilidad es “actuación injusta pese a la existencia de accesibilidad normativa”; según esto la base o fundamento material de la culpabilidad

⁷⁷ Cfr. ROXIN, FS-Henkel, 1974, 182-197 = Problemas básicos, 1976, 210-225.

⁷⁸ Cfr. sobre todo ello ROXIN, FS-Bockelmann, 1979, 279 ss.; Culpabilidad y prevención en DP, 1981; ZStW 96 1984, 641 ss.; SchwZStr 104 1987, 356 ss. = CPC 1986, 671 ss.; JuS 1988, 425 ss. = CPC 1992, 169 ss.; FS-Arth.Kaufmann, 1993, 519 ss.= en: Roxin, Dogmática penal y Política criminal, 1998, 169 ss; FS-Kaiser, 1998, 885 ss.; FG-Brauneck, 1999, 385 ss.; FS-Mangakis, 1999, 237 ss.; utiliza la “accesibilidad normativa” desde ZStW 96 1984, 652 s.; SchwZStr 104 1987, 369 = CPC 1986, 685.

⁷⁹ En efecto, la Sección 5.^a del libro se denomina “Culpabilidad y responsabilidad” como dos conceptos en paridad, pero a continuación le da cierto carácter globalizador a la responsabilidad como integrado también por la culpabilidad al dedicar el § 19 a “Cuestiones básicas de la teoría de la responsabilidad” y comenzar su apartado I con “Culpabilidad y necesidad preventiva como presupuestos de la responsabilidad jurídicopenal”. Cfr. ROXIN, AT I, 4.^a, 2006, § 19; PG I, 1997, § 19.

⁸⁰ ROXIN, AT I, 4.^a, 2006, § 19/3, 7, 5 = PG I, 1997, § 19/3, 6, 4.

⁸¹ Cfr. ROXIN, AT I, 4.^a, 2006 [PG I, 1997], § 19/1, 3 ss., §§ 20-22.

es la accesibilidad normativa o accesibilidad a la norma (“*normative Ansprechbarkeit*”, término formulado por primera vez por NOLL⁸², en otras posibles traducciones abordabilidad, apelabilidad, reclamabilidad por la norma o normativa⁸³, por tanto accesibilidad por la norma desde una perspectiva: el sujeto es accesible, apelable, abordable por la norma; accesibilidad a la norma desde una segunda perspectiva: la norma es accesible para el sujeto, puede acceder a ella), es decir, que el sujeto “según su constitución espiritual y anímica estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma”, que “(aún) le eran psíquicamente accesibles posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma”, que “la posibilidad ... psíquica de control que existe en el adulto sano en la mayoría de las situaciones, existía en el caso concreto”; e indica que “no se trata de una hipótesis indemostrable [sobreentendido: como la libertad], sino de un fenómeno científico empírico” como prueban la psiquiatría y la psicología⁸⁴. Pero ROXIN añade que la accesibilidad normativa y consiguiente culpabilidad “parte de” la base de que “el sujeto posee también capacidad de comportarse conforme a la norma”, porque “se le trata como libre”, o sea, porque hay una “suposición de libertad”, que “es una aserción normativa” o premisa, suposición o disposición normativa, y ya hemos visto que, aunque sigue señalando que la libertad en el caso concreto es indemostrable

⁸² NOLL, FS-H. Mayer, 1966, 219; así lo destaca ROXIN, AT I, 4.^a, 2006, § 19/36 n. 86, PG I, 1997, § 19/34 n. 69.

⁸³ El sustantivo *Ansprechbarkeit*, derivado del adjetivo *ansprechbar* (donde los sufijos alemanes *-barkeit* y *-bar* equivalen a los españoles *-bilidad* y *-ble*), tiene una bastante difícil traducción. El verbo *ansprechen*, de donde ambos provienen, significa, con diversos matices, dirigir la palabra a alguien, acercarse para hablarle, abordarle, apostrofarle, apelarle, llamarle, reclamarle o requerirle. Entonces *normative Ansprechbarkeit* se puede traducir, desde una perspectiva activa del sujeto, como la accesibilidad a la norma, ser o estar accesible a la llamada o apelación de la norma (y en efecto ROXIN, AT I, 4.^a, 2006, § 19 nm 36; PG I, 1997, § 19/34, utiliza el término alemán “accesible”, o sea “*zugänglich*”: al sujeto le eran psíquicamente aún accesibles las posibilidades de decisión: “*ihm Entscheidungsmöglichkeiten... psychisch noch zugänglich waren*”); y desde una perspectiva más bien pasiva del sujeto, como abordabilidad, apelabilidad, reclamabilidad o requeribilidad por la norma, es decir, ser el sujeto abordable por la norma o susceptible de que la norma le apele, le llame, le reclame o le requiera. FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.^a 2007, 520 lo traduce como “apelabilidad normativa”. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en su traducción de esta parte del manual de ROXIN (PG I, 1997, § 19/34 ss.), ha utilizado la expresión “asequibilidad normativa”, e igual DEMETRIO, RGDP 8 2007, 16 (y yo mismo he utilizado indistintamente asequibilidad y accesibilidad en ADPCP 1989, II 3. a 1 y b 2, 3^o y 4^o párr, tb nota 130; PG I, 1.^a, 1996, IV 1. a, IV 2. a, y b 1, 3^o párr), pero me parece preferible “accesibilidad”, aunque frecuentemente se utilizan como sinónimos, porque asequible es lo “que puede conseguirse o alcanzarse”, mientras que “accesible” significa “que tiene acceso” a algo, en este caso a la norma y a la llamada o apelación de la norma o, si se quiere, que la norma tiene acceso a él.

⁸⁴ Esta afirmación y todo el planteamiento inicial en ROXIN, AT I, 4.^a, 2006, § 19/36; PG I, 1997, § 19/34. Ya he señalado, *supra* II 4 c 2, que así planteado, el criterio de la accesibilidad normativa podría parecer un criterio empírico, fáctico, sin contenido normativo; es más, ROXIN, AT I, 4.^a, 2006, § 19/36 n. 86; PG I, 1997, § 19/34 n. 69, indica que el criterio se halla en la tradición de Franz von Liszt, quien caracterizó la imputabilidad como “determinabilidad normal por motivos”, y éste es de carácter empírico o fáctico; sin embargo, como ya anticipé y a continuación repito, el criterio de ROXIN es empírico-normativo al vincularlo a la libertad de voluntad.

experimentalmente, la fundamenta doblemente: en el dato empírico-sociológico de la aceptación y convicción social general de la existencia de libertad, en la que descansa la organización social, y la recepción jurídica y constitucional casi universal de esa convicción⁸⁵. Con lo cual, su concepción es predominantemente normativa, aunque también con fundamentos empíricos, por tanto mixta, empírico-normativa⁸⁶. Hay que subrayar que la accesibilidad “parte de la libertad”, por tanto accesibilidad a la norma no significa sólo que el sujeto puede conocer y comprender el mandato, normalmente prohibición, de la norma penal y percibir la prohibición y la amenaza de pena como posible motivación de su conducta, pero sin que ello signifique afirmar que el delincuente podía decidir conforme a la motivación normativa (porque se cree que no o no se sabe), sino que significa además que el sujeto normal puede, es libre de, si quiere, determinarse según la norma, es decir, decidir y actuar de otro modo a como actuó, actuar de modo lícito en vez de ilícito; por tanto la accesibilidad normativa de ROXIN equivale materialmente al criterio de la libre capacidad de autodeterminación^{87 88}.

En una estimación de conjunto de toda la construcción de ROXIN, merece valoración positiva que haya llegado a la posición de admitir con claridad la culpabilidad, su criterio material de la accesibilidad normativa o apelabilidad normativa, que es una interesante aportación al entendimiento del funcionamiento de los mecanismos de la capacidad de determinarse por las normas, que ambas, culpabilidad y accesibilidad, las base en la libertad de voluntad como categoría socialmente aceptada y como aserción normativa, y que considere que la culpabilidad no sólo es límite, sino también fundamento de la pena. Sólo no me parece compartible su tesis de reducir la culpabilidad a la accesibilidad normativa y no considerar terminológica o conceptualmente que se puede seguir hablando de exclusión de la culpabilidad en las

⁸⁵ Cfr. sobre todo ello ROXIN, AT I, 4.^a, 2006, § 19/36 ss., 41, 46 = PG I, 1997, § 19/34 ss., 38 s.; ya antes p.ej. en SchwZStr 104 1987, 356 ss. = CPC 1986, 671 ss. V. ampliamente en detalles *supra* II 4 d 1 c'. ROXIN formula su concepto de accesibilidad normativa ya en ZStW 96 1984, 652 s.; SchwZStr 104 1987, 369 = CPC 1986, 685; FS-Mangakis, 1999, 237.

⁸⁶ Así ROXIN, AT I, 4.^a, 2006, § 19/46; PG I, 1997, § 19/39: “la culpabilidad es un dato mixto empírico-normativo”, y todos los lugs. cites. en nota anterior. Ya antes de hablar de accesibilidad normativa, en Sentido y límites, Problemas básicos, 1976, 27 s.; Franz von Liszt, Problemas básicos, 1976, 54. V. *supra* n. 64.

⁸⁷ Criterio que defiende FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade. Culpa*, 2.^a, 1983, 65 ss. (a favor de la libertad de voluntad en 55 ss.); PG I, 2.^a, 2007, 522-524; pero mientras que ROXIN se refiere a la accesibilidad y libre posibilidad de determinación por la norma en el hecho concreto, recuérdese (v. *supra* n. 23) que FIGUEIREDO reconduce la libertad sobre el hecho a la libertad de decisión sobre el carácter, sobre su modo de ser (culpabilidad por el carácter), diciendo (PG I, 524) que la elección de la acción concreta “tiene que ser reconducida a una decisión a través de la cual el hombre se decide a sí mismo, creando su propio ser... El hombre determina su acción a través de su libre decisión sobre sí mismo”.

⁸⁸ Nótese por último que esta concepción de la culpabilidad, aunque no emplea el término reprochabilidad, en el fondo coincide con ese criterio, puesto que “actuar de modo ilícito, injusto pese a la accesibilidad normativa”, que supone libertad para haber podido determinarse por la norma y no de modo antijurídico, evidentemente implica la reprochabilidad individual de esa actuación, sólo que la caracterización de ROXIN precisa y profundiza bastante más en la formulación del fundamento de la reprochabilidad, o sea del concepto material de culpabilidad.

eximentes que trata como excluyentes de la responsabilidad. En efecto, la cuestión es más discutible en cuanto a su nueva categoría de la “responsabilidad”, cuestión que aquí no vamos a tratar.

III. POSICIÓN PERSONAL: REPROCHABILIDAD JURÍDICA-PENAL INDIVIDUAL Y VALORACIONES NORMATIVAS

1. La reprochabilidad jurídica-penal individual y sus bases

En mi opinión –y abandonando la posición que mantuve en obras anteriores de basar la culpabilidad, concebida de modo neutro como responsabilidad personal, exclusivamente en la motivabilidad normal y en la no necesidad de prevención general ante la inculpabilidad–, es correcta la muy mayoritaria *concepción normativa de la culpabilidad*, entendiéndola como *reprochabilidad jurídica-penal individual del hecho* típico. Lo primero que hay que destacar es que el concepto no está impregnado, como a veces se afirma, de una indeseable connotación moralizante, y menos metafísica o religiosa⁸⁹: se trata de reprochabilidad jurídica, desde valoraciones jurídicas, y concretamente jurídica-penal⁹⁰ (reprochabilidad que tiene incluso su confirmación en el Derecho positivo español dentro de la LORPM⁹¹), porque se trata de si al sujeto se le puede reprochar, y lo merece, desde la perspectiva penal la comisión de un hecho como delictivo, y naturalmente que se le puede formular un reproche social y jurídico al sujeto por haber cometido un hecho criminal, delictivo si es responsable de ello; por lo demás, no se puede desconocer que ciertamente el reproche jurídico-penal y social de ser responsable de un delito implica también

⁸⁹ Cfr. sobre el rechazo al reproche moralizante e incluso religioso vinculado a la retribución BRAUNECK, MSchrKrim 1958, 129; ROXIN, Sentido y límites (1966), en Problemas básicos, 1976, 14; sobre la acusación de metafísica como la libertad o poder actuar de otro modo ROXIN, Franz von Liszt (1969), en problemas básicos, 1976, 54; MUÑOZ CONDE, GA 1973, 68; Introducción a Roxin, Culpabilidad y prevención, 1981, 23; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 8.ª 2010, 351; MIR, PG, 10.ª, 2015/16, 20/41.

⁹⁰ Lo destaca CEREZO, Curso III, 2001, 42.

⁹¹ En efecto, hay que destacar que incluso en el Derecho penal de los menores la regulación española de la LORPM, precisamente porque considera que no son totalmente inimputables los mayores de 14 y menores de 18 años, habla reiteradamente de la reprochabilidad de sus conductas: así el art. 14.1 permite la modificación de la medida impuesta “siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a éste *el reproche merecido* por su conducta”, el art. 23.1 considera que la instrucción del Fiscal tendrá como objeto entre otros “valorar la participación del menor en los hechos para *expresarle el reproche que merece* su conducta” y el art. 27.4 permite “no continuar la tramitación del expediente en interés del menor, por haber sido *expresado suficientemente el reproche* al mismo a través de los trámites ya practicados”, el 51.2 permite la sustitución de la medida si la conciliación “y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente *el reproche que merecen* los hechos cometidos por el menor” y el art. 50.3 entiende que el quebrantamiento de medida por el menor como infracción “*merecedora de reproche sancionador*”.

generalmente una connotación de reproche ético⁹², ya que, aunque no todas las conductas inmorales son ilícitos jurídicos ni menos ilícitos penales, a la inversa la gran mayoría de las conductas delictivas, si están bien seleccionadas por su dañosidad social, son al tiempo conductas inmorales, atentatorias contra la ética social. Tal reprochabilidad jurídica-penal individual se basa en la libertad de decisión y actuación del sujeto, en su posibilidad de acceder a las normas y de determinarse normalmente por ellas y en la exigibilidad penal individual basada en valoraciones normativas que no hagan comprensible, explicable o disculpable su infracción en la situación concreta.

2. Libertad: fundamento empírico y normativo. Libertad como presupuesto volitivo de la posibilidad de determinación por la norma

a) La aceptación de la autoconvicción social de la libertad de decisión de los humanos salvo en condiciones anormales

En cuanto a la libertad de decisión y actuación conforme a lo decidido o poder actuar de otro modo, lo que abreviadamente se denomina libertad de voluntad, que constituye el *presupuesto volitivo de la posibilidad humana de determinación por la norma*, es decir de que la voluntad consciente del hombre tiene capacidad de elegir entre posibilidades, y concretamente en el caso del delito, de controlar sus impulsos y condicionantes, de frenar y reprimir sus tendencias e intereses antisociales e ilícitos y por tanto de motivarse y determinarse conforme a la norma penal, aunque haya optado por infringirla, cabe decir lo siguiente:

Si empíricamente no es verificable la libertad de un ser humano en el hecho concreto, pero exactamente igual que tampoco lo es la hipótesis del determinismo de que el hombre obra siempre sin libertad, totalmente determinado por causas o motivos que no controla, y si los pretendidos intentos de comprobación científica de la falta de libertad humana son inadecuados precisamente por querer tratar la realidad humana y social como si fuera un fenómeno de la naturaleza, entonces resulta **más convincente y adecuado en el campo de la valoración y regulación jurídicopenal de la actuación humana en sociedad partir de la base de la que parten tanto la sociedad, la inmensa mayoría de los humanos, como las normas sociales y jurídicas de modo prácticamente universal: partir de que el ser humano maduro y mentalmente sano en situación normal tiene libertad para decidir y actuar de un modo u otro**, cumpliendo las normas o infringiéndolas, y por eso es responsable en caso de infracción.

Además hay que destacar que la discusión sobre si no es demostrable la libertad de voluntad se suele plantear pensando en crímenes o delitos muy graves como los de sangre, violentos o los sexuales, donde ciertamente puede surgir la duda de si el hecho no ha sido determinado más bien por impulsos inconscientes o incontrolables que por

⁹² Igual CEREZO, Curso III, 2001, 42: ciertamente son diferentes, pero “se trata de dos conceptos íntimamente relacionados”.

la voluntad consciente, y efectivamente a veces se da excepcionalmente una situación anómala así que puede excluir o disminuir la culpabilidad, pero, aunque esto no se suele destacar en la discusión, resulta bastante fuera de lugar dudar de la libertad de decisión del sujeto en la mayoría de los delitos de mediana o menor gravedad, como fraudes, falsedades, delitos fiscales, medioambientales, urbanísticos, corrupción de funcionarios como cohecho o tráfico de influencias etc., en los que no tiene sentido hablar de impulsos inconscientes o incontrolables como motivación de la actuación, sino que es evidente que esta responde a cálculos e intereses egoístas y por tanto a decisiones racionales, por lo que resulta totalmente inadecuado y hasta ridículo plantear en ellos la tesis de que no es cierto o al menos no es demostrable que sus autores fueran libres para haber podido dejar de cometer el delito y por tanto no les es reprochable.

b) Respuesta a las posiciones deterministas y, en particular, a las tesis mayoritarias en las neurociencias

Es cierta la indemostrabilidad empírica, mediante experimentos, del libre albedrío de alguien concreto: es irrepetible la situación del sujeto en el momento del hecho y no se puede reproducir después exactamente igual para comprobar si alguna otra vez decide reaccionar de otra manera, porque ya tiene experiencia, memoria, conocimiento y valoraciones previas de la situación anterior, pero además porque ser humano tiene inteligencia y razón y no sabemos si su valoración y ponderación de lo último sucedido pesará como motivo más. Pero es que eso mismo es lo que impide comprobar experimentalmente la determinación necesaria y automática de la actuación del hombre como pretende el determinismo: en efecto, no se puede repetir una vez tras otra, como en los experimentos de laboratorio, exactamente la misma situación del sujeto que cuando cometió el hecho para comprobar esta vez si siempre reacciona idénticamente e inferir de ahí que no podía actuar de otro modo, pues la situación humana nunca será la misma, dado que el individuo cada vez tiene la experiencia de lo anterior y sus consecuencias, ha podido valorarlo y ha tenido otras experiencias en el intervalo. Además, la comprobación segura de la hipótesis determinista exigiría tener la comprobación no en un sujeto concreto, o en unos cuantos, a modo de muestra sociológica, sino en la totalidad de los humanos y eso es imposible.

Por otra parte no se puede admitir en absoluto una pretendida validez universal de parciales y aislados experimentos de las **neurociencias** sobre los impulsos neuronales, máxime cuando en gran parte se producen en comprobaciones con patologías o incluso daños cerebrales, y menos la validez de las inferencias que de ellos se quieren extraer de que sólo las capas profundas neuronales determinan realmente el actuar humano y le imponen totalmente su decisión a la parte cerebral donde radican la conciencia y voluntad, con lo que toda la percepción que los humanos tenemos de que en situación normal elegimos y decidimos consciente y voluntariamente no sería más que un espejismo, una vana ilusión⁹³. Por eso el determinismo se remite como

⁹³ Así ROTH, *Fühlen, Denken, Handeln*, 2003, 553; SINGER, en Geyer (ed.), *Hirnforschung und Willensfreiheit*, 2004, 43 ss., 48 ss.; PRINZ, en *Psychologische Rundschau* 55/4 2004, 198 ss.; cfr. DEMETRIO CRESPO, *InDret* 2011-2, 5 ss.. En contra de estas tesis hay que

argumento de peso, no a la comprobación empírica, sino a la validez universal de una ley natural, la ley de la causalidad; así dice MIR⁹⁴ que “resulta imposible demostrar científicamente la existencia de la pretendida desvinculación de la voluntad humana de la ley de la causalidad, según la cual todo efecto obedece a una causa”, y en consecuencia sostiene, como vimos, el “postulado determinista según el cual nadie pudo actuar de otro modo a como lo hizo”⁹⁵. Y en las neurociencias se afirma lo mismo: así sostiene SINGER que, dado que las neurociencias proporcionan crecientemente pruebas convincentes de que los cerebros humano y animal apenas se diferencian y que su evolución, su constitución y sus funciones obedecen a los mismos principios, y no tenemos razones para dudar que en el caso de los animales todo comportamiento está completamente determinado, descansa en funciones cerebrales y por consiguiente está sometido a las leyes deterministas de procesos psico-químicos, la afirmación de la dependencia material del comportamiento debe valer también para los seres humanos⁹⁶.

Sin embargo, esta pretendida cuasi-igualdad de los cerebros animales y el humano no se basa en pruebas irrefutables y comprobadas en todos los humanos en comparación con todos los animales (¿incluyendo las formas menos desarrolladas? ¡!) ni tampoco en una argumentación lógica incontestable, sino que más bien se basa en un pre-juicio firmemente asentado en muchos de estos científicos experimentales, el de que nada en el mundo, ni las fuerzas de la naturaleza, ni los animales ni los humanos, puede sustraerse a las leyes de la causalidad⁹⁷ (ciega) y por tanto ningún ser puede obrar de modo distinto a como lo hace, por estar determinado a ello por causas que no controla, es decir la tesis del determinismo. Pero ocurre que, aunque por supuesto que otros

recordar (v. n. 63) que, como señala ROXIN AT I, 4.^a, 2006, § 19/44, el iniciador de esta posición en la neurobiología, LIBET, en Geyer (ed.), *Hirnforschung und Willensfreiheit*, 2004, 268 ss., 277, acaba destacando que la voluntad consciente puede bloquear el impulso surgido de procesos neuronales inconscientes: “la voluntad consciente influye el resultado del proceso de voluntad, aunque este último fue introducido por procesos cerebrales inconscientes”.

⁹⁴ PG, 10.^a, 2015/16, 20/40.

⁹⁵ MIR, PG, 10.^a, 2015/16, n. 43 p. 550 (en 20/52) el primer entrecomillado; y en 20/52 el segundo entrecomillado.

⁹⁶ Así SINGER, en Geyer (ed.), *Hirnforschung und Willensfreiheit*, 2004, 37. Argumentando nuevamente con la similitud con la conducta animal, SINGER, cit., 35, 31 ss., sostiene que, igual que no tenemos problemas en reconocer que el comportamiento animal está completamente determinado, tendríamos que aceptar que cada acción viene dada necesariamente por una combinación entre la constelación que origina el estímulo actual y los estados cerebrales inmediatamente anteriores, y que éstos están determinados a su vez por la organización genética previamente dada del respectivo sistema nervioso, por la multitud de factores epigenéticos y procesos educativos que modifican la arquitectura de las cadenas nerviosas, y finalmente por la historia previa inmediata, que resuena en la dinámica de la interacción neuronal. Citándolo y exponiendo ampliamente su posición DEMETRIO CRESPO, *InDret* 2011-2, 11, 10 ss.

⁹⁷ Este mismo prejuicio de orientación se detecta en PRINZ, en *Psychologische Rundschau* 55/4 2004, 198 (cit. por DEMETRIO, *InDret* 2011-2, 11, 7), cuando dice que hablar de libertad de voluntad desde el punto de vista de la Psicología es como desde el punto de vista de la Zoología hablar del unicornio, es decir, algo que no existe en la ontología de la disciplina, es por tanto un mero constructo teórico social y cultural.

motivos, impulsos y condicionantes previos y actuales influyen en el actuar humano, éste cuenta también con un factor que no concurre en los fenómenos naturales o en los movimientos animales: la voluntad racional, con la libertad de elección y decisión por la misma, y ésta también puede ser causa, y la causa decisiva y determinante del acto humano como efecto de tal causa. Los seres humanos, a diferencia de los restantes animales y de las fuerzas naturales, al tener inteligencia y razón, y además poseer, salvo perturbaciones o desviaciones graves, también conciencia moral, que les hace valorar el significado de los actos como bueno o malo, han desarrollado la capacidad de sustraerse a la ley causal ciega de la naturaleza, incluyendo en gran medida a sus instintos e impulsos profundos y a su disposición y modo de ser⁹⁸, de poder por el contrario controlar la naturaleza y dominarla cada vez en mayor medida, de poder valorar tanto utilitaria como moralmente y de poder elegir y decidir entre posibles efectos, tanto en lo cotidiano y menos importante, como en lo más importante y trascendente. Y esto es algo que efectivamente comprueban hace mucho tiempo tanto la antropología⁹⁹ como la psicología¹⁰⁰, de modo por cierto totalmente coincidente con la convicción social absolutamente dominante y constatable sociológicamente, a saber que el aparato psíquico-espiritual humano posee, junto a pasiones, instintos, impulsos incluso inconscientes, con su fuerza (que a veces puede ser patológica y excesiva), una instancia consciente, lo que el psicoanálisis denomina el “yo”, en donde radica la inteligencia, la consciencia y la conciencia de los valores, la voluntad y su capacidad de control de los impulsos y deseos y de elegir y decidir la actuación; y poco a poco

⁹⁸ MIR, PG, 10.^a, 2015/16, 20/40, tras invocar la sujeción de la voluntad humana a la ley de la causalidad, reconoce ciertamente: “Aun admitiendo que la decisión humana no se explica como mero producto mecanicista, es razonable pensar que sí se halla determinada, en cambio, por la concurrencia de los distintos factores, en parte *normativos*, que concurren en el *proceso de motivación racional* conforme a sentido”, pero a continuación explica del modo siguiente cuáles son esos factores: “la disposición hereditaria y el medio dan origen, al confluír, a una personalidad determinada que reacciona de una determinada forma ante cada situación motivacional y en definitiva no puede dejar de decidirse por el motivo que según su modo de ser –del que no es libre– en el momento concreto e irrepetible le parece preferible por la razón que sea y en el sentido (incluso irracional) que sea”; con lo que resulta que lo decisivo es la personalidad determinada originada por la disposición hereditaria y el medio, que reacciona según su modo de ser no libre y no puede dejar de decidirse de otro modo a como lo hizo, es decir que la decisión sí es un producto determinado de un modo complejo pero mecanicista al fin y al cabo.

⁹⁹ Cfr. obras cit. *supra* en n. 68. Pese a insistir siempre en la indemostrabilidad científico-natural de la libertad de voluntad, ROXIN, *Sentido y límites* (1966), en *Problemas básicos*, 1976, 27, destaca (invocando en n. 23 la aplicación por LANGE de las investigaciones antropológicas al Derecho penal) “el hecho de que los hombres –de acuerdo con su relativa ‘ligazón a los instintos’ y con la ‘apertura al mundo’ condicionada por lo primero y necesitada de orientación por unas normas– existen en todos los tiempos con la conciencia de la libertad y responsabilidad, y de que materialmente no pueden por menos de conformar su vida en común según proyectos conforme a un sentido”, por lo que en 28 dice que “el concepto de culpabilidad, que en cuanto realidad experimental no se puede discutir”; y en 13 resume: “las recientes investigaciones antropológicas han puesto de manifiesto que no existe una determinación biológica general del hombre (al contrario que en el animal) y que esa relativa falta de esquemas instintivos fijos es sustituida por modelos de conducta culturales principalmente”.

¹⁰⁰ Cfr. CEREZO, *Curso III*, 2001, 40 s.

se va descubriendo trabajosamente las partes cerebrales en que se asienta la posibilidad física de esos procesos psíquicos, pero lo que es comprobable de modo totalmente general es que en los sujetos normales y en circunstancias no anormales la voluntad consciente tiene capacidad de controlar los impulsos y de decidir lo que prefiere.

La libertad de decisión consiste en la capacidad, que se va adquiriendo progresivamente en el proceso de maduración, educación y socialización, de ser, gracias a la capacidad racional de motivación y autocontrol, *dueño de los propios actos* –naturalmente dentro de límites de lo humanamente factible–, en vez de un mero juguete de las circunstancias, los impulsos inconscientes y demás condicionantes¹⁰¹, salvo cuando concurren condiciones o circunstancias totalmente anormales que impiden o perturban dicha capacidad de la voluntad consciente. Este dominio de los propios actos y control de los impulsos y emociones profundas es algo que, como es sabido, se puede adquirir paulatinamente con el uso de medios como fármacos o sustancias, o de diversas técnicas de ayuda psico-fisiológica como terapias y entrenamiento de conducta, yoga, meditación profunda o introspección.

Es por ello esencialmente correcto el planteamiento doctrinal del fundamento mixto: empírico –sociológico, antropológico y psicológico– y normativo de la libertad humana como base de la culpabilidad. Y de ese modo se puede prescindir de la no demostrabilidad mediante experimentos o mediante comprobaciones físico-químicas-biológicas de la libertad o no libertad de todo y cada hombre en cada actuación concreta: hay que volver a insistir un siglo después en algo que puso de relieve la concepción neoclásica del delito basándose en aportaciones del neokantismo y la filosofía de los valores, a saber que el método de las ciencias naturales (aparte de la matemática, la experimentación física, química y derivados biológicos, fisiológicos etc.) no es adecuado para comprender los objetos de los que se ocupan las “ciencias del espíritu”, o sea las ciencias humanas y sociales, en los que esa corriente destacó que hay que tener en cuenta peculiaridades humanas y sociales, entre otras cosas valores, elementos de sentido y normativos¹⁰² (v. *supra* 9/28 ss.). Y, como destaca certeramente ROXIN¹⁰³, se puede prescindir también de tomar partido a efectos de culpabilidad en la polémica indeterminismo/determinismo, respecto de la cual en el campo filosófico y teórico-cognoscitivo cada uno se inclinará por lo que le parezca más convincente, ya que a efectos de la convivencia de los hombres en sociedad, y por tanto a efectos de resolver un problema humano-social como la culpabilidad por

¹⁰¹ Y por cierto: el uso de la racionalidad y la razón presupone también, entre otras cosas, que se pretende influir con la fuerza racional y plausibilidad de los argumentos para convencer a los otros. Si no fuera así, carecería de sentido toda discusión pretendidamente racional y razonable en la ciencia, la lógica, la filosofía, la política, etc.: ¿para qué se esfuerzan p. ej. los neurocientíficos y los deterministas en convencer a los demás en esta materia, si resulta que la decisión de adoptar una u otra posición al respecto no va a ser tomada racionalmente por la voluntad consciente, sino determinada totalmente y adoptada en cualquier caso ya antes por impulsos inconscientes, incontrolables y no accesibles a la argumentación racional?

¹⁰² Cfr. LUZÓN PEÑA, Curso DP; PG I, 1996, 230 ss.

¹⁰³ Cfr. ROXIN, Sentido y límites, en Problemas básicos, 1976, 27 s.; Franz v. Liszt, Problemas básicos, 1976, 53 s.; AT I, 4.^a, 2006, § 19/37-46 = PG I, 1997, § 19/35-39.

el delito, ya toman partido a favor de la existencia de la libertad de decisión y actuación por una parte la propia sociedad y su convicción, apoyada por ciencias humanas, y por otra el Derecho.

c) Base en la autoconvicción social de la libertad de decisión humana y su aceptación por las ciencias humanas y sociales

En efecto, por una parte tienen razón todos los que afirman que la aceptación en circunstancias normales de la libertad de la voluntad de las personas para decidir y actuar se basa empíricamente de entrada en la conciencia, percepción, experiencia y convicción prácticamente universal de los humanos de que, aun teniendo condicionantes por su modo de ser, circunstancias, impulsos o pasiones, los hombres en circunstancias no excepcionales o anormales, usando su razón y teniendo en cuenta su conciencia o su conveniencia, son capaces no sólo de acceder a las normas, conocerlas, comprenderlas y motivarse por ellas, sino también capaces y libres para controlar con su voluntad consciente sus impulsos, tendencias o preferencias y para decidir actuar de un modo u otro, en el caso de los hechos delictivos de modo contrario o conforme a las normas penales y para actuar conforme a esa decisión. Y esa convicción y experiencia humanas se reflejan en las pautas, normas sociales y organización de la vida comunitaria, que reconocen y respetan a los individuos como personas con su dignidad precisamente porque se los reconoce como seres libres y con la responsabilidad que de ahí se deriva (lo que luego tiene su correlato y reflejo en la normación jurídica): Pues, por una parte, la educación y los mecanismos sociales y jurídicos de contención de hechos gravemente antijurídicos no funcionarían si las personas supieran que no se les va a considerar seres libres y responsables de las infracciones que cometan (cfr. *supra* texto corresp. a n. 70), lo que tendría un efecto catastrófico tanto para las exigencias de justicia como para la eficacia mínima de la prevención general (de intimidación y de respeto y convicción) como medio de protección de bienes jurídicos; es más, la mayoría de los delincuentes, especialmente los autores de los delitos más graves como asesinos, genocidas, terroristas, violadores, etc., estarían muy satisfechos, se burlarían y se crecerían ante el panorama de una sociedad y un ordenamiento que consideraran que, con seguridad o posiblemente, los “pobres” no actuaban libremente al delinquir y por ello no se les podía reprochar nada ni considerarlos culpables, responsables, sino que a lo sumo habría que ponderar si aplicarles una medida de seguridad. Y por otra parte, si por el contrario, precisamente para evitar ese efecto desastroso, se exigiera responsabilidad penal de todos modos a personas no consideradas como libres en su actuación, los ciudadanos no entenderían ni aceptarían como justa la exigencia de la responsabilidad más grave si se aplicara a seres que no podían actuar de otro modo o de los que no sabemos si podían actuar de otro modo. Y sobre las valoraciones y convicciones sociales hay que añadir por último que, igual que los propios delincuentes no entenderían y se burlarían de ello, la misma incomprensión absoluta, pero en este caso con rechazo social activo, se produciría en la sociedad ante un sistema social y jurídico que de modo general no considerara libres y responsables de sus delitos a los delincuentes por muy normales que sean y que se abstuviera por ello de reprocharles penalmente sus delitos (y reaccionara a lo sumo en algunos casos de peligrosidad con medidas de seguridad neutras); ello produciría indignación en el caso de los delitos más graves, pero también habría una total incomprensión social en el caso de la mayoría de los delitos medianos y menos graves,

pues, como hemos visto (*supra* III 2 a), en ellos socialmente (desde las concepciones valorativas, éticas y jurídicas de la sociedad) se consideraría hasta ridículo negar la libertad de decisión de los que los cometen. Por todo ello tales premisas de existencia de libertad de decisión y capacidad de control de sus actos en las personas normales son indispensables para el funcionamiento de la organización social y normativa que conocemos¹⁰⁴. Todo esto es no sólo susceptible de una elemental verificación sociológica, sino que la aceptación de la libertad está corroborada coincidentemente por las indicadas comprobaciones de la antropología y la psicología sobre las peculiaridades del actuar humano¹⁰⁵.

d) La libertad como base de las normas constitucionales y jurídicas

Y por otra parte, y esto es decisivo, todos los ordenamientos jurídicos mínimamente avanzados, históricamente y desde luego en la actualidad, parten de la libertad de decisión y actuación y de la consiguiente responsabilidad de los seres humanos normales en circunstancias normales, y tienen esa posición precisamente coincidiendo con y basándose en el abrumador dato sociológico de las percepciones, convicciones y necesidades sociales, de los humanos y en la confirmación por los indicados datos antropológicos y psicológicos; y ello tanto más en los ordenamientos jurídicos de supremacía constitucional y orientados al Estado de Derecho como son los del modelo occidental, en que se consagra a la libertad como un valor constitucional superior, quizás el inspirador de todo el edificio constitucional y jurídico. **La Constitución Española** de 1978 no sólo parte, como se suele destacar con más frecuencia, en el art. 10.1 de la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, lo que indudablemente presupone libertad y responsabilidad como reverso y por eso ese precepto conecta la dignidad con el libre desarrollo de la personalidad (ya que el ser humano posee dignidad inviolable y tiene valor único en sí mismo precisamente porque, a diferencia de otros objetos y seres, tiene razón, conciencia y libertad de voluntad), y se inspira también (art. 1.1 CE) en el Estado de Derecho, la justicia y la igualdad, en los que muchos quieren basar el principio de culpabilidad, sino que **está presidida e impregnada en sus pilares esenciales precisamente por “la libertad”**: ya nada menos que *el art. 1.1 CE consagra “la libertad” como primer valor superior del ordenamiento jurídico*, junto con la justicia y la igualdad (y el pluralismo político) pero antes que ellas, el art. 9.2 reconoce *“la libertad e igualdad del individuo”* y exige

¹⁰⁴ Así CEREZO, Curso III, 2001, 41, que como ya vimos (*supra* n. 65, 69 y 70) insiste en que el Derecho no puede ignorar la conciencia de la libertad de los ciudadanos y su visión del mundo y de sí mismos y por eso ha partido siempre de la concepción del hombre como persona y ser responsable, afirma: “Es difícil imaginar, incluso, que no lo hiciera y partiera de una concepción determinista del ser humano. Las normas serían concebidas únicamente como factores causales de posible influencia en la conducta de los ciudadanos. Ello resultaría tanto más desconcertante y disfuncional en cuanto los seres humanos se creen libres, tienen el sentimiento de la libertad de poder obrar en cada momento de un modo u otro...”. Ello es cierto, pero hay más que acabo de indicar: si las normas partieran de que el hombre no era libre y no podía actuar de otro modo al delinquir, los ciudadanos no considerarían justo, no comprenderían y rechazarían que se le declarara responsable y se le impusiera una pena, por lo que no funcionaría correctamente esta parte de la organización social y jurídica.

¹⁰⁵ Cfr. *supra* n. 68.

crear las condiciones para que sean reales, el art. 10.1 reconoce la dignidad de la persona y el “*libre desarrollo* de la personalidad” como fundamentos del orden político y la paz social, el Cap. II, Secc. 1.^a del Tít. I se dedica a los derechos fundamentales y “*libertades públicas*”, entre las cuales se protege en el art. 17 obviamente la “*libertad*” genérica, no sólo la libertad ambulatoria, sino toda la libertad de decisión y actuación, al igual que en los arts. 16 y 20 otras facetas básicas de la libertad personal como son la libertad de conciencia y la libertad de expresión e información, etc. Por su parte los Códigos Penales, entre ellos claro está el español, recogen títulos de delitos contra la libertad en general y contra otras facetas específicas de las libertades. Y la libertad que se reconoce, consagra y protege constitucional y jurídicamente comprende todos los aspectos o facetas de la misma, no sólo la libertad externa o ausencia de coacción o presión exterior sobre el hombre, en sus relaciones con otros y con el poder público, sino ya la propia libertad interna del ser humano, su libertad para decidir y actuar como quiera. Pero es más, es evidente que el CP español acoge la concepción de que el sujeto que delinque podría si quisiera haber actuado conforme a Derecho, cuando en las causas de inimputabilidad del art. 20, 1.^o y 2.^o, anomalía psíquica o trastorno mental transitorio e intoxicación plena por alcohol o drogas, el requisito de la exclusión de culpabilidad por esas causas es que el sujeto “no pueda comprender la ilicitud del hecho o *actuar conforme a esa comprensión*” o que la intoxicación “le impida comprender la ilicitud del hecho o *actuar conforme a esa comprensión*”, lo que *sensu contrario* implica que fuera de esas circunstancias sí puede actuar de otro modo.

e) La libertad como aserción normativa o axioma normativo

La libertad o poder actuar de otro modo de los hombres es por tanto, como vimos que la define ROXIN, no sólo una suposición, disposición o premisa normativa, sino **una “aserción normativa”**¹⁰⁶, es decir, según el significado de aserción, una “proposición en que se afirma o da por cierto algo” por parte de las normas jurídicas empezando por las constitucionales. Y se afirma o da como cierta precisamente por la evidencia del dato sociológico y antropológico de la convicción y autoconciencia de los humanos como seres libres y responsables en condiciones normales y de que sólo eso les permite considerar justa la exigencia de responsabilidad y castigo a los infractores como delincuentes, y por la coincidencia universal por esas razones tanto de la organización y normas sociales como de las más elaboradas normas jurídicas en afirmar la libertad y responsabilidad de las personas salvo que se demuestre lo contrario en casos excepcionales. Si esa aserción normativa se basa en datos evidentes, entonces la afirmación como regla de la libertad de decisión es para el Derecho realmente un **axioma normativo**¹⁰⁷, ya que es una “proposición tan clara y evidente que se admite sin necesidad de demostración”. Y en efecto, el Código español como

¹⁰⁶ La expresión alemana de ROXIN es “*normative Setzung*”, que también se puede traducir como proposición o posición normativa (en PG I, 1997, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO la traduce certeramente como “aserción normativa”); cfr. ROXIN, SchwZStr 104 1987, 369 = CPC 1986, 685 (SILVA la traduce como “determinación normativa”); AT I, 4.^a, 2006, § 19/37, 39, 40 = PG I, 1997, § 19/35, 37, 38. V. con más detalles *supra* n. 72.

¹⁰⁷ De modo similar, CUELLO CONTRERAS, PG I, 3.^a, 2002, XI/45, 47 s., 942 s. habla del “dogma de la culpabilidad”, que basa en la libertad, aunque sea indemostrable en el caso concreto.

generalmente los Códigos penales no exigen para la responsabilidad por delito que se compruebe o demuestre positivamente en cada caso la libertad de voluntad del sujeto en el hecho concreto, máxime cuando el concepto legal de delito (art. 10 CP) no requiere expresamente la culpabilidad¹⁰⁸, sino que se parte de la premisa de libertad como regla que no hay que probar y sólo se excluye negativamente la responsabilidad en el art. 20, 1.º a 3.º y 6º CP (como en el § 20 StGB), por ausencia de culpabilidad, en circunstancias excepcionales o eximentes que permiten comprobar la exclusión o gravísima perturbación de la libertad del sujeto en el caso concreto, como algunos casos de perturbación psíquica o en el miedo insuperable (ello aparte de las causas de exculpación con el fundamento más laxo de la inexigibilidad individual)¹⁰⁹, o se atenúa la culpabilidad en casos de disminución comprobable de la libertad de actuación. Siendo así, desde una perspectiva probatoria, sobre todo procesal, también podría decirse que la libertad de la persona en condiciones normales es una *presunción iuris et de iure*, que no admite prueba en contrario, mientras cuando se tiene en cuenta a todos los sujetos posibles, incluyendo a los que puedan estar en condiciones anormales personales o situacionales, sería una *presunción iuris tantum*, que admite prueba en contrario.

f) Base de la culpabilidad también en otros principios y valores constitucionales

Basada así en el reconocimiento constitucional y jurídico de la libertad de actuación y sus facetas y del libre desarrollo de la personalidad, la reprochabilidad individual se fundamenta también por supuesto en los principios constitucionales de **justicia**, **igualdad** (art. 1.1 CE) y **dignidad de la persona** (art. 10.1 CE), y con ello la culpabilidad como reprochabilidad individual descansa en el conjunto de valores y principios que suponen los cimientos del sistema constitucional.

Se basa en la justicia porque imponer una sanción tan grave como la pena criminal sólo es justo si el agente tenía libertad para no haber cometido el hecho típico, pero sería injusto si no era libre, y así lo percibe además la conciencia social; en el principio de igualdad porque no pueden ser tratados igual quienes están en situación tan esencialmente distinta al cometer el hecho como los que tenían libertad para actuar de otro modo y los que carecían de ella, de modo que ni sería adecuado igualar los culpables a los inculpables no imponiéndoles penas ni por supuesto a la inversa, imponer penas a los inculpables como si fueran culpables; no se olvide que si se considerara no libres a todos los humanos aunque sean normales y maduros, lo

¹⁰⁸ Y más aún cuando el art. 5 CP sólo proclama el principio de responsabilidad subjetiva, pero no el principio de culpabilidad, el “no hay pena sin culpabilidad”. Pero incluso aunque se formulara expresamente, tal principio podría interpretarse perfectamente en el sentido negativo de que no puede haber pena cuando en concreto no haya libertad porque ello excluye la culpabilidad, pero no en el sentido de que la culpabilidad necesaria para la pena exigiría la comprobación positiva de la libertad en cada caso concreto.

¹⁰⁹ Todo ello lo destaca inteligentemente HASSEMER, InDret 2011-1, 26 s., citando el § 20 (y el 21, atenuación de la culpabilidad); tb. CEREZO, Curso III, 2001, 42, aunque sin citar en esto expresamente el CP, señala que no hay que demostrar plenamente la capacidad general de obrar de otro modo en el caso concreto, sino excluir la culpabilidad cuando se demuestre la imposibilidad de actuar de otro modo; similar GARCÍA ARÁN, ADPCP 1988, 98 ss.: en Derecho español el concepto de culpabilidad es negativo y formal.

coherente sería no declararlos responsables e imponerles sólo medidas de seguridad cuando haya necesidad preventivo-especial, pero entonces injustamente se estaría tratando igual a los normales que a los inimputables u otros sujetos claramente inculpables (v. *supra* II 4 c 1) *in fine*). Y se basa en la dignidad de la persona, primero porque la persona es digna precisamente en cuanto ser libre, además de con conciencia, racional y único, y segundo porque, como tantas veces se destaca¹¹⁰, sólo se respeta la dignidad de la persona si según la idea kantiana se la trata como un fin en sí mismo y se la reconoce como tal persona y no se la instrumentaliza como un mero objeto útil al servicio de otros fines, en nuestro caso si se le exige responsabilidad penal precisamente en atención a que es una persona libre y por ello responsable del ilícito cometido, aunque ello sirva también para la necesaria prevención general, mientras que se la instrumentaría como mero objeto, no como ser digno en y por sí mismo, si se declarara culpable y se impusiera pena a alguien que no podía actuar de otro modo o que no lo sabemos, pero, como argumentan las concepciones puramente preventivas, que es normal y por ello interesara declararle responsable por ser útil o conveniente para la prevención general de delitos de los demás sujetos normales.

g) La exclusión o restricción de la libertad en condiciones o situaciones anormales

La libertad de la voluntad puede estar excluida en ciertos casos de inimputabilidad que anulen o casi anulen la capacidad volitiva de controlar e inhibir los impulsos, como reconoce el art. 20,1.º y 2º CP para las anomalías psíquicas, trastorno mental transitorio e intoxicación etílica o de drogas o síndrome de abstinencia cuando el sujeto, pese a poder comprender la ilicitud del hecho, por la indicada situación “no pueda actuar conforme a esa comprensión”, podría darse en algún caso de menor edad del art. 19, y desde luego sucederá en los supuestos de miedo totalmente insuperable del art. 20, 6.º. Hay otros casos en que la libertad de decisión, sin estar anulada, está ciertamente coartada y ya por ello el hecho no habrá plena culpabilidad; pero en unos supuestos pese a todo se disculpa porque la enorme dificultad de la situación sumada a la disminución de la libertad hace que se aprecie inexigibilidad penal individual, mientras que en otros supuestos no se da esta circunstancia y la disminución de la libertad operará sólo como eximente incompleta o atenuante.

3. Accesibilidad y determinabilidad normal por la norma, su presupuesto cognitivo: la posibilidad subjetiva (incluyendo imputabilidad) de conocimiento de la antijuridicidad y de los presupuestos de la prohibición

En estos dos últimos apartados 3) y 4) me limitaré a esbozar los restantes presupuestos que según mi concepción requiere la culpabilidad entendida como reprochabilidad

¹¹⁰ Cfr. p. ej. ROXIN, AT I, 4.ª, 2006, § 19/35, PGI, 1997, § 19/33, criticando la fundamentación preventivo-general de JAKOBS invocando la máxima de KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797, § 49 E: “El ser humano no puede nunca ser utilizado meramente como medio para los propósitos de otro y ser mezclado con los objetos del Derecho de cosas, contra lo cual le protege su personalidad innata”.

penal subjetiva: la accesibilidad normativa y determinabilidad normal por la norma y la exigibilidad penal individual¹¹¹.

La reprochabilidad penal individual requiere, además de libertad de decisión y actuación, más concretamente posibilidad de determinarse o motivarse normalmente el sujeto por las normas penales y ello a su vez presupone, como ha destacado especialmente ROXIN basándose en la fórmula de NOLL, accesibilidad (o apelabilidad o abordabilidad) normativa, es decir, que la correspondiente norma jurídicopenal pueda acceder a la inteligencia y comprensión del sujeto para motivarle e influir en su comportamiento antes de que tome la decisión, o, viéndolo desde el agente, que éste pueda acceder a la norma penal. Ello tiene a su vez un presupuesto cognitivo doble: En primer lugar, que es lo que se suele destacar al llegar a este punto, el conocimiento de las normas prohibitivas, la conciencia de la antijuridicidad (y además de la prohibición penal) para la plena reprochabilidad y culpabilidad, o al menos la posibilidad de esa conciencia para un mínimo de reprochabilidad y culpabilidad aunque atenuada, lo que negativamente significa que el error de prohibición. Y ello presupone antes la capacidad cognoscitiva y comprensiva de la imputabilidad, es decir, antes ya del error de prohibición, que no haya una situación de inimputabilidad, de las de anomalías o trastornos psíquicos o de menor edad, que sea tal que, como dicen los n.ºs 1.º o 2.º del art. 20 CP, impidan “comprender la ilicitud del hecho”. Pero en segundo lugar, la culpabilidad también requiere –lo que es más frecuente pasar por alto en este contexto– la posibilidad subjetiva o individual de conocer los presupuestos de la prohibición o antijuridicidad, es decir los elementos del tipo y la ausencia de los elementos de las causas de justificación, ya que ello es necesario para que como consecuencia exista la posibilidad subjetiva de conocer la prohibición en el caso concreto; pues si el conocimiento de esos presupuestos le fuera por sus circunstancias personalmente imposible al agente, bien por una situación de inimputabilidad que le impidiera conocer los elementos del hecho¹¹², bien por imprevisibilidad subjetiva del hecho (aunque se debiera sólo a imputabilidad disminuida) o por un error subjetivamente invencible sobre los elementos del tipo o los de una causa de justificación, el sujeto en su hecho no sería cognitiva, intelectualmente accesible a la prohibición de la norma penal y no se podría determinar por la misma y por tanto no sería culpable.

¹¹¹ Sobre todo ello remito a la exposición mucho más amplia de mis Lecciones de DP, PG, 3.ª, 2016, Caps. 26-28.

¹¹² En las causas de inimputabilidad del art. 20, la del n.º 3.º, alteraciones congénitas o infantiles en la percepción, sí habla de que se “tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad”, lo que implica la imposibilidad de un correcto conocimiento tanto fáctico como valorativo de la realidad. En cambio, los n.ºs 1.º y 2.º dicen que el sujeto no pueda “comprender la ilicitud del hecho”, pero ello presupone que pueda subjetivamente conocer y entender el hecho mismo, capacidad que puede estar excluida en algunos casos de enfermedad mental o trastorno mental transitorio.

4. Exigibilidad penal individual desde valoraciones normativas

Un último requisito de la reprochabilidad individual es la exigibilidad penal e individual de la conducta ordenada, es decir de abstenerse de la conducta prohibida, que negativamente presupone la *ausencia de causas de inexigibilidad penal individual*, de *causas de exculpación o disculpa*. Es equivocado decir, como tantas veces se afirma, ya desde los creadores de la idea de inexigibilidad, que en circunstancias o situaciones difíciles o extremas el Derecho no puede exigir a nadie otra conducta, la lícita en vez de la realización del hecho típico; si eso fuera así, la inexigibilidad sería una causa de exclusión de la antijuridicidad si el Derecho no exigiera con carácter general abstenerse de esa conducta a nadie, o al menos una causa de exclusión de la tipicidad penal o del ilícito (injusto) penal si jurídicamente sí se exigiera a todos la conducta lícita aunque sea difícil pero, dada la poca entidad del ilícito, el Derecho renunciara a exigir penalmente, bajo amenaza de pena a nadie abstenerse de la conducta, y en ambos casos ello beneficiaría a todos, no sólo a los autores, sino también a los partícipes. En el campo de la culpabilidad ha de tratarse de inexigibilidad individual, frente sólo al sujeto en quien concurra una situación personal especial, pero no frente a los demás partícipes, a quienes se les sigue exigiendo penalmente abstenerse incluso de cooperar o inducir; y además inexigibilidad no jurídica general, no desde todos los campos del derecho, sino sólo inexigibilidad penal, es decir, que ante una situación motivacional muy complicada y difícil para un sujeto concreto el Derecho penal renuncia al reproche criminal individual porque estima desde sus puntos de vista valorativos y teleológicos, incluyendo los fines de la pena, que no se le puede o no merece la pena exigirle a él penalmente, o sea, bajo amenaza de considerarlo criminal y por ello de pena, que no cometa la conducta que sigue estando desvalorada y prohibida con carácter general. Hay determinadas circunstancias situacionales del sujeto en el hecho concreto que le hacen, no imposible, pero sí muy difícil el cumplimiento de la norma, la motivación conforme a la misma, y entonces la infracción, aunque objetivamente esté prohibida y sea reprobable, es subjetivamente comprensible, explicable, disculpable desde las valoraciones normativas penales y por eso se considera subjetivamente inexigible bajo amenaza de pena y de consideración criminal la observancia de la norma en ese caso. De estas circunstancias de inexigibilidad penal subjetiva o individual¹¹³ denominadas

¹¹³ Cfr. ampliamente mi exposición de todas estas cuestiones en LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 2.^a/3.^a 2012/2016, 25/30 ss., 28/20 ss., 20/50 ss., 21/149 ss.; Inexigibilidad y exigibilidad, EJB, Civitas, 1995, 3552 ss.; Inexigibilidad y exigibilidad, en Luzón (dir.), EPB, 2002, 1995, 831 ss.; Exculpación por inexigibilidad penal individual, Libertas 2 2014, 232 ss. = LH-Schünemann, I, 2014, 343 ss.; Entschuldigung aus subjektiver strafrechtlicher Unzumutbarkeit, FS-Schünemann 2014, 445 ss.; El miedo insuperable como emoción asténica: su exculpación por inexigibilidad penal individual frente a las emociones estéticas o violentas, LH-Morillas, I, 2018, 369 ss.; Miedo insuperable: requisitos básicos, LH-Jorge Barreiro, 2019; La insuperabilidad del miedo como requisito adicional, LH-Quintero, 2018, 363 ss.; Die Berufung auf das Gewissen im spanischen Recht, FS-Im. Roxin, 2012, 757 ss.; Handeln aus Gewissensgründen als Entschuldigungsgrund im vergleich zur Strafbarkeit der Überzeugungstat, FS-Wolter, 2013, 431 ss.; Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción, InDret 2013-1, 1 ss.; tb. en: LH-de Castro Cid, 2013, 1649 ss.; LH-Agudelo, 2013, 597 ss.; DPMín 14,2014, 1 ss.; RDUCA 17 2014, 131 ss.; RDPyC

causas de exculpación o de disculpa, unas están previstas legalmente como eximentes (o como atenuantes en caso de concurrencia más débil o incompleta), y otras se pueden apreciar como eximentes por analogía o causas supralegales de inexigibilidad individual. Pero en cualquier caso, el que esa inexigibilidad individual se decida desde consideraciones valorativas y teleológicas de las normas penales explica que la decisión y admisión o no de esta exculpación pueda ser distinta en supuestos en que la presión o dificultad motivacional pueda ser de similar intensidad, admitiendo la disculpa en casos de circunstancias que no merecen una valoración o censura muy negativa como p. ej. el miedo u otros estados pasionales asténicos o débiles o el ilícito por un conflicto extremo de conciencia, y rechazándola en cambio ante circunstancias paralelas pero valoradas como preocupantes o muy negativas, p. ej. los estados pasionales esténicos o violentos o la delincuencia por convicción.

2015-4, 3 ss.; Libertas 4 2016, 95 ss.; LH-Roxin Lima (dir. Luzón Peña), 2018, 48 ss. ROSO CAÑADILLAS, Miedo insuperable, en Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, 952 s., comparte en general y para el miedo insuperable mi concepción de la “inexigibilidad penal individual” como fundamento de las causas de exculpación frente a la inexigibilidad jurídica general (causas de justificación) y la inexigibilidad penal general (causas de exclusión de la tipicidad penal), ya anticipada por mí en Curso PG I, 1.^a, 1996, 568 ss., 648 ss.