CAPÍTULO XXII

Culpabilidad

1. La culpabilidad
2. Las insuficiencias del concepto tradicional de culpabilidad
3. El concepto dialéctico de culpabilidad: culpabilidad y prevención general
4. Concepto material de culpabilidad: la culpabilidad como teoría del sujeto responsable
5. Elementos de la culpabilidad

1. LA CULPABILIDAD

Para la imposición de una pena, principal consecuencia jurídico-penal del delito, no es suficiente con la comisión de un hecho típico y antijurídico. Como se deduce de algunos preceptos del Derecho penal vigente en cualquier país civilizado, la comisión de un hecho delictivo, en el sentido de un hecho típico y antijurídico, no acarrea automáticamente la imposición de una pena al autor de ese hecho. Existen determinados casos en los que el autor de un hecho típico y antijurídico queda exento de responsabilidad penal. Ello demuestra que, junto a la tipicidad y a la antijuricidad, debe darse una *tercera categoría* en la Teoría General del Delito, cuya presencia es necesaria para imponer una pena. Esta categoría es la *culpabilidad*, una categoría cuya función consiste, precisamente, en acoger aquellos elementos referidos al autor del delito que, sin pertenecer al tipo ni a la antijuricidad, son también necesarios para la imposición de una pena.

También fuera del Derecho penal se emplean expresiones como «tener la culpa», «echar la culpa», «sentirse culpable», etc., que reflejan un sentido parecido, aunque con distinta terminología, al que se da al concepto de «culpabilidad» en Derecho penal. Efectivamente, cuando se dice que «alguien tiene la culpa» o que «es culpable de algo» se está aludiendo a la responsabilidad por la realización de un hecho desaprobado; incluso psicológicamente la «culpa» como sentimiento es siempre muestra de un pesar por el mal cometido. Antes que la culpa, objetiva o subjetiva, hay, pues, una desaprobación previa de algo que se ha realizado y que no se debería haber realizado, o de algo que no se ha realizado, debiendo haberse realizado. En Derecho penal se emplea la expresión «culpabilidad» como el conjunto de condiciones que permite declarar a alguien como culpable o responsable de un delito. El término «culpa» se ha empleado tradicionalmente, conforme a una terminología procedente del Dere-

cho romano, como equivalente a imprudencia o negligencia, y en este sentido era profusamente utilizado en el anterior Código penal, aunque en el Código vigente, para evitar confusiones con el concepto de culpabilidad, se emplea la expresión imprudencia. Sin embargo, se sigue manteniendo el término «dolo», para el que no se encuentra una expresión coloquial equivalente. El llamado «principio de culpabilidad», es decir, que no puede haber pena «sin dolo o imprudencia» (art. 5), no es más que una parte o un presupuesto del concepto de culpabilidad que desarrolla su labor en otras categorías del delito, principalmente en la tipicidad, constituyendo el tipo subjetivo del delito doloso o del delito imprudente (véanse *supra* capítulos IV, XVI y XVII; también *infra* en este mismo capítulo, epígrafe 2 *in fine*).

La distinción entre antijuricidad y culpabilidad y, consiguientemente, entre causa de justificación y causa de exclusión de la culpabilidad, es uno de los hallazgos técnico-jurídicos más importantes de la Ciencia del Derecho penal. Tal hallazgo no es una pura elucubración teórica sino que tiene importantes consecuencias prácticas.

Actúa antijurídicamente quien, sin estar autorizado, realiza un tipo jurídico-penal y ataca con ello un bien jurídico penalmente protegido. Actúa culpablemente quien comete un acto antijurídico tipificado en la ley penal como delito, pudiendo actuar de un modo distinto, es decir, conforme a Derecho.

Pero este concepto de culpabilidad, como reproche que se hace a una persona por haber podido actuar de modo distinto a como realmente lo hizo, coloca al penalista ante la difícil situación de tener que decidirse entre dos extremos igualmente cuestionables: o aceptar la capacidad humana para actuar libremente y aceptar con ello el concepto de culpabilidad; o negar esta capacidad, negando con ello, al mismo tiempo, la culpabilidad como elemento o categoría del delito.

Creo, sin embargo, que se puede salir de esta difícil situación sin aceptar plenamente el concepto tradicional de culpabilidad, relativizando el entendimiento de la libertad que le sirve de base y dotando a la culpabilidad de un contenido distinto, capaz de legitimar, explicar y limitar de un modo racional la imposición de una pena.

2. LAS INSUFICIENCIAS DEL CONCEPTO TRADICIONAL DE CULPABILIDAD

Una vez superada la originaria concepción de la culpabilidad, que veía en esta categoría únicamente la relación psicológica entre el autor y su acto, diferenciando según se tratase de una relación dolosa o im-

prudente (*concepción psicológica de la culpabilidad*) surgió una *concepción normativa* que veía en la culpabilidad un *reproche* que se hacía al autor del delito por haber actuado en la forma en que actuó, pudiendo actuar en forma distinta.

Según la concepción normativa, actúa culpablemente el que pudo proceder de otra manera. Esta definición refleja claramente el concepto tradicional de culpabilidad que se encuentra en cualquier manual o tratado de Derecho penal. Pero esta concepción es científicamente insostenible, ya que se basa en argumentos racionalmente indemostrables: la capacidad de poder actuar de un modo distinto a como realmente se hizo; algo en lo que se puede creer, pero que no se puede demostrar.

Como decía ENGISCH, aunque el hombre poseyera esta capacidad de actuar de un modo distinto a como realmente lo hizo, sería imposible demostrar en el caso concreto si usó o no de esta capacidad, porque, aunque se repitiera exactamente la misma situación en la que actuó, habría siempre otros datos, nuevas circunstancias, etc., que la harían distinta. La capacidad de poder actuar de un modo diferente a como se actuó es, por consiguiente, indemostrable.

Queda, sin embargo, la posibilidad de entender esa capacidad de un modo puramente vivencial o fenomenológico, como resultado de nuestra propia experiencia y observación. Así, por ejemplo, tenemos la conciencia o sentimiento de que en una situación dada somos «libres» de elegir entre las distintas opciones que se nos ofrecen. De algún modo, la vida de relación social, la exigencia de responsabilidades en la misma, el cumplimiento de las expectativas y estas expectativas sociales mismas se basan en este sentimiento generalizado. Pero ello no es más que un dato fenomenológico, puramente vivencial. Aparentemente existe una *capacidad de elección* entre varias opciones en cualquier persona y esa misma capacidad de elección constituye el presupuesto del actuar humano social y jurídicamente relevante; de ahí que se excluyan del ámbito de la acción jurídicamente relevante las reacciones puramente instintivas, inconscientes o producto de fuerza irresistible. Pero este presupuesto es puramente descriptivo y es insuficiente para fundamentar el concepto de culpabilidad que tiene fines pragmáticos y sirve para justificar y limitar la imposición de una pena al autor de un hecho típico y antijurídico.

Una cosa es segura: entre varias opciones posibles siempre se puede elegir, pero no sabemos cuáles son las razones últimas que impulsan a elegir entre una y otra opción. Por eso no es posible fundamentar la culpabilidad en algo que no conocemos suficientemente.

Pero es que, además, en el Derecho penal, igual que en el resto del Derecho y de la vida social, existen casos en los que una persona, entre varios haceres posibles, elige uno que es perjudicial para otros, sin que ello le proporcione un juicio negativo por su conducta. La culpabilidad supone algo más que la mera posibilidad de poder actuar de un modo distinto a como se actuó. Si la culpabilidad se basara efectivamente en la posibilidad de actuar de un modo distinto no podría explicarse por qué el núm. 5° del art. 20 del Código penal declara exentos de responsabilidad criminal a los que, en estado de necesidad, lesionen un bien de *igual o menor* valor; es evidente que quien actúa en estado de necesidad tiene la capacidad de elegir entre varios haceres posibles: o soportar la lesión de un bien jurídico o evitar esa lesión, lesionando a su vez uno de *igual o menor* valor.

De todo ello se deduce que la posibilidad de actuar de un modo distinto es un presupuesto de la relevancia jurídica del comportamiento humano, incluso del concepto de acción misma, pero no el fundamento material, exclusivo y único, de la culpabilidad. En realidad, esta categoría del delito, como culminación de toda la elaboración conceptual que, salvo algún condicionamiento de la penalidad o de la perseguibilidad que veremos más adelante, permite la aplicación de una pena, asume a su vez otros elementos subjetivos que ya han sido tratados en anteriores categorías. Así, por ej., además de que el acto sea controlado por la voluntad, elemento conceptual de la acción y la omisión (véanse *supra* capítulos XII y XIV), es necesario que el sujeto haya actuado respecto al tipo objetivo del delito por él cometido dolosa o imprudentemente (véanse *supra* capítulos XVI y XVII); todo ello forma también parte de la culpabilidad, de ahí, por ej., que se llame *principio de culpabilidad* a la exigencia de que para imponer una pena sea preciso el dolo o la imprudencia (cfr. art. 5 y *supra* capítulo IV), pero en la medida en que estos requisitos cumplan ya una función en la elaboración de las anteriores categorías se pueden dar por supuestos en la culpabilidad y reservar esta categoría para aquellos elementos específicos que no pueden incluirse en las anteriores.

3. EL CONCEPTO DIALÉCTICO DE CULPABILIDAD: CULPABILIDAD Y PREVENCIÓN GENERAL

Rechazar el concepto tradicional de culpabilidad no significa necesariamente tener que renunciar al mismo como categoría jurídico-penal, sino la necesidad de buscarle un fundamento distinto. Para ello hay que empezar por abandonar de una vez para siempre la vieja concepción, producto de la ideología individualista dominante en el momento en el que surgió como categoría autónoma dentro del Derecho penal. Esta concepción ve en la culpabilidad un fenómeno individual aislado que

sólo afecta al autor de un hecho típico y antijurídico. Pero realmente no hay una culpabilidad en sí, sino una culpabilidad en referencia a los demás. La culpabilidad no es un fenómeno individual, sino social. No es una cualidad de la acción sino una característica que se le atribuye para poder imputársela a alguien como su autor y hacerle responder por ella. Es, pues, la sociedad o mejor su Estado representante, producto de la correlación de fuerzas sociales existentes en un momento histórico determinado, quien define los límites de lo culpable y de lo no culpable, de la libertad y de la no libertad. De ahí se deriva que el concepto de culpabilidad tiene un fundamento social, antes que psicológico, y que no es una categoría abstracta o ahistórica al margen o incluso, como algunos creen, contraria a las finalidades preventivas del Derecho penal, sino la culminación de todo un proceso de elaboración conceptual destinado a explicar por qué y para qué, en un momento histórico determinado, se recurre a un medio defensivo de la sociedad tan grave como la pena y en qué medida debe hacerse uso de ese medio.

> Para ROXIN (ver obras citadas en bibliografía y Parte General I, pp. 791 y ss.), las finalidades preventivas no forman parte del concepto de culpabilidad, sino que lo complementan. Según este autor, una vez comprobada la culpabilidad, entendida también por él en el sentido tradicional, procede averiguar si, desde el punto de vista de los fines preventivos del Derecho penal, es o no necesaria una pena, es decir, si se puede y se debe hacer *responsable* al sujeto por lo que ha hecho. De ahí que en lugar de culpabilidad, prefiera el término de *responsabilidad*. Sin embargo, no hay por qué disociar la culpabilidad de los fines de la pena, ni separarla de la responsabilidad que no es, en definitiva, más que la consecuencia de declarar culpable al sujeto por lo que ha hecho (en este sentido también JAKOBS, 1997, pp. 73 y ss., aunque con fundamentación distinta).

Así, por ejemplo, la correlación entre culpabilidad y *prevención general*, es decir, defensa de determinados intereses, legítimos o ilegítimos (que esa es otra historia) por medio de la pena, es evidente. Si en un momento histórico determinado se consideró, por ejemplo, que debían ser declarados exentos de responsabilidad criminal el menor de cierta edad (cfr. art. 19), el que, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica o de un estado de intoxicación plena, no puede comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, o el que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tiene alterada la conciencia de la realidad (cfr. núms. 1°, 2° y 3° del art. 20), ello no se hizo para debilitar la prevención general o la defensa de los intereses de la sociedad frente a esas personas, sino precisamente por lo contrario, porque el efecto intimidatorio general y la defensa social se fortalecían al declarar exentos de responsabilidad

criminal (es decir, de culpabilidad) a unas pocas personas de las que, como la experiencia enseña, no puede esperarse que cumplan las expectativas de conducta contenidas en las normas penales, confirmando así la necesidad de su cumplimiento por las demás personas que no se encuentran en esa situación. Estas razones de prevención general están también avaladas por razones de *prevención especial*, ya que tampoco desde el punto de vista individual es necesaria en estos casos una pena, sino una medida de curación o educación del sujeto que se encuentra en estas situaciones.

Evidentemente las razones de prevención general pueden exacerbarse y, mal entendidas, llevar a exigencias punitivas desmesuradas, como el castigo de personas realmente «enfermas mentales», la rebaja de la edad para la exigencia de responsabilidad penal, etc., y es verdad que la Historia enseña que estos casos se han dado y se dan. Pero, entonces, lo que hay que hacer es criticar la teoría y la praxis jurisprudencial y legislativa que permiten esos desbordamientos preventivos generales, sin tener en cuenta los límites que también imponen las finalidades preventivas especiales acogidas en el art. 25 de la Constitución. En un Estado social y democrático de Derecho, el Estado debe estar en condiciones de demostrar por qué hace uso de la pena y a qué personas la aplica, y ello siempre para proteger de modo eficaz y racional a una sociedad que, si no es plenamente justa, tiene en su seno y en su configuración jurídica la posibilidad de llegar a serlo. Si estos presupuestos no se dan, mal se puede hablar de culpabilidad, y exigir el cumplimiento de los mandatos normativos a las personas que por razones de inmadurez personal, de enfermedad mental, etc., no están en condiciones de cumplirlos sería una infracción clara de las bases de la responsabilidad penal en un Estado social y democrático de Derecho. Por eso la culpabilidad tiene también un fundamento material, basado en la propia idea democrática, que estudiaremos en el siguiente epígrafe (para más detalles sobre esta concepción, véase Muñoz Conde, 1975 y 1980).

4. CONCEPTO MATERIAL DE CULPABILIDAD: LA CULPABILIDAD COMO TEORÍA DEL SUJETO RESPONSABLE

Cuestión distinta de las tratadas hasta ahora es la del fundamento material específico que sirve de base a la culpabilidad. Fuera del tipo de injusto, es decir, de la tipicidad y de la antijuricidad, existen una serie de

elementos (capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuricidad, exigibilidad de otra conducta) que forman parte de la Teoría General del Delito y también condicionan la aplicación de una pena (cfr. *infra* elementos de la culpabilidad). Si no se quiere asignar a cada uno de estos elementos un puesto autónomo e independiente, cada uno constitutivo de una nueva categoría del delito, deberá procurarse reconducirlos a una misma categoría, en la medida en que respondan a un denominador común todos ellos, es decir, a un mismo fundamento material.

Como ya se ha dicho antes, este fundamento material no puede encontrarse en la indemostrable posibilidad de actuar de un modo distinto. A mi juicio, este fundamento material de la culpabilidad hay que buscarlo en la *función motivadora de la norma penal*, que como ya hemos visto en la Primera Parte (capítulo III), junto con la función protectora constituye una función específica de la norma penal.

La norma penal se dirige a individuos capaces de motivarse en su comportamiento por los mandatos normativos. Lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios haceres posibles; lo importante es que la norma penal le motiva con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos varios haceres posibles que es precisamente el que la norma prohíbe con la amenaza de una pena. A partir de un determinado desarrollo mental, biológico y cultural del individuo, se espera que éste pueda motivarse por los mandatos normativos. La evolución cultural y los conocimientos sociológicos, psicológicos y biológicos han permitido fijar en la legislación unos criterios para determinar los casos en los que, a partir de un determinado grado de desarrollo biológico, psíquico y cultural, es posible atribuir al individuo el hecho cometido y hacerle responsable del mismo. El fundamento común a estos criterios que englobamos en el concepto de culpabilidad se encuentra, por tanto, en aquellas facultades que permiten al ser humano participar con sus semejantes, en condiciones de igualdad, en una vida en común pacífica y justamente organizada. La «*motivabilidad*», la capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas es, según creo, la facultad humana fundamental que, unida a otras (inteligencia, afectividad, etc.), permite la atribución de una acción a un sujeto y, en consecuencia, la exigencia de responsabilidad por la acción por él cometida. Cualquier alteración importante de esa facultad —cualquiera que sea el origen de la misma— deberá determinar la exclusión o, si no es tan importante, la atenuación de la culpabilidad. En estos casos, la tarea del Estado social y democrático de Derecho no consiste en castigar a los que no están en condiciones de poder participar en condiciones

de igualdad en la configuración de la vida social, sino en «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» (art. 9,2 CE). En una democracia que aspira a ser verdadera y real es necesario desarrollar también un concepto de culpabilidad material, y no puramente formal. Igual que no es suficiente el reconocimiento formal de unos derechos fundamentales si éstos carecen de contenido (si la mayoría de la población es analfabeta, ¿de qué le sirve el derecho a la información?), tampoco puede ser suficiente, para constatar la culpabilidad de un individuo por el hecho cometido, que éste haya podido obrar en teoría de una manera distinta a como lo hizo, si no se analizan las razones para entender por qué actuó de una determinada manera y no de otra. De lo contrario se justificarían las irónicas palabras del escritor francés Anatole France cuando afirmaba que «la ley lo mismo prohíbe robar pan y dormir debajo de un puente al pobre mendigo que a un millonario».

Lógicamente, la fijación de este fundamento material no puede realizarse ahistóricamente, al margen de las necesidades preventivas tal como son entendidas por la sociedad en un momento histórico determinado, ni es tampoco tarea del Derecho penal acabar con las desigualdades e injusticias distributivas; pero en la medida en que la culpabilidad sea una categoría basada en el principio constitucional democrático y no sólo en el Derecho penal positivo, no sólo podrá servir para interpretarlo adaptándolo a los principios constitucionales democráticos, sino también para criticarlo cuando se aparta de ellos. Por eso, en la medida en que el Derecho penal positivo respete los principios constitucionales y se sitúe en el contexto de un Estado democrático, se podrán interpretar los preceptos penales legales relacionados con la culpabilidad con la suficiente amplitud como para hacer compatible la mayor y mejor protección posible de los valores fundamentales de la sociedad, con un mínimo costo de represión y sacrificio de la libertad individual. El concepto de culpabilidad es, pues, también un principio organizativo de atribución de la responsabilidad individual característico de las sociedades modernas, en las que, dentro de las distintas esferas de su competencia (política, profesional, ciudadano común, etc.), cada uno es responsable por lo que hace (o no hace). La particularidad que presenta la culpabilidad en Derecho penal es que el legislador describe determinadas situaciones (minoría de edad, enfermedad mental, error

de prohibición, no exigibilidad) en las que renuncia a imponer una pena (aunque no otro tipo de sanciones, como las medidas de seguridad), cuando alguien que se encuentra en una de esas situaciones comete un hecho típico y antijurídico. Naturalmente son imaginables otras formas de atribución de responsabilidad por el hecho cometido, como echar la culpa a los dioses o al destino, exigir sólo una relación causal puramente objetiva entre la acción y el resultado, etc. Pero la exigencia de un determinado grado de participación subjetiva del autor en el hecho, la normalidad psíquica de éste, el conocimiento de la antijuricidad, etc., suponen un avance hacia una concepción democrática del Derecho penal, al limitar el poder punitivo del Estado en base a consideraciones emanadas de la propia dignidad del ser humano como *sujeto responsable*, y constituye un factor característico de la racionalidad de la cultura jurídica de nuestro tiempo.

Aunque con distinta fundamentación material, también un sector de la doctrina española considera que el principio de culpabilidad y el concepto dogmático mismo de culpabilidad que aquí se acoge tiene apoyo constitucional. En general, de un modo u otro, y a veces sin mencionar o utilizar el término de «culpabilidad», existe un acuerdo doctrinal en considerar necesario para la imposición de una pena un cierto grado de *responsabilidad individual subjetiva*, por más que esto a veces no sea más que un *desideratum* no plenamente realizado en la praxis judicial y legislativa.

5. ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD

Para poder afirmar la culpabilidad de una persona que, en el caso concreto, ha cometido un hecho típico y antijurídico, es necesario, conforme al Derecho penal actualmente vigente, que se den en esa persona una serie de requisitos sin los cuales no se puede hablar de culpabilidad. La comunicación entre el individuo y los mandatos de la norma sólo puede darse si el individuo tiene la capacidad para sentirse motivado por la norma, conoce su contenido y se encuentra en una situación en la que puede regirse, sin grandes esfuerzos, por ella. Si, por el contrario, el individuo, por falta de madurez, por defecto psíquico, por desconocer el contenido de la prohibición normativa o por encontrarse en una situación en la que no le era exigible un comportamiento distinto, no puede ser motivado por la norma o la motivación se altera gravemente, faltará la culpabilidad, es decir, el hecho típico y antijurídico no podrá atribuirse a su autor y, por tanto, éste tampoco podrá ser sancionado con una pena.

De aquí se deduce que la culpabilidad, junto a ese fundamento material antes aludido de participación en los bienes jurídicos protegidos y motivación racional de los mandatos normativos, tiene unos elementos específicos, sin cuya presencia no podrá formularse el juicio de atribución que implica. Estos elementos son:

a) *La imputabilidad o capacidad de culpabilidad.* Bajo este término se incluyen aquellos supuestos que se refieren a la madurez psíquica y a la capacidad del sujeto para motivarse (edad, enfermedad mental, etc.). Es evidente que si no se tienen las facultades psíquicas suficientes para poder ser motivado racionalmente, no puede haber culpabilidad (para más detalles, cfr. *infra* capítulo XXIII).

b) *El conocimiento de la antijuricidad del hecho cometido.* La norma penal sólo puede motivar al individuo en la medida en que éste pueda conocer, a grandes rasgos, el contenido de sus prohibiciones. Si el sujeto no sabe que su hacer está prohibido, no tiene ninguna razón para abstenerse de su realización; la norma no le motiva y su infracción, si bien es típica y antijurídica, no puede atribuírsele a título de culpabilidad (para más detalles, cfr. *infra* capítulo XXIV).

c) *La exigibilidad de un comportamiento distinto.* Normalmente el Derecho exige la realización de comportamientos más o menos incómodos o difíciles, pero no imposibles. El Derecho no puede exigir comportamientos heroicos; toda norma jurídica tiene un ámbito de exigencia, fuera del cual no puede exigirse responsabilidad alguna. Esta exigibilidad, aunque se rija por patrones objetivos, es, en última instancia, un problema individual: es el autor concreto, en el caso concreto, quien tiene que comportarse de un modo u otro. Cuando la obediencia de la norma pone al sujeto fuera de los límites de la exigibilidad, faltará ese elemento y, con él, la culpabilidad (para más, detalles cfr. *infra* capítulo XXIV).

Estos tres elementos (a cuyo estudio concreto dedicaremos los dos próximos capítulos) son elementos graduables (excepto en el caso de la minoría de edad penal) y, por eso, las causas que los modifican o desdibujan pueden tener un efecto excluyente o sólo un efecto atenuante de la culpabilidad, cuando no tienen la entidad suficiente para excluirla totalmente.

Por tanto, junto con su vertiente positiva estudiaremos también su negación, esto es, las causas que los excluyen o, por lo menos, influyen en su graduación. Las diferencias entre estas *causas de exclusión o anulación de la culpabilidad* y las *causas de justificación,* como ya hemos dicho en el capítulo XIX son evidentes: las primeras dejan intacto el

tipo de injusto, con todo lo que ello comporta en orden a la aplicación de sanciones no penales, medidas de seguridad, admisión de la legítima defensa frente al que actúa, posibilidad de participación de terceras personas, etc.; las segundas convierten el hecho en algo lícito y aprobado por el Ordenamiento jurídico, no cabe legítima defensa frente a ellas, tampoco cabe responsabilidad penal por participación de terceros, etc.

Finalmente, también deben tenerse en cuenta algunos elementos específicos que aparecen en ciertos tipos de delitos: el ensañamiento en el asesinato y las lesiones (arts. 139 y 148), el carácter vejatorio o denigrante de la agresión sexual (art. 180,1,1ª), etc. Estos elementos no sólo fundamentan o agravan el tipo de injusto de un determinado delito, sino que a veces reflejan también una mayor culpabilidad en el autor del delito. Estos elementos, objetiva y subjetivamente configurados, constituyen el llamado *tipo de culpabilidad.* Sus diferencias con los *elementos subjetivos del tipo de injusto* (cfr. *supra* capítulo XVI) no son todo lo nítidas que sería deseable, aunque se puede afirmar, de un modo general, que los elementos del tipo de culpabilidad sólo inciden en la mayor gravedad del marco penal aplicable a una concreta figura del delito y que su ausencia no excluye la punibilidad del delito en cuestión; a lo sumo, lo convierten en otro delito (por ej., la ausencia de ensañamiento convierte el asesinato en homicidio, pero el hecho sigue constituyendo un tipo de injusto de un delito contra la vida), o en el mismo delito, sólo que sancionado con menor pena (por ej., el carácter no denigrante o vejatorio de la violencia convierte en simple a la agresión sexual). En este sentido, algunas de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que operen como agravantes genéricas (art. 22) podrían formar parte del tipo de culpabilidad de un delito concreto. Sin embargo, el carácter predominantemente subjetivo de muchos de estos elementos acrecienta sus dificultades probatorias, y su indeterminación los convierte en grave fuente de arbitrariedad en el momento de la determinación de la pena. Por eso debe rechazarse su admisión genérica o interpretarse muy restrictivamente cuando se den claramente en algún delito concreto. La problemática pertenece más a la Parte Especial y al estudio de la figura delictiva concreta en la que se exijan, o al estudio de las circunstancias modificativas genéricas de la responsabilidad criminal (arts. 21, 22 y 23; cfr. *infra* capítulo XXIX).

También, en cierto modo, pertenecen a la culpabilidad las formas de realización, dolosa o imprudente, del tipo de injusto; pero, como hemos visto anteriormente, tanto el dolo como la imprudencia sirven ya para caracterizar la tipicidad del hecho, por lo que sólo indirectamente pueden a su vez incidir en la determinación de la gravedad de la culpabilidad y ello sólo en la medida en

que la culpabilidad esté ya fundamentada y no existan factores específicos que la excluyan (por ej., la inimputabilidad o el error de prohibición).

Bibliografía: Cancio Meliá/ Feijoo Sánchez/ Jakobs, Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad, Madrid 2008; Cerezo Mir, Problemas fundamentales del Derecho penal, Madrid 1982; El mismo, El delito como acción culpable, ADP 1996; Córdoba Roda, Culpabilidad y pena, Barcelona 1977; Couso Salas, Fundamentos del Derecho penal de culpabilidad: historia, teoría y metodología, Valencia 2006; Demetrio Crespo, Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin, RGDP 2007; De Vicente Martínez, Culpabilidad, presunción de inocencia y delitos de sospecha, PJ 1994; García Arán, Culpabilidad, legitimación y proceso, ADP 1988; Gimbernat Ordeig, ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?, en Estudios de Derecho penal, 3ª ed., Madrid 1990 (publicado por primera vez en español en 1971); Hirsch, Acerca de los errores y extravíos en la teoría contemporánea de la culpabilidad, ADP 2007; Hormazabal Malareé, Culpabilidad y actio libera in causa, en Homenaje a Díaz Pita, Valencia 2008; Jakobs, Estudios de Derecho penal, Madrid 1997 (traducción de Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá); Luzón Peña, Observaciones sobre culpabilidad y pena en el Código Penal español de 1995, en Homenaje a Torío, Granada 1999; Martínez Garay, Aproximación histórica al surgimiento del concepto de imputabilidad subjetiva en la doctrina penal alemana, RDPC 2001; Melendo Pardos, Necesidad de pena, querer y poder. Algunas reflexiones sobre la culpabilidad en Gimbernat, ADP 2007; Molina Fernández, La responsabilidad en el Derecho, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 2000; Morales Prats, Precisiones conceptuales en torno a la culpabilidad: convenciones normativas y función individualizadora, en Homenaje a Torío, Granada 1999; Muñoz Conde, El principio de culpabilidad, en III Jornadas de Profesores de Derecho penal, Santiago de Compostela 1975; El mismo, Culpabilidad y prevención en Derecho penal, CPC 1980; El mismo, Derecho penal y control social, Jerez 1985; Pérez Manzano, Culpabilidad y prevención, Madrid 1986; Prats Canut, La culpabilidad: principio y categoría dogmática, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; Roxin, Culpabilidad y prevención en Derecho penal, Madrid 1981 (traducción, introducción y notas de Muñoz Conde); El mismo, ¿Qué queda en pie de la culpabilidad en Derecho penal?, CPC 1986 (traducción de Silva Sánchez); Sanz Morán, Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena, RDPe 2003; Tamarit Sumalla, Culpabilidad, maldad e imputabilidad: aportaciones de la Dogmática penal a la cultura jurídica europea, RDPC 2006; Torío López, Indicaciones metódicas sobre el concepto material de culpabilidad, CPC 1988; Zugaldía Espinar, Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad, en Homenaje a Antón Oneca, Salamanca 1982.

Sobre la función motivadora de la norma penal, véase también la bibliografía indicada en el capítulo III.

CAPÍTULO XXIII

Culpabilidad (cont.): imputabilidad o capacidad de culpabilidad

1. La imputabilidad o capacidad de culpabilidad
2. Causas de exclusión de la capacidad de culpabilidad (causas de inimputabilidad)
3. La minoría de edad: la relativa imputabilidad del menor de dieciocho años y mayor de catorce
4. La alteración en la percepción
5. Las alteraciones psíquicas y los estados de intoxicación
   A) El efecto psicológico
   B) Los presupuestos del efecto psicológico. Su relación con la nosología psiquiátrica

   Excurso: La imputabilidad del drogodependiente

   C) Las consecuencias jurídicas
6. La «actio libera in causa»

1. LA IMPUTABILIDAD O CAPACIDAD DE CULPABILIDAD

La culpabilidad se basa en que el autor de la infracción penal, del hecho típico y antijurídico, tenga las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos. Al conjunto de estas facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico se le llama imputabilidad o, más modernamente, capacidad de culpabilidad. Quien carece de esta capacidad, bien por no tener la madurez suficiente, bien por sufrir de trastornos mentales, no puede ser declarado culpable y, por consiguiente, no puede ser responsable penalmente de sus actos, por más que éstos sean típicos y antijurídicos. El concepto de imputabilidad o de capacidad de culpabilidad es, pues, un tamiz que sirve para filtrar aquellos hechos antijurídicos que pueden ser atribuidos a su autor y permite que, en consecuencia, éste pueda responder de ellos.

Históricamente, la exigencia de la imputabilidad aparece como una limitación de la responsabilidad penal. Pronto se observó que los niños y los enfermos mentales no podían ser tratados como los adultos o los aparentemente sanos mentalmente. La pena para ellos era una institu-

ción inútil y debía ser sustituida por otras medidas (reformatorios, manicomios, etc.) que, en la práctica, tenían el mismo carácter de control social que la pena, pero que teóricamente no tenían el mismo sentido punitivo.

Aunque esto parece hoy evidente no son, sin embargo, tan claros la razón y el fundamento de por qué en estos casos no se podía considerar culpable al autor de un hecho delictivo. La doctrina clásica buscó una base común en la *libertad de voluntad*. Esta libertad se basa en la capacidad de entender y querer lo que se está haciendo; el que carece de esta capacidad no actúa libremente y, por eso, no puede ser considerado culpable de lo que hace.

Como ya se ha dicho, esta tesis es insostenible no sólo porque se basa en algo indemostrable, como es la libertad de voluntad o *libre albedrío*, sino además, y por lo que se refiere al problema que ahora estamos tratando, porque reduce todas las facultades humanas a los planos intelectivo y volitivo, que no son los únicos, ni tan siquiera los más importantes. En todo caso, las facultades intelectivas y volitivas humanas están condicionadas por otra serie de factores, que también deben ser relevantes en la determinación de la capacidad de culpabilidad (factores psíquicos y socioculturales). Por eso no puede considerarse actualmente que la capacidad de culpabilidad sea únicamente un problema de facultades intelectivas y volitivas del sujeto, sino algo mucho más complejo. En el proceso de interacción social que supone la convivencia, el individuo, obligado por sus propios condicionamientos al intercambio y a la comunicación con los demás, desarrolla una serie de facultades que le permiten conocer las normas que rigen la convivencia en el grupo al que pertenece y regir sus actos de acuerdo con dichas normas. Se establece así un complejo proceso de interacción y comunicación que se corresponde con lo que en la Psicología moderna se llama motivación. Es, pues, la capacidad de motivación a nivel individual, la capacidad para motivarse por los mandatos normativos, lo que constituye la esencia de ese elemento de la culpabilidad que llamamos imputabilidad. En la medida en que esa capacidad no haya llegado a desarrollarse por falta de madurez, por defectos psíquicos de cualquier origen o por trastornos transitorios, no podrá hablarse de culpabilidad.

2. CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD (CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD)

En el Derecho penal actualmente vigente son tres las causas de exclusión de la responsabilidad penal que pueden reconducirse, sistemáticamente, al ámbito de la inimputabilidad. Estas causas son las tres primeras citadas en el artículo 20 del Código penal: cualquier anomalía o alteración psíquica (art. 20,1º) o un estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos o de síndrome de abstinencia (art. 20,2º), en la medida en que impidan al sujeto comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a dicha comprensión; y la alteración en la percepción que produzca una alteración grave de la conciencia de la realidad (art. 20,3º).

Todas ellas responden a la idea antes expuesta de las bases clásicas de la imputabilidad, si bien no las reflejan con la misma nitidez e, incluso, permiten alguna matización más en consonancia con la concepción que aquí se mantiene (véase *infra*).

La minoría de edad penal (art. 19) es también, en cierto modo y dentro de ciertos límites, una causa de inimputabilidad que se basa en que normalmente el menor de cierta edad, por falta de madurez, carece de la capacidad suficiente para motivarse por las normas, pero, para evitar dudas y vacilaciones en el caso concreto y por razones de seguridad jurídica, se establece un límite fijo cronológico, de modo que sólo a partir de determinada edad se puede responder y no antes, aunque en el caso concreto se pudiera demostrar que el menor de esa edad tiene la capacidad de culpabilidad suficiente. Sin embargo, como seguidamente vamos a ver, nuestro sistema penal y procesal penal establece un sistema específico de responsabilidad penal para los menores de dieciocho y mayores de catorce años que combina razones de carácter psicopedagógico con criterios de imputabilidad y de prevención especial de finalidad predominantemente educativa.

3. LA MINORÍA DE EDAD: LA RELATIVA IMPUTABILIDAD DEL MENOR DE DIECIOCHO AÑOS Y MAYOR DE CATORCE

El art. 19 del Código penal declara exento de responsabilidad criminal con arreglo a dicho Código al menor de dieciocho años. Pero acto

seguido dispone el párrafo segundo del mismo artículo que «cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regule la responsabilidad penal del menor». Es decir, la irresponsabilidad penal declarada en el primer párrafo no es una irresponsabilidad absoluta, por cuanto el menor de dieciocho años puede ser responsable del hecho cometido, si bien esta responsabilidad se rige por lo dispuesto en la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (cfr. Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, en adelante LORPM).

Ciertamente, este precepto no declara irresponsable al menor de dieciocho años, pero no cabe duda de que el legislador, al establecer este régimen especial para exigir responsabilidad penal al menor de dieciocho años, está teniendo en cuenta determinadas peculiaridades que se dan en estos casos. Como ya se ha dicho antes, la imputabilidad es el resultado de un proceso de socialización, en el que el individuo va desarrollando una serie de facultades que le permiten conocer las normas que rigen la convivencia en el grupo al que pertenece y regir sus actos de acuerdo con dichas normas, es decir, actuar motivado por las normas jurídicas y por todo el entramado de normas sociales que constituyen los *sistemas de control social*, formal e informal. Evidentemente, ese proceso de socialización no es estático ni termina en un momento determinado, ni se da igual en todas las personas, pero el legislador, de acuerdo con determinados conocimientos empíricos que le brindan la Psicología, la Pedagogía, la Sociología, etc., puede establecer un criterio cronológico, fijar una determinada edad a partir de la cual considera que el sujeto puede ser hecho plenamente responsable penalmente, salvo que tenga algún defecto o alteración psíquica que incida en su imputabilidad (véanse *infra* epígrafes 4 y 5).

Sin embargo, hay una etapa en la evolución cronológica de la madurez del ser humano en la que aún no están plenamente asentados los rasgos psicológicos ni la personalidad. En esta etapa, la imputabilidad es todavía susceptible de modificación, paralelamente al proceso de maduración física y psíquica que el individuo está pasando. Y no ya sólo las facultades psíquicas intelectuales, sino el ambiente familiar, económico o social inciden en ese proceso incluso con más fuerza que las propias facultades individuales. Por eso, en esta etapa es más importante influir en la socialización del menor que ha cometido un delito, y en el respeto a las normas por parte de éste, a través de medidas educativas y correctoras de sus defectos de socialización, que con una pena que, por más que se oriente a la reinserción social del condenado, tiene un compo-

nente aflictivo que puede incidir negativamente en las posibilidades de socialización del menor.

Aún así, todavía hay que establecer un criterio cronológico fijo para excluir, en todo caso, tanto de la responsabilidad penal establecida en el Código penal para los adultos como de la responsabilidad penal establecida en la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, a los menores que por su poca edad no se pueden considerar imputables por no haber alcanzado aún la capacidad suficiente para hacerles responsables de sus actos. Por razones de seguridad jurídica, el legislador ha optado por marcar un límite exacto, dejando fuera de cualquier tipo de responsabilidad penal a los *menores de catorce años*, con lo que se puede decir que éste es el límite mínimo de edad a partir del cual se puede comenzar a exigir responsabilidad penal. La *inimputabilidad por minoría de edad* se establece, pues, hasta los catorce años. Hasta esa edad el niño que comete una infracción de la ley penal reputada como delito queda sujeto a lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código civil y demás disposiciones vigentes (cfr. art. 3 LORPM).

A partir de esa edad y hasta cumplir los dieciocho años el adolescente es imputable, pero su responsabilidad penal se exigirá conforme a la citada Ley. En realidad, por las razones ya dichas se trata de una responsabilidad peculiar, porque, en todo caso, se procura acentuar en la Ley, aunque con algunas excepciones, el carácter primordialmente educativo de las *medidas* que pueden imponerse. Pero incluso, aunque se emplee para esas sanciones el nombre de medidas (cfr. el Título II LORPM), dogmáticamente deben ser consideradas como penas, ya que no se basan en la *peligrosidad del menor*, sino en su culpabilidad, aunque esa culpabilidad presente algunas peculiaridades. A este respecto, dispone el art. 7,3 de la citada Ley que «para la elección de la medida o medidas adecuadas… se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor». Con ello se viene a confirmar, aunque sólo sea en relación con el adolescente, la relevancia que deben tener en la determinación de la imputabilidad y grado de responsabilidad factores exógenos a las facultades puramente intelectivas o volitivas, como son las socioculturales, familiares, etc. Obviamente, la imputabilidad del menor puede ser también excluida por alguna de las circunstancias mencionadas en los tres primeros números del art. 20, en cuyo caso le serán aplicables las

medidas previstas en la LORPM para estos supuestos (cfr. arts. 5,2 y 7,1,d y e LORPM, *infra* en este mismo capítulo y capítulo XXXIV).

Como se ve, aunque no se ignoran las peculiaridades de la imputabilidad de los adolescentes, la finalidad principal de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores es la de ofrecer al Juez de Menores un arsenal de medidas que buscan sobre todo la incidencia educativa en el menor, aunque no quedan, ni mucho menos, completamente excluidas medidas de carácter más aflictivo, como el internamiento en centro cerrado o el establecimiento de la duración máxima de la medida de internamiento en función de la gravedad y naturaleza del hecho cometido (cfr. por ej. art. 9,4ª y 5ª LORPM).

Las edades de las que habla el articulado de esta Ley se han de entender siempre referidas al momento de la comisión de los hechos delictivos (cfr. art. 5,3 LORPM).

4. LA ALTERACIÓN EN LA PERCEPCIÓN

Esta causa de inimputabilidad, recogida en el art. 20,3° Cp, declara exento de responsabilidad criminal al que, «por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad». El fundamento de esta eximente radica en la existencia de una situación de incomunicación con el entorno social que impide al sujeto conocer la realidad que le rodea y, por tanto, motivarse por la norma.

Esta eximente requiere dos elementos: uno biológico («sufrir alteraciones en la percepción») y otro psicológico (que «tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad»). El presupuesto biológico es cualquier defecto que suponga la disminución de las facultades de captación del mundo exterior. Generalmente se trata de defectos físicos (como la sordomudez o la ceguera), pero podría incluirse también a los llamados «niños-lobo» (en los que la situación de aislamiento no creada voluntariamente puede afectar gravemente al desarrollo) y a los autistas (cuyas anomalías congénitas del carácter producen un cierre a la comunicación). Este defecto debe haber sido sufrido por el sujeto «desde el nacimiento o la infancia», es decir, en los momentos clave del aprendizaje social. Si por el contrario el sujeto ha adquirido conocimientos y experiencia suficiente para saber que sus acciones contradicen o no las normas y después sufre la alteración en la percepción, no será aplicable la eximente, por lo menos en su forma completa (cfr. art. 21,1ª).

Y ello porque el presupuesto biológico no es por sí solo suficiente para declarar la inimputabilidad: lo que importa es el efecto psicológico que se produce al «alterar gravemente la conciencia de la realidad». Lo que el sujeto debe tener alterada es su capacidad para conocer las pautas de comportamiento y los valores dominantes en su entorno social. Ello permite entender que la inimputabilidad no se reduce en nuestro Código penal sólo a las anomalías que inciden en la comprensión de la ilicitud o en la actuación conforme a dicha comprensión, sino también a otro tipo de anomalías o alteraciones, no necesariamente psíquicas, que tienen otro efecto, como la alteración grave de la «conciencia de la realidad».

5. LAS ALTERACIONES PSÍQUICAS Y LOS ESTADOS DE INTOXICACIÓN

La circunstancia 1ª del art. 20 del Código penal declara exento de responsabilidad criminal al que «al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión». Aunque el Código penal utiliza a la hora de regular esta eximente una terminología poco científica, que nada dice sobre qué tipo de «anomalía o alteración psíquica» puede incluirse en ella, tanto en esta eximente, como en la 2ª que se refiere a los estados de intoxicación y síndromes de abstinencia causados por los mismos, se hace recaer el acento en el *efecto psicológico* que deben producir estas alteraciones psíquicas o intoxicaciones: impedir la comprensión de la ilicitud del hecho o actuar conforme a dicha comprensión.

A) EL EFECTO PSICOLÓGICO

El efecto psicológico constituye una perturbación de las facultades intelectuales o volitivas y esta perturbación debe incidir en la comprensión de la ilicitud del hecho o en la capacidad de orientar la conducta conforme a dicha comprensión. Si la perturbación no es plena, sino parcial, la imputabilidad no quedará completamente anulada, pero sí disminuida, recibiendo el tratamiento de una eximente incompleta, o de una circunstancia atenuante (cfr. art. 21).

Sin embargo, no deja de parecer inmediatamente criticable, a la luz de los actuales conocimientos psicológicos y psiquiátricos, que en la determinación de la imputabilidad de un sujeto sólo se tengan en cuenta

las *facultades intelectivas y volitivas* y su incidencia en el actuar humano, pues es evidente que no se puede reducir a ellas toda la amplia gama de las demás facultades psíquicas. Nadie puede negar que alteraciones psicopatológicas de otra facultad psicológica, como por ejemplo la percepción, pueden incidir igualmente en el comportamiento humano, sin por ello alterar la inteligencia o la voluntad. Como ya hemos dicho, la eximente 3ª del art. 20 del Código penal, al referirse a la «alteración grave de la conciencia de la realidad», ha ampliado el ámbito de la inimputabilidad a supuestos en los que no tiene por qué darse necesariamente una alteración de la inteligencia o la voluntad; piénsese en la ceguera, la sordomudez, estados crepusculares, etc., que lo que hacen es incidir en la conciencia de la realidad, sin que por ello automáticamente se pueda decir que hay un trastorno intelectivo o volitivo.

Pero lo mismo puede suceder con las alteraciones de la memoria, de la afectividad, del pensamiento o de la misma motivación, auténtico motor del ser humano. ¿Hasta qué punto conductas tan elementales como el comer, copular o dormir tienen que ver directamente con la inteligencia y la voluntad?; ¿cuántos de nuestros actos vitales más importantes, nuestras actitudes ante el mundo externo, nuestras reacciones ante los demás, no vienen condicionadas por factores fisiológicos, por un aprendizaje cultural deficiente o por carencias materiales de todo tipo, que nada o muy poco tienen que ver directamente con eso que se llama inteligencia y voluntad? Parece realmente exagerado e inadmisible que estas alteraciones de otras facultades psíquicas importantes no sean tenidas en cuenta a la hora de determinar la imputabilidad de un sujeto o sólo lo sean en la medida en que inciden también en las facultades intelectuales o volitivas, cuando la Psiquiatría y la moderna Psicología han demostrado claramente que también las alteraciones de otras importantes facultades psíquicas pueden influir en la imputabilidad de un sujeto.

El problema de las personalidades psicopáticas. Quizás la única explicación que se puede encontrar a este empecinamiento legal en la periclitada fórmula tradicional se halla en la actitud adoptada frente a las *psicopatías* o *personalidades psicopáticas*. Como es sabido, éstas consisten en anomalías que acompañan al sujeto desde la cuna, influyendo en su carácter, en su temperamento, en su vida vegetativa, en su afectividad y en la parte emocional del sentimiento, pero no generalmente en su inteligencia o voluntad. Muchas veces se manifiestan a través de comportamientos delictivos de gran gravedad. Piénsese en el psicópata sexual, aparentemente honesto padre de familia, ejemplar funcionario o empleado, que por las noches asalta a mujeres, ancianas o niñas, violándolas; o en el atracador que asesina a su víctima como venganza al ver que no lleva dinero encima; o en el asesinato inmotivado, sin ninguna razón

aparente que lo explique. Casi siempre se trata en estos casos de conductas inteligentes y voluntarias, pero con algún tipo de alteración o trastorno mental que no es fácilmente comprensible desde el punto de vista psicológico tradicional.

El Tribunal Supremo, y con él un importante sector doctrinal, rechaza, en general, la aplicación de la eximente completa de alteración psíquica y trastorno mental transitorio a este tipo de personas, fundamentando su decisión en que estos sujetos no tienen alteradas sus facultades intelectivas o volitivas (cfr. SSTS de 25 de marzo de 2004; 7 de febrero de 2006). No obstante en alguna STS (29 de febrero de 1988) se ha admitido la atenuación de la responsabilidad en caso de psicopatía grave.

Tal postura quizás pueda ser defendida en sus resultados, pues el psicópata de todos modos es difícilmente recuperable con tratamiento psiquiátrico y quizás pueda darse un control más eficiente con el sistema penal, pero es absolutamente rechazable en su fundamentación. En realidad, en el concepto de psicopatía los psiquiatras incluyen muchas veces, como en un «cajón de sastre», comportamientos ciertamente violentos y brutales, pero que no tienen nada que ver con la enfermedad mental, ni por tanto repercuten en la imputabilidad del individuo que así se comporta. (Sobre el estado jurisprudencial y doctrinal de este tema, URRUELA MORA, 2004 y MARTÍNEZ GARAY, 2005).

El concepto de imputabilidad no puede ser entendido en sí mismo, sino enmarcado en una historia, en una biografía y referido a una estructura social determinada; como la consecuencia de un largo proceso de socialización que se inicia desde el nacimiento y se continúa durante toda la vida con la internalización de las diversas exigencias normativas sociales y jurídicas. Cualquier alteración de este proceso socializador, afecte o no a las facultades intelectivas o volitivas, debe, pues, ser tenido en cuenta a la hora de formular cualquier juicio de valor sobre el comportamiento de un individuo, tanto más a la hora de afirmar o negar su capacidad para ser declarado culpable y, en consecuencia, castigado por la comisión de un delito.

Un coherente *Derecho penal de culpabilidad* debe, por tanto, dar relevancia eximente o atenuante a cualquier trastorno relevante en la capacidad de motivación del sujeto, si bien procurando al mismo tiempo, por la vía de las *medidas de seguridad*, que dicho trastorno sea controlado o tratado de forma adecuada (cfr. *infra*).

B) LOS PRESUPUESTOS DEL EFECTO PSICOLÓGICO. SU RELACIÓN CON LA NOSOLOGÍA PSIQUIÁTRICA

Por lo que ya hemos dicho en relación con el problema de las llamadas psicopatías, parece evidente que en ningún momento pueden trasladarse al campo del Derecho penal, a la hora de resolver el complejo

problema de la imputabilidad del autor de un delito, las polémicas y disquisiciones nosológicas que han tenido y tienen lugar en el ámbito psiquiátrico. Ello podría ser contraproducente y perjudicial tanto para la Psiquiatría, como para el Derecho penal.

Para la Psiquiatría, porque ésta, al establecer sus conceptos, tiene prioritariamente en cuenta finalidades que nada tienen que ver con la imputabilidad, sino con el diagnóstico, tratamiento y curación de la enfermedad mental. Esta finalidad puramente médica le aleja, pues, con razón de un ámbito, el jurídico-penal, que, en principio, le es ajeno.

Pero también para el Derecho penal sería contraproducente vincular la regulación de la imputabilidad del enfermo mental a la terminología psiquiátrica. La actual nosología psiquiátrica no es todavía un «corpus» teórico absolutamente consistente y cerrado, en el que cada concepto o entidad nosológica esté perfectamente delimitado y tenga una acepción universalmente válida. Vincular al penalista a los términos psiquiátricos sería tanto como introducirle en un mundo para él confuso y extraño en el que, sin ir más lejos, conceptos básicos como los de «neurosis» y «psicosis» tienen un significado distinto al que se le suele dar en el lenguaje coloquial o, incluso, al que permite su origen etimológico. Por otra parte, la clasificación y denominación de las enfermedades psiquiátricas ha variado tanto desde los tiempos del psiquiatra alemán KRAEPELIN, que ya prácticamente apenas es reconocible la terminología kraepeliniana en las últimas clasificaciones de enfermedades mentales realizadas por la Organización Mundial de la Salud (DSM-III-IV).

> Aunque sea a título de mera curiosidad y como muestra de la complejidad de la terminología psiquiátrica para el profano (y no se olvide que la mayoría de los juristas y jueces que intervienen en un proceso penal lo son), véase el siguiente cuadro de *clasificación tradicional psiquiátrica* y compárese luego con las clasificaciones más modernas de la actual Psiquiatría:
>
> I. Psicosis:
>
> a) exógenas (toxifrenias, psicosis traumáticas, seniles);
>
> b) endógenas (esquizofrenias, paranoias, psicosis maniaco-depresivas).
>
> II. Oligofrenias (debilidad mental, imbecilidad, idiocia).
>
> III. Psicopatías (con diversas manifestaciones).
>
> IV. Neurosis (con diversas manifestaciones).
>
> V. Las oligofrenias no se consideran enfermedades mentales, pero pueden tener efecto en la imputabilidad del sujeto, en la medida en que un retraso mental disminuye la capacidad intelectual para comprender la ilicitud del hecho. Las psicosis y neurosis se pueden considerar como enfermedades mentales: las primeras, con una base biológica, postulada o conocida; las segundas, como simples reacciones vivenciales anómalas. El que puedan dar lugar a la exención plena o incompleta de la imputabilidad depende del grado e intensidad de las mismas y de su relación con el hecho concretamente realizado. Las psicopatías,

entendidas como meros trastornos de personalidad, no se consideran verdaderas enfermedades mentales, aunque vinculadas a otro tipo de alteraciones psíquicas pueden tener algún efecto atenuante o, más raramente, eximente (cfr. STS de 29 de febrero de 1988).

Frente a esta clasificación, elaborada principalmente por la Psiquiatría alemana y centroeuropea de mediados del siglo XX, se ha hecho dominante la ofrecida por el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales, 4ª ed. (DSM-IV), publicada en 1994 por la *American Psychiatric Asociation*, mucho más compleja, que con finalidades diagnósticas distingue los trastornos mentales en función de los síntomas y problemas psicopatológicos de facultades como la inteligencia, el aprendizaje, la psicomotricidad, la comunicación, el desarrollo, la atención, y una larga lista de variantes.

Esta misma complejidad explica que muchas veces la pericia psiquiátrica en un proceso penal, cuando intervienen dos o más peritos, sea contradictoria y a veces poco clara para los jueces. En todo caso, hay que insistir en que lo que importa a los efectos de determinar la imputabilidad de un acusado es el efecto psicológico y no el nombre científico de su trastorno mental, que todo lo más puede servir de pista u orientación para el juez, que, por ejemplo, está más dispuesto a aceptar la inimputabilidad de un psicótico que de un psicópata. Pero, en definitiva, de lo que se trata es de elegir, una vez comprobada la alteración psíquica que pueda tener el acusado en el momento de cometer el delito y el efecto psicológico que le pudo producir, la consecuencia jurídica, pena o medida, que mejor pueda corresponder.

Resulta, pues, evidente que ni al legislador, ni al juez les resuelve los problemas una terminología psiquiátrica cambiante y bastante controvertida entre los propios psiquiatras.

Por todo ello parece un acierto que el Código penal utilice conceptos que nada tienen que ver con la nosología psiquiátrica. Los términos de «anomalía o alteración psíquica» o «trastorno mental transitorio» son realmente desde el punto de vista científico poco precisos, pero esa misma vaguedad permite al juez poder incluir en la respectiva eximente a personas que se encuentran en situaciones tan diversas como la del *oligofrénico* o la del *esquizofrénico paranoico*. En conceptos tan amplios como el de *anomalía o alteración psíquica* o el de *trastorno mental* caben, pues, todas las diversas formas de enfermedad mental, tales como psicosis y neurosis, pero también, según ya he explicado, aquellos defectos o alteraciones del proceso de socialización relevantes en la determinación de la imputabilidad de un individuo, aunque no sean estrictamente reconducibles al concepto de enfermedad mental.

Las drogodependencias y el síndrome de abstinencia presentan algunas particularidades de las que seguidamente nos ocupamos.

Excurso: La imputabilidad del drogodependiente

Es un hecho incontrovertible que el consumo de drogas o de alcohol incide en las facultades psíquicas que tradicionalmente se consideran como fundamentos de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad del sujeto autor de un delito. Desde este punto de vista, no hay por qué diferenciar entre sustancias o drogas legales e ilegales, o entre las diversas sustancias que pueden alterar las facultades psíquicas, porque lo que interesa a efectos de establecer la imputabilidad de un sujeto no es el carácter o la naturaleza de la sustancia en cuestión, sino el efecto de la misma en las facultades psíquicas y, por tanto, en la imputabilidad. El Código penal permite valorar estos efectos en tres niveles:

a) El primer nivel es el de la exclusión total de la culpabilidad, que se da cuando se trata de una intoxicación plena o cuando el sujeto se halla bajo la influencia de un *síndrome de abstinencia* a causa de su dependencia de las drogas o de otras sustancias mencionadas en la eximente del art. 20,2°, que le impida comportarse conforme a la norma y a su conocimiento. La eximente 2ª hace referencia expresamente tanto a la *intoxicación plena* como al *síndrome de abstinencia* para evitar algunas dudas planteadas en relación con el anterior Código penal respecto a si este último podía dar lugar también a la exención plena. En realidad la situación no cambiaría mucho aunque no se hubiera recogido expresamente, pues, lógicamente, la exculpación plena se hace depender no sólo de la constatación del presupuesto biológico (intoxicación plena, síndrome de abstinencia), sino del efecto psicológico que produzcan, es decir, «que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión», que es el mismo efecto que se exige también en la eximente 1ª del art. 20.

b) Lo mismo puede decirse del segundo nivel en el que las drogodependencias u otras intoxicaciones pueden tener algún efecto en la imputabilidad del sujeto. Nos referimos a la apreciación de la eximente incompleta en virtud de la aplicación del art. 21,1ª, cuando no se den todos los requisitos necesarios para eximir totalmente de responsabilidad. Es ciertamente *un problema de graduación del efecto psicológico* referido que puedan tener las alteraciones mentales, las intoxicaciones y el síndrome de abstinencia a los que alude el art. 20. Si la alteración de *las facultades intelectivas o volitivas* ya mencionadas no es plena, sino parcial, vendrá en aplicación la eximente incompleta. Pero dado el beneficioso régimen de atenuación de la pena que la misma provoca, la

alteración, aunque no plena, debe ser bastante relevante, no bastando con que sea ligera y poco importante.

c) La atenuante 2ª del art. 21 es el tercer nivel en el que cabe dar relevancia específica a las drogodependencias. Pero para ello es necesario que la «adicción» a las sustancias mencionadas allí sea «grave». Obsérvese que aquí no se menciona el efecto psicológico, pero, al tratarse de una atenuación de la imputabilidad, *debe tener también algún efecto en la misma*, aunque de una menor entidad que en la eximente incompleta, pues de lo contrario dejaría a ésta vacía de contenido. No cabe duda de que la drogodependencia, aún sin llegar a producir muchas veces una importante alteración de las facultades psíquicas, tiene una enorme incidencia en la comisión de ciertos delitos, sobre todo cuando éstos están relacionados con la satisfacción de la adicción y ésta es grave. En este sentido, el precepto exige además una relación causal entre la actuación del drogadicto y la grave adicción que padece, que es precisamente lo que permite después aplicar, además de la atenuación genérica del art. 66, la suspensión condicional de la pena prevista en el art. 87, cuando se dan sus presupuestos.

C) LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Cuando se tienen que resolver cuestiones relacionadas con la imputabilidad de un acusado en un proceso penal, generalmente los jueces y tribunales se plantean preguntas como éstas:

¿Qué hacer con los inimputables autores de graves e importantes delitos?

¿Qué hacer con el paranoico o el psicópata que, creyéndose Rambo, dispara contra todo el mundo, matando a varias personas?

¿Qué hacer con el asesino violador de una niña que actuó en plena psicosis alcohólica?

¿Qué hacer con el cleptómano que, fascinado por una obra de arte, se apodera impulsivamente de ella; o con el marido celoso que apuñala a su esposa al sorprenderla en flagrante adulterio?

¿Supone la posible declaración de inimputabilidad de estos sujetos la indefensión de la sociedad ante ellos y una patente de corso para que puedan seguir actuando impunemente toda su vida?

Naturalmente, cualquiera que sea la respuesta que haya que dar a la cuestión de la imputabilidad en cada uno de estos casos y otros similares que con frecuencia se plantean antes los Tribunales de Justicia, la imposibilidad de aplicar una pena no supone una ausencia de control

social de estos sujetos. El Código penal prevé, en su art. 20 *in fine*, que en los supuestos de los tres primeros números de este artículo se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en el Título IV del Libro I. También a los semiimputables se les pueden aplicar estas medidas (véase art. 21,1ª en relación al art. 20,1°, 2° y 3°).

a) Respecto a los inimputables

– En primer lugar, la medida de internamiento «no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo» (cfr. arts. 101,1, 102,1 y 103,1).

– En segundo lugar, el Tribunal sentenciador, cuando lo estime procedente a la vista de los informes de los facultativos, puede imponer, desde un principio o durante la ejecución de la sentencia, otras medidas no privativas de libertad de las señaladas en el art. 96,3 (sometimiento a custodia familiar, privación del derecho a conducir, libertad vigilada; cfr. arts. 96,3, 97 y 105).

> A la vista de esta regulación se puede decir que el informe médico psiquiátrico del perito en el proceso penal no puede limitarse ya a la cuestión de la imputabilidad del acusado, sino que ha de extenderse al tratamiento de éste y a la medida más idónea para ello, caso de que llegue a considerársele exento de responsabilidad criminal.

b) Respecto a los semiimputables o con imputabilidad disminuida

Si se aprecia la eximente incompleta, circunstancia 1ª del artículo 21, en relación con las eximentes 1ª, 2ª ó 3ª del art. 20, hay que tener en cuenta lo que disponen al respecto los arts. 99 y 104, que también prevén para estos casos la aplicación de medidas similares a las previstas para los inimputables.

Con este sistema, la finalidad resocializadora y terapéutica pasa a un primer plano, pero dentro de los límites de duración de la pena prevista para el delito, lo que, en el fondo, supone un *sistema monista* o de única sanción en la fase ejecutiva, aunque se mantenga el *dualismo* de los presupuestos (culpabilidad-pena; peligrosidad-medida) en la fase de imposición, lo que, al mismo tiempo, produce una relativización importante del contraste imputabilidad-inimputabilidad (cfr. *infra* capítulo XXXIV).

6. LA «ACTIO LIBERA IN CAUSA»

Todas las categorías de la Teoría del Delito van referidas al momento de la comisión del hecho. La imputabilidad no podía ser una excepción en este sentido. La cuestión de si el autor posee o no la capacidad suficiente para ser considerado culpable viene referida al momento de la comisión del hecho, y así expresamente se indica en la redacción de las eximentes 1ª y 2ª del art. 20 («el que al tiempo de cometer la infracción penal»). La *actio libera in causa* constituye, sin embargo, una excepción a este principio. En este caso se considera también imputable al sujeto que al tiempo de cometer el hecho no lo era, pero sí en el momento en que ideó cometerlo o puso en marcha el proceso causal que desembocó en la acción típica.

Los ejemplos que se incluyen en esta figura son: el guardagujas que se duerme y provoca con ello un choque de trenes; el que se embriaga aunque sabe que en este estado se vuelve pendenciero y agresivo, acometiendo a las personas; el que se embriaga para cometer en este estado un delito, o para conducir un automóvil, etc. En estos casos las lesiones, el homicidio, etc., se cometen en un estado de inimputabilidad (a veces puede excluirse ya la acción, véase *supra* capítulo XII.4), pero el autor, antes de realizar la conducta típica, había puesto en marcha el proceso causal cuando todavía era imputable. La imputabilidad aquí va referida a la acción u omisión precedente a la conducta típica, y es esta conducta precedente la que fundamenta la exigencia de responsabilidad.

El Código penal alude expresamente a este problema en la regulación de las eximentes de los números 1° y 2° del art. 20 en relación con el trastorno mental transitorio y con los estados de intoxicación, excluyendo su apreciación cuando dichos estados hubiesen sido provocados por el sujeto «con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión». Es decir, que cuando la situación de inimputabilidad (o de imputabilidad atenuada o disminuida) haya sido buscada de propósito para delinquir, o el sujeto hubiera previsto o debido prever su comisión, no podrá invocarse la respectiva eximente o atenuante. De aquí se deduce que en el caso de que el sujeto se hubiera colocado en estado de trastorno mental transitorio o de intoxicación a propósito, para delinquir, el hecho cometido debe imputarse a título de dolo, ya que el propio sujeto se utiliza como instrumento de comisión del delito en verdadera *autoría mediata de sí mismo* (cfr. *infra* capítulo XXVII); pero en la medida en que el hecho cometido sea distinto o más grave que el que el sujeto quería cometer, éste sólo se podrá imputar a

título de imprudencia. Por otra parte, si la situación de no imputabilidad se ha provocado dolosa o imprudentemente, pero no con el propósito de delinquir, podrá haber una responsabilidad por imprudencia por el hecho cometido en estado de inimputabilidad (frecuente en los delitos de comisión por omisión, por ejemplo, el guardagujas que se duerme y provoca el accidente de tren). Sobre la compatibilidad de la figura de la *actio libera in causa* con el principio de culpabilidad, véase DÍAZ PITA, 2002.

Bibliografía: Sobre la imputabilidad en general: BLANCO LOZANO, El concepto penal de imputabilidad, La Ley 2002; CEREZO MIR, Las eximentes de culpabilidad, en El sistema de responsabilidad en el nuevo Código penal, CDJ 1996; DE LA CUESTA AGUADO, Culpabilidad: exigibilidad y razones para la exculpación, Madrid 2004; DE LA CUESTA ARZAMENDI, Imputabilidad y Nuevo Código Penal, en Homenaje a Torío, Granada 1999; DÍAZ PALOS, Teoría general de la imputabilidad, Barcelona 1961; GARCÍA BLÁZQUEZ, Análisis médico-legal de la imputabilidad en el Código penal de 1995. (Un análisis médico-legal del art. 20,1 y 20,2), Granada 1997; HORMAZÁBAL MALARÉE, Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad, en Homenaje a Rodríguez Mourullo, Madrid 2005; LEAL MEDINA, La psicopatía y su incidencia como anomalía psíquica en la doctrina del Tribunal Supremo. La interacción de los factores biológicos, genéticos y ambientales en el juicio de imputabilidad. Un nuevo enfoque hacia la prevención del delito, el derecho a la seguridad y la reeducación del sujeto, RDPP 2003; MARTÍNEZ GARAY, Aproximación histórica al surgimiento del concepto de imputabilidad subjetiva en la doctrina penal alemana, RDPC 2001; EL MISMO, La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos, Valencia 2005; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, La imputabilidad, La Ley 1996; QUINTERO OLIVARES, Locos y culpables, Pamplona 1999; TAMARIT SUMALLA, Culpabilidad, maldad e imputabilidad, RDCP 2006; URRUELA MORA, Imputabilidad penal, anomalía o alteración psíquica, Granada 2004; VARIOS, La imputabilidad en general en el Derecho penal, CDJ 1992; VARIOS, Actual doctrina de la imputabilidad penal, EDJ 2007.

Sobre la responsabilidad penal del menor véase *infra* bibliografía del capítulo XXXIV.

Sobre alteraciones en la percepción: CARMONA SALGADO, Las alteraciones en la percepción dentro del marco general de la teoría de la inimputabilidad, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 1, Madrid 1985; EL MISMO, La nueva eximente de la responsabilidad criminal del art. 8,3° CP, La Ley 1987; EL MISMO, La «alteración en la percepción» desde el nacimiento o la infancia, PJ 1987; EL MISMO, De las alteraciones en la percepción al error de prohibición pasando por las anomalías y alteraciones psíquicas, La Ley Penal 2010; CEREZO MIR, Alteraciones en la percepción, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; CORTÉS BECHIARELLI, Arrebato u obecación, Madrid 1997; MATALLÍN EVANGELIO, La cir-

cunstancia atenuante de arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante, Valencia 1999; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, La eximente de alteración en la percepción, en Homenaje a Casas Barquero, Córdoba 1996; MORALES PRATS, La alteración en la percepción: contenido y límites (artículo 8.3 C.P.), CPC 1990; PADILLA ALBA, Exención y atenuación de la responsabilidad penal por consumo de drogas, Granada 2001; ZARAGOZA AGUADO, La alteración en la percepción como causa excluyente de la imputabilidad: tratamiento jurisprudencial de la cuestión, en La imputabilidad en general en el Derecho penal, CDJ 1992.

Sobre «alteración psíquica», «trastorno mental transitorio» y «drogodependencias» y sus consecuencias: ALBERCA LLORENTE/ VALENCIANO GAYA/ SÁNCHEZ PEDREÑO/ ROS DE OLIVER, Psiquiatría y Derecho Penal, 1966; ALMELA VICH, El tratamiento penal del delincuente toxicómano, La Ley 1997; ALONSO ÁLAMO, Observaciones sobre el tratamiento penal de las psicopatías, en Homenaje a Beristain, San Sebastián 1989; ANTUÑA BELLERÍN/ RODRÍGUEZ FRANCO, Psicópatas y asesinos en serie, EPC 2007; BAÑÓN/ MARTÍNEZ SÁNCHEZ/ LUNA MALDONADO, Problemas médico-legales en la valoración del síndrome de abstinencia. Estudio de 50 sentencias judiciales, CPC 1987; BORJA JIMÉNEZ, Algunas consideraciones jurídico-penales y criminológicas sobre el juego patológico, AP 1998; BUSTOS RAMÍREZ, Control social y sistema penal, Barcelona 1987; CARBONELL MATEU/ GÓMEZ COLOMER/ MENGUAL LLULL, Enfermedad mental y delito, Madrid 1987; CARMONA SALGADO, De las alteraciones en la percepción al error de prohibición pasando por las anomalías y alteraciones psíquicas, La Ley Penal 2010; CASTELLÓ NICAS, Estudio crítico de la drogodependencia y del tratamiento del drogodependiente en el Código penal de 1995. Problemas prácticos derivados de la nueva regulación, CPC 1996; EL MISMO, La imputabilidad penal del drogodependiente, Granada 1997; CEREZO MIR, El tratamiento de los semiimputables, ADP 1973; EL MISMO, La eximente de anomalía o alteración psíquica. Ámbito de aplicación, en Homenaje a Torío, Granada 1999; COMPAIRED PLO, Medidas de seguridad a imponer en sentencia al declarado exento de responsabilidad o con responsabilidad disminuida por enfermedad mental o drogadicción: su control judicial, en Enfermo mental y proceso penal. Especial referencia a las medidas cautelares, CDJ 2006; DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Las circunstancias eximentes 1ª y 3ª del art. 20 del Código penal: la correlativa atenuante de responsabilidad penal, en Enfermo mental y proceso penal. Especial referencia a las medidas cautelares, CDJ 2006; DEL ROSAL BLASCO, Problemas de estado de necesidad e imputabilidad en un supuesto de síndrome de abstinencia, La Ley 1983; ESCUDERO MORATALLA/ FRIGOLA VALLINA, Enfoque criminológico de la drogodependencia, CJ 1996; GARCÍA ANDRADE, Psiquiatría forense, Madrid 1993; GIL MERINO, Las circunstancias atenuantes y agravantes en el Código penal de 1995, en El sistema de responsabilidad en el nuevo Código penal, CDJ 1996; GÓMEZ JARA, Trastornos psiquiátricos y Derecho, Barcelona 2008; GÓMEZ RIVERO, Nuevas tendencias doctrinales y jurisprudenciales en el tratamiento del enfermo mental, en Enfermo mental y proceso penal. Especial referencia a las medidas cautelares, CDJ 2006; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Las relaciones entre la psicopatología y el Derecho ante las psicopatías, CPC 1994; GONZÁLEZ RUS, Imputabilidad disminuida. Determinación y ejecución de penas y medidas de seguridad, AP 1999; IGLESIAS RÍO, La eximente de «anomalía o alteración psí-

quica» (art. 20,1 Código penal): una problemática abierta hacia el futuro científico, ADP 2003; Jiménez Díaz, Trastornos de la personalidad (psicopatías): tratamiento científico y jurisprudencial, Madrid 2008; Joshi Jubert, Anomalía y alteración psíquica en el Código Penal Español, Madrid 2009; Leal Medina, La doctrina legal del trastorno obsesivo compulsivo en relación con el art. 20,1 del Código Penal. La incidencia biológica y social en el juicio de inimputabilidad y sus efectos, AJA 2004; Martínez Galindo, Disminución de la responsabilidad penal por alteraciones psíquicas y toxicomanías, La Ley Penal 2006; Martínez Garay, La imputabilidad penal, Valencia 2005; Mateo Ayala, La imputabilidad del enfermo psíquico: un estudio de la eximente de anomalía o alteración psíquica en el Código penal español, Madrid 2004; El mismo, Los antecedentes de la eximente de anomalía o alteración psíquica, Madrid 2005; El mismo, La eximente de anomalía o alteración psíquica en el derecho penal comparado: Alemania. Italia. Francia, Madrid 2007; Mena Álvarez, Sobre la inconstitucionalidad del internamiento psiquiátrico, en Homenaje a Pérez-Vitoria II, Barcelona 1983; Mendoza Calderón, La circunstancia eximente segunda del art. 20 del Código penal: la correlativa atenuante de responsabilidad penal, en Enfermo mental y proceso penal. Especial referencia a las medidas cautelares, CDJ 2006; Muñoz Conde, La imputabilidad del enfermo mental, Psicopatología 1982; El mismo, Derecho penal y control social, Jerez 1985; El mismo, La enajenación mental desde la perspectiva de la reforma penal, en Salud y Bienestar, Sevilla 1996; Pérez Vitoria, El trastorno mental transitorio como causa de inimputabilidad en el CP español, ADP 1952; Quintero Olivares, Locos y culpables, Pamplona 1999; Romero Sirvent/ Gómez Pavón, Enajenación mental y trastorno mental transitorio, La Ley 1985; Sanz de la Garza, Trastorno mental transitorio y drogas que inciden en la imputabilidad, Barcelona 1996; Suárez-Mira Rodríguez, La imputabilidad del consumidor de drogas, Valencia 2000; Torío López, Las fórmulas legislativas sobre la enfermedad mental. Discusión del concepto de «enajenación», en Homenaje a Pérez-Vitoria II, Barcelona 1983; Urruela Mora, Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica, Bilbao-Granada 2004; Varios, Los delincuentes mentalmente anormales, Madrid 1961/1962; Varios, Enfermo mental y proceso penal. Especial referencia a las medidas cautelares, CDJ 2006.

Sobre *actio libera in causa*: Alcacer Guirao, *Actio libera in causa* dolosa e imprudente: estructura temporal de la responsabilidad penal, Madrid 2005; Alonso Álamo, La acción «libera in causa», ADP 1989; Busato, Actio libera in causa y acción significativa, en Homenaje a Díaz Pita, Valencia 2008; Demetrio Crespo, La *actio libera in causa*: ¿una excepción a las exigencias de culpabilidad por el hecho?, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; El mismo, La tentativa en la autoría mediata y en la «actio libera in causa». Una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa, Granada 2003; Diaz Pita, Actio libera in causa, culpabilidad y Estado de Derecho, Valencia 2002; Farré Trepat, Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la actio libera in causa, EPC 1988/1989; Hirsch, Acerca de la «actio libera in causa», RP 2001; Hormazabal Malarée, Culpabilidad y *actio libera in causa*, en Homenaje a Díaz Pita, Valencia 2008; Jakobs, La denominada actio libera in causa, PJ 1998; Joshi Jubert, La doctrina

de la «actio libera in causa», Barcelona 1992; EL MISMO, Actio libera in causa y delitos cometidos bajo la influencia de las drogas: la nueva orientación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, La Ley 1994; MARTÍNEZ RUIZ, Dos puntos oscuros en el tratamiento de la drogadicción: «el estado de necesidad y la *actio libera in causa*», La Ley 1997; MUÑAGORRI LAGUÍA, Sobre la presencia de la «actio libera in causa», en el art. 8,1 del Código penal, ADP 1991; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Síndrome de abstinencia y actio libera in causa, PJ 1989; ROXIN, Observaciones sobre la *actio libera in causa*, ADP 1988 (traducción de Muñoz Conde); SILVA SÁNCHEZ, La estructura de «actio libera in causa» en los delitos cometidos bajo un síndrome de abstinencia de drogas, La Ley 1988; EL MISMO, La embriaguez atenuante o eximente en el delito del art. 340 bis a) 1°. (A la vez, algunas observaciones sobre la doctrina de la «actio libera in causa»), RDCirc. 1988.

CAPÍTULO XXIV

Culpabilidad (cont.): conocimiento de la antijuricidad y exigibilidad de otra conducta

1. El conocimiento de la antijuricidad
2. Error de prohibición
3. La exigibilidad de otra conducta
4. El llamado estado de necesidad disculpante
5. Miedo insuperable
6. El encubrimiento entre parientes
7. Delincuencia por convicción o por conciencia

1. EL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURICIDAD

Junto a la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, constituye también un elemento de la culpabilidad el conocimiento de la antijuricidad. Quien realiza dolosamente un tipo penal actúa, por regla general, con conocimiento de la ilicitud de su hacer. Así como decíamos antes que la tipicidad es un indicio de la antijuricidad, podemos decir ahora que la realización dolosa de un tipo penal casi siempre va acompañada de la conciencia de que se hace algo prohibido, tanto más cuando el bien jurídico protegido en el tipo en cuestión sea uno de los fundamentales para la convivencia y en cuya protección tiene su razón de ser el Derecho penal. De ahí que, en la práctica, el conocimiento de la antijuricidad no plantee demasiados problemas y se parta de su existencia en el autor de un hecho típico, no justificado, cuando dicho sujeto es imputable.

No obstante, el conocimiento de la antijuricidad no es un elemento superfluo de la culpabilidad sino, al contrario, un elemento principal y el que le da su razón de ser. Lógicamente, la atribución que supone la culpabilidad sólo tiene sentido frente a quien conoce que su hacer está prohibido. La función motivadora de la norma penal sólo puede ejercer su eficacia a nivel individual si el individuo en cuestión, autor de un hecho prohibido por la ley penal (por tanto, típico y antijurídico), tenía conciencia de la prohibición pues, de lo contrario, éste no tendría motivos para abstenerse de hacer lo que hizo.

Este conocimiento de la antijuricidad no es necesario, sin embargo, que vaya referido al contenido exacto del precepto penal infringido o

a la penalidad concreta del hecho; basta con que el autor tenga motivos suficientes para saber que el hecho cometido está *jurídicamente prohibido* y que es contrario a las normas más elementales que rigen la convivencia. Para un sector doctrinal, es suficiente con un *conocimiento potencial* de la antijuricidad, es decir, sería suficiente con que el autor hubiese podido conocer lo ilícito de su hacer para que pudiese reprochársele como culpable. Sin embargo, con esta teoría se amplían desmesuradamente las posibilidades de considerar culpable a todo el que, con capacidad de culpabilidad, comete un hecho típico y antijurídico, porque siempre cabe la posibilidad de que hubiera podido conocer la prohibición.

Una vez más hay que recurrir aquí a la concepción de la función motivadora de la norma penal, como una función de comunicación y participación que culmina el proceso de socialización del individuo. Sólo en la medida en que se dé la internalización de los mandatos normativos y el proceso de socialización no se encuentre alterado (analfabetismo, subcultura, etc.) podrá plantearse el tema del conocimiento de la antijuricidad. En una sociedad en la que coexisten distintos sistemas de valores hay que admitir que haya individuos que, aun pudiendo, teóricamente, conocer la ilicitud de su hacer, no se planteen siquiera este problema cuando ese hacer es normal en el grupo social concreto al que pertenecen.

Esto no quiere decir, sin embargo, que el autor deba tener en el momento del hecho una conciencia exacta de que su hacer está prohibido; es suficiente con que, de acuerdo con su formación, nivel cultural, etc., se represente dicha ilicitud como posible y, a pesar de ello, actúe. En definitiva, el conocimiento de la antijuricidad, como los demás elementos subjetivos de la Teoría del Delito, es también un concepto que requiere del juez una valoración de los diversos componentes, psicológicos y sociales, que inciden en el comportamiento del individuo. Si el sujeto desconoce la antijuricidad de su hacer, actúa entonces en *error de prohibición*.

2. ERROR DE PROHIBICIÓN

Existe error de prohibición no sólo cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la ilicitud de su hecho. El error de prohibición puede referirse a la existencia de la norma prohibitiva como tal (*error de prohibición directo*) o a la existencia,

límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación que autorice la acción, generalmente prohibida, en un caso concreto (*error de prohibición indirecto* o error sobre las causas de justificación).

En el primer caso, el autor desconoce la existencia de una norma que prohíbe su conducta; en el segundo, el autor sabe que su conducta está prohibida en general, pero cree erróneamente que en el caso concreto se da una causa de justificación que lo permite, que actúa dentro de los límites de la misma o que se dan sus presupuestos objetivos. En la práctica es mucho más frecuente la segunda forma de error que la primera.

El *tratamiento del error de prohibición* es doctrinalmente muy discutido. Hasta la reforma operada en el anterior Código penal en 1983 no había ningún precepto que se ocupara expresamente de la cuestión. La vieja teoría, de procedencia romana, de que «la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento» o que «el error de derecho perjudica» («error iuris nocet») fue pronto abandonada en el moderno Derecho penal, por ser incompatible con el principio de culpabilidad. En el art. 14 del actual Código penal se contiene una regulación diferenciada de las distintas clases de error que pueden tener relevancia en la determinación de la responsabilidad del autor de un delito.

> Dice así el art. 14: «1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.
>
> 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.
>
> 3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados».

El problema interpretativo que hay que resolver es determinar qué grupos de casos hay que tratar conforme al error a que aluden los párrafos 1 y 2 (el llamado error de tipo), y cuáles conforme al párrafo 3 (el llamado error de prohibición). Para ello conviene diferenciar varios supuestos:

– El que en una cacería confunde a otro cazador con un animal de caza actúa claramente en un error sobre un elemento esencial integrante del tipo de homicidio, es decir, del tipo objetivo de ese delito («matare a *otro*»), quedando excluida la imputación a título de dolo (por faltar el elemento intelectual del mismo) y viniendo todo lo más en consideración, si actuó imprudente o negligentemente, es decir, si ese error era vencible, una responsabilidad por imprudencia (*error de tipo*, cfr. *supra*

capítulo XVI.3). Parece claro, pues, que el error sobre *elementos de carácter descriptivo* utilizados en la tipificación del supuesto de hecho delictivo recibe el tratamiento del error «sobre un elemento constitutivo de la infracción penal» previsto en el apartado 1 del art. 14.

– El mismo tratamiento debe tener también el error sobre los *elementos normativos del tipo* (por ejemplo, «ajenidad») y sobre los *elementos referidos a la antijuricidad* que se contienen en algunos tipos delictivos (la «ilegalidad del matrimonio» en la bigamia; el «disfrute indebido de beneficios fiscales» en el delito fiscal, etc.). Para un amplio sector doctrinal la relación de estos elementos con la antijuricidad es tan evidente que el error sobre los mismos debe ser tratado como un error sobre la antijuricidad misma, es decir, como un error de prohibición a encuadrar, por tanto, en el apartado 3 del art. 14. Sin embargo, en mi opinión también esta clase de error debe ser tratada como error de tipo y, por tanto, conforme al apartado 1 del citado artículo, pues, sin discutir su relación estrecha con la antijuricidad, lo cierto es que estos elementos son utilizados por el legislador ya en la misma descripción típica del hecho, de tal modo que, si faltan, el hecho carece de trascendencia típica. Así, por ejemplo, si el disfrute del beneficio fiscal no es «indebido», faltará ya el tipo del delito fiscal; y, por las mismas razones, si el sujeto cree erróneamente que el beneficio fiscal obtenido es conforme a Derecho, su error incide directamente sobre un «hecho constitutivo de la infracción penal» (art. 14,1). Ciertamente incidiría también sobre la antijuricidad, pero el carácter secuencial de la Teoría del Delito (cfr. *supra* capítulo XI) obliga a resolver ya en la categoría anterior donde se presenta el problema (en este caso, en la tipicidad) lo que a lo mejor también podría resolverse en una categoría posterior.

– Más discutido es el tratamiento que debe darse al *error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación*.

Ciertamente, los presupuestos objetivos o fácticos de una causa de justificación (la agresión ilegítima en la legítima defensa o la situación de necesidad en el estado de necesidad) son, ante todo, elementos fácticos, para cuya apreciación no hace falta valoración jurídica alguna. Desde este punto de vista, la misma clase de error representa creer erróneamente que se mata a un animal en lugar de alguna persona, que creer, erróneamente también, que esa persona es un agresor. Pero mientras el error en el primer caso afecta a la calificación misma del hecho, el error en el segundo incide en la licitud del hecho ya calificado. En el primer caso el sujeto no sabe que realiza un tipo de homicidio; en el segundo (el sujeto dispara contra el que cree su agresor) sabe lo que

está haciendo (un tipo de homicidio), aunque se cree amparado por una causa de justificación.

No obstante, como ya se ha advertido en el capítulo XIX.4, la percepción errónea del presupuesto fáctico de la respectiva causa de justificación que se mantiene dentro del *riesgo permitido razonable* debe ser tratada igual que los casos de existencia real del mismo, en la medida en que cualquier persona en esa situación hubiera supuesto igualmente que, por ejemplo, iba a ser víctima de una agresión o que se daban los presupuestos del estado de necesidad (la existencia de un peligro). Los problemas que aquí se suscitan son similares a los que se dan cuando el hecho se produce por *caso fortuito*, no existiendo otra salida para el tercero inocente que es víctima del lamentable error que invocar el estado de necesidad. Ahora bien, si el error no cabe dentro del riesgo permitido razonable y se debe a miedo, precipitación, etc., el hecho será antijurídico y habrá que tratarlo por la vía del error de prohibición, probablemente vencible, o la del miedo insuperable (cfr. *infra*. Sobre otras posibilidades de conceptuación del error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación, cfr. lo dicho *supra* en el capítulo XIX.4 y la bibliografía allí citada).

– Con mucha mayor razón debe aplicarse el párrafo 3 del art. 14 al *error sobre los límites de las causas de justificación* o al *error sobre la existencia de la causa de justificación misma*, pues evidentemente no se trata aquí de calificar el hecho (por tanto, de elementos esenciales integrantes de la infracción penal), sino de la creencia errónea de estar obrando lícitamente, es decir, de un error «sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal».

La vencibilidad del error. En todos estos casos los criterios para determinar la vencibilidad o invencibilidad del error son los mismos que los señalados para el error de tipo en el art. 14,1 («las circunstancias del hecho y las personales del autor»), aunque lógicamente adaptadas a la peculiar naturaleza del conocimiento de la antijuricidad, ya que muchas veces éste supone un conocimiento específico que sólo se da en profesionales relacionados con la actividad o, en general, en personas que tienen una obligación especial de informarse sobre la licitud de su hacer. A veces, como señala Nieto Martín (1999), no habrá más remedio que recurrir a criterios basados en la vida anterior del autor, sus conocimientos previos, su nivel y formación cultural, para saber el grado de vencibilidad que pudo tener su error. Ello no implica una *culpabilidad previa* por la forma en que se ha vivido, sino simplemente un indicador de hasta qué punto el sujeto estuvo en condiciones de vencer el error en el que actuó en el caso concreto (cfr. Felip i Saborit, 2000, pp. 248 y ss.; críticamente respecto a la culpabilidad previa, Manso Porto, 1999, pp. 81 y ss.). En los casos normales bastará con que el sujeto hubiera podido salir de su error con una reflexión y con la información que cualquier persona en sus circunstancias podía haber obtenido. Si el error es

vencible, todo lo más viene en consideración la atenuación de la culpabilidad prevista en el art. 14,3.

En resumen, el error de prohibición, tanto si es directo (sobre la existencia de la norma prohibitiva) como si es indirecto (sobre la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación), no incide en la configuración típica, dolosa o imprudente, del delito, sino en la culpabilidad del autor del concreto tipo delictivo que haya realizado.

Al conceder relevancia al error de prohibición, el moderno Estado social y democrático de Derecho, a diferencia del viejo Estado autoritario, se muestra dispuesto a negociar con el ciudadano los ámbitos de relevancia de sus prejuicios y hasta su propia concepción del Derecho, siempre que ello no suponga tener que modificar en nada la vigencia objetiva de las normas jurídicas. La exclusión del reproche y la consecuente exención de pena no implican, sin embargo, la de la *responsabilidad civil* que corresponde a los autores y partícipes del delito (cfr. art. 118).

Más allá de estos límites el Estado no puede conceder relevancia a las creencias y opiniones subjetivas individuales, ya que ello haría depender la vigencia objetiva de las normas jurídicas de su aceptación por el individuo. La responsabilidad (o culpabilidad) penal en el Derecho vigente exige el conocimiento de la antijuricidad o de las normas que la determinan, no el «reconocimiento» de las mismas (véase, sin embargo, *infra* 7).

3. LA EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

El cumplimiento de los mandatos normativos es un deber para todos los ciudadanos. No obstante, los niveles de exigencia de este cumplimiento varían según el comportamiento exigido, las circunstancias en que se realice, los intereses en juego, etc. En principio, el Ordenamiento jurídico marca unos niveles de exigencia que pueden ser cumplidos por cualquier persona. Se habla en estos casos de una exigibilidad objetiva, normal o general. Más allá de esta exigibilidad normal, el Ordenamiento jurídico no puede imponer, salvo en casos determinados, el cumplimiento de sus mandatos. Así, por ejemplo, en el estado de necesidad se exige como requisito que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse. También en algunos tipos delictivos concretos se alude a situaciones de no exigibilidad, en las cuales la realización

de la conducta no constituye el tipo de esos delitos (así, por ej., el art. 195,1 castiga la omisión del deber de socorro siempre que el sujeto pudiere prestar el socorro «sin riesgo propio ni de terceros»). Normalmente, estas situaciones de no exigibilidad general u objetiva excluyen ya el tipo del correspondiente delito en cuya redacción se tenga en cuenta esta situación o, por lo menos, la antijuricidad del mismo a través del estado de necesidad como causa de justificación genérica. Pero junto a esta no exigibilidad objetiva, existe una no exigibilidad subjetiva o individual, que se refiere a determinadas situaciones extremas en las que no se puede exigir al autor concreto de un hecho típico y antijurídico que se abstenga de cometerlo, porque ello comportaría un excesivo sacrificio para él.

> La teoría de la no exigibilidad surgió en Alemania en la República de Weimar, a principios de los años 20 del siglo XX, en una época de grave crisis económica y social, como una forma de exclusión de la culpabilidad de personas que por miedo a perder su empleo o a consecuencias peores, se veían obligados a cometer un delito. Posteriormente, y en el período nacionalsocialista (1933-45), fue rechazada porque, según algunos penalistas nazis, «quebrantaba los huesos del Derecho penal», y no era más que el reconocimiento de las debilidades y flaquezas del ser humano, incompatibles con el modelo del «superhombre», que «impasible el ademán», tenía que demostrar su fortaleza de carácter y la superioridad de la raza aria precisamente en los momentos más extremos y difíciles de la vida. Paradójicamente, volvió a renacer tras la Segunda Guerra Mundial utilizándose por algunos penalistas como argumento para exculpar a médicos y altos mandos nazis que durante el nacionalsocialismo habían ejecutado o participado en medidas exterminadoras de asociales o de enfermos mentales en campos de concentración o en centros psiquiátricos, alegando que lo habían hecho por obediencia debida, o por miedo a perder sus puestos de trabajo. Algunos de los acusados por estos hechos llegaron a decir en su defensa que, al interpretar restrictivamente las órdenes e instrucciones recibidas, salvaron la vida a muchas personas, invocando incluso el estado de necesidad disculpante: por ejemplo, que en lugar de matar a 10.000 personas, conforme a las instrucciones recibidas, mataron sólo a 8.000 (cfr. *infra*). Algunas veces es bueno conocer los orígenes y avatares de los conceptos jurídicos, para comprenderlos mejor en sus respectivos contextos (sobre las «perversiones» que éste y otros conceptos elaborados por la Dogmática jurídicopenal alemana sufrieron en el nacionalsocialismo, véase Muñoz Conde, 1994 y 2003).

El Derecho no puede exigir comportamientos heroicos o, en todo caso, no puede imponer una pena cuando en situaciones extremas alguien prefiere, por ejemplo, realizar un hecho prohibido por la ley penal, antes que sacrificar su propia vida o su integridad física. En este caso, la no exigibilidad de un comportamiento distinto en esas situaciones no excluye la antijuricidad (el hecho no es justificado por el Ordenamien-

to), sino la culpabilidad (el hecho sigue siendo antijurídico, pero su autor no es culpable). La idea de la no exigibilidad de otra conducta no es, sin embargo, privativa de la culpabilidad, sino un principio regulador e informador de todo el Ordenamiento jurídico. En la culpabilidad, dicha idea obliga a comprobar, antes de formular el juicio completo de culpabilidad, si el autor, que con capacidad de culpabilidad y con conocimiento de la antijuricidad de su hacer realizó un hecho típico y antijurídico, se encontraba en alguna situación tan extrema que no fuera aconsejable, desde el punto de vista de los fines de la pena, imponerle una sanción penal.

A esta idea responden dos exenciones de pena contenidas en el Código penal: el miedo insuperable y el encubrimiento entre parientes. El estado de necesidad en caso de conflicto entre bienes de igual valor presenta una problemática específica, de la que nos vamos a ocupar seguidamente.

4. EL LLAMADO ESTADO DE NECESIDAD DISCULPANTE

El estado de necesidad es, ante todo, una causa de justificación que se encuentra informada primariamente por el principio de ponderación de bienes, es decir, por el principio de que es lícito sacrificar un bien jurídico cuando con dicho sacrificio se quiere salvar otro de mayor valor (allanamiento de morada para salvar la vida, aborto terapéutico, etc.; cfr. *supra,* capítulo XX).

Existe, sin embargo, un supuesto de estado de necesidad en el que los bienes en colisión son de igual valor: el náufrago que mata a otro náufrago para comer su carne y poder sobrevivir (naufragio de la Medusa); el náufrago que impide que otro náufrago se agarre al madero que se hundiría con el peso de los dos (tabla de Carneades). En estos casos, la acción realizada para salvar la vida no puede estar justificada por el principio de ponderación de bienes, porque el Derecho protege por igual la vida de todas las personas. La doctrina dominante considera que este supuesto debe ser tratado como estado de necesidad disculpante, dejando el estado de necesidad como causa de justificación sólo para el caso de *conflicto de bienes de desigual valor*. Sin embargo, como ya hemos dicho al hablar del estado de necesidad como causa de justificación (cfr. *supra* capítulo XX), nada impide que también aquí opere como causa de justificación, pues no se trata sólo de comparar el valor

de los bienes en conflicto, sino de enjuiciar si el sacrificio de uno de ellos para salvar el otro era la única vía adecuada, dentro de los límites de exigibilidad normales en la vida ordinaria. Quien en el incendio procura alcanzar antes la salida del edificio o en el naufragio coge el único salvavidas que queda, actúa justificadamente, por más que la vida de los demás en peligro sea, desde el punto de vista jurídico, igualmente valiosa. Parece excesivo imponer una pena al que, en estas circunstancias, actúa para salvar su vida, aunque sea a costa de la vida ajena. La idea de la no exigibilidad de otra conducta aconseja dejar sin sanción a quien actúa en estas circunstancias, no ya sólo porque el autor no sea culpable, sino porque tampoco el acto realizado es desaprobado por el Ordenamiento jurídico.

El Código penal acoge esta idea al extender la eximente de estado de necesidad a los supuestos en los que el mal causado sea *igual* al que se trata de evitar (art. 20,5°).

Por lo demás, son aplicables a este supuesto los demás requisitos del estado de necesidad entre bienes de desigual valor: es decir, ha de darse una situación de necesidad (peligro real e inminente, no evitable de otro modo, para un bien jurídico), que no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto y que éste no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

La redacción del núm. 5° del art. 20 autoriza, también en este supuesto, el *auxilio necesario,* es decir, deja exento de pena a quien, no hallándose en situación de necesidad acude, en auxilio del que sí se encuentra en dicha situación. En buena técnica, el estado de necesidad considerado en este caso como simple causa de exculpación, al dejar subsistente la antijuricidad, no debería afectar al extraño, pero el legislador ha extendido también a éste la exención de responsabilidad criminal, lo que demuestra su naturaleza de causa de justificación. Igualmente, algún sector doctrinal y jurisprudencial aplica al error sobre los presupuestos de la existencia de un estado de necesidad (disculpante) las mismas reglas que al *error sobre los presupuestos de las causas de justificación*, lo que para la concepción aquí defendida (cfr. *supra* capítulo XIX.4) significa que si el error es razonable (el socorrista cree razonablemente que el náufrago a quien decide salvar no sabe nadar, siendo así que objetivamente podía haberse salvado, mientras que el otro náufrago no podía valerse por sí mismo), el estado de necesidad es justificante, mientras que si no lo es, el problema se traslada al ámbito de la culpabilidad bien como error de prohibición, bien como miedo insuperable.

Todo ello puede ser una prueba de que el estado de necesidad en todos los casos que sean subsumibles en el art. 20,5º constituye una causa de justificación. Pero como ya se indicó en su momento (capítulo XX.2), hay situaciones extremas en las que el Derecho, más que aprobar el hecho, se limita a prescindir de la sanción penal en la medida en que ésta no sea necesaria desde el punto de vista preventivo, general y especial. Pero el apoyo dogmático a esta idea debe buscarse más en el concepto mismo de culpabilidad y no en la desnaturalización del estado de necesidad, convirtiéndolo en una causa de exclusión de la culpabilidad.

Desde este punto de vista, el alumno puede reflexionar e incluso discutir con sus compañeros la solución que debe darse al siguiente supuesto:

Un grupo de cuatro náufragos recala en una isla desierta, en la que salvo un poco de agua en un arroyo casi seco, no hay nada que comer. Tras varios días sin llevarse nada a la boca y ya casi al borde de la muerte por inanición, entre los restos del naufragio aparece un paquete con cuatro latas de atún en conserva que apenas contienen alimento para todos ese día.

Para poder sobrevivir unos días más, esperando que algún barco los aviste y venga a rescatarlos, uno de los náufragos propone comerse ese día sólo dos latas, dividiéndolas en cuatro raciones exactamente iguales, y hacer lo mismo con las dos latas restantes los dos días siguientes. Otro náufrago quiere que le den su lata para consumir su contenido cómo y cuándo mejor le parezca. Un tercero dice que él es el único que tiene un abrelatas y que los demás tienen que darle, si quieren que se lo preste, una parte de la ración que les corresponda. El cuarto náufrago alega que es el oficial más antiguo y de más alta graduación y que, por tanto, le corresponde la mitad de las latas, dejando las otras dos para que los demás se las repartan como quieran. Surge una discusión entre ellos y en el transcurso de la misma el primer náufrago saca una pistola y amenaza a sus otros tres compañeros con matarlos y quedarse él con todas las latas, si no aceptan su propuesta. A la vista de lo cual los compañeros, de mala gana, se pliegan a sus exigencias, quedando el de la pistola encargado de guardar las latas y de hacer el reparto por él propuesto. Así consiguen sobrevivir todos un día más. Pero al segundo día del acuerdo muere el náufrago que era el oficial más antiguo y también el de más edad y débil constitución. El tercer día muere de un disparo el náufrago que tenía el abrelatas, al ser sorprendido por su compañero intentando apoderarse de la última lata que quedaba. El cuarto día muere el náufrago que tenía la pistola. Y el quinto día aparece un barco, rescatando al único naufrago que queda con vida, que había conseguido esconder entre sus ropas, sin que los compañeros se dieran cuenta, una quinta lata, que le permitió sobrevivir hasta la llegada del barco.

5. MIEDO INSUPERABLE

Claramente responde a la idea de no exigibilidad la eximente del número 6º del art. 20 del Código penal según el cual está exento de responsabilidad: «el que obre impulsado por miedo insuperable». En principio, esta eximente recuerda a una causa de inimputabilidad o incluso

de ausencia de acción, por cuanto el miedo es un estado psíquico que puede llevar, incluso, a la paralización total del que lo sufre. Sin embargo, el miedo al que aquí se alude es aquél que, aun afectando psíquicamente al que lo sufre, le deja una opción o una posibilidad de actuación (amenaza, situación de peligro para la vida, etc.); «insuperable» quiere decir aquí superior a la exigencia media de soportar males y peligros. La insuperabilidad del miedo es un requisito objetivo y, por lo tanto, en la medida en que el sujeto sea un timorato o muestre una gran cobardía, no podrá apreciarse esta eximente (sobre el error, véase lo dicho anteriormente respecto al estado de necesidad). Por lo demás, igual que en el estado de necesidad, el mal que produce el miedo ha de ser serio, real e inminente. De ahí que el miedo insuperable haya sido considerado por algún autor también como una causa de justificación, lo que no deja de tener su fundamento, pero el componente subjetivo (miedo) de esta eximente hace preferible tratarla en el ámbito de la culpabilidad. A diferencia de lo que sucede con el estado de necesidad, la razón de la exención es el componente subjetivo (el miedo), no la situación objetiva que lo provoca. Por eso cabe apreciar esta eximente y no la de estado de necesidad cuando el sujeto, en una situación de pánico, lesiona un bien jurídico sin darse cuenta de que había otras formas de solución del conflicto, o que éste no existía realmente. Con razón considera VARONA GÓMEZ (2000, pp. 197 y ss.) que basta «la razonabilidad de la creencia de la persona en la presencia de un mal amenazante», y que cuando hay un error vencible habrá de apreciarse la eximente incompleta; lo mismo que cuando el mal amenazante no es de suficiente entidad o la acción de salvamento realizada no es necesaria. Más discutible es, en cambio, la tesis que mantiene el citado autor (p. 263) de apreciar esta eximente, completa o incompleta, en los casos en que se actúe para cortar un mal que amenaza a uno mismo o a persona vinculada afectivamente, pues el tenor literal no exige esta restricción, si bien en la mayoría de los casos ésta será la motivación principal del miedo. No hay que olvidar que en esta eximente lo importante es la intensidad con la que se siente el miedo, y no, como en el estado de necesidad, un juicio valorativo objetivo sobre los motivos del conflicto (cfr. SILVA SÁNCHEZ, 1999, p. 177; STS de 17 de junio de 2004: drogadicta que transporta droga porque le amenazaban con matar a sus hijas, se le aplica la eximente incompleta).

En esta eximente pueden incluirse también algunos supuestos de exceso en la legítima defensa, cuando el que se defienda traspase los límites de la legítima defensa por una situación de miedo (*exceso intensivo*), pero no cuando no existe agresión ilegítima o ésta ya ha cesado (*exceso extensivo*), por ej., dispara por la espalda al agresor que huye. Diferente es el caso, cuando objetivamente la

agresión no existe, pero el sujeto, entre otras razones, debido a un miedo insuperable, cree que está en inminente trance de ser víctima de una agresión ilegítima. En este caso, cuando dicha creencia errónea no es razonable, ya no podrá apreciarse la legítima defensa como eximente incompleta, pudiendo acudirse, en la medida en que se dé, a la completa o incompleta de miedo insuperable (*defensa putativa*; cfr. lo dicho *supra* capítulos XIX.4 y XX.1; y desde el punto de vista del miedo, VARONA GÓMEZ, 2000, pp. 300 y ss.).

6. EL ENCUBRIMIENTO ENTRE PARIENTES

El art. 454 del Código penal dice: «Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados...».

Pese a tratarse de una disposición de la Parte Especial del Código penal, aplicable al delito de encubrimiento, su interés para el estudio de la Parte General radica en que, tradicionalmente, ha sido interpretado como expresión de la idea de no exigibilidad como causa de exclusión de la culpabilidad. Desde este punto de vista, las personas citadas en el art. 454 Cp no son consideradas responsables de encubrimiento porque, debido a su parentesco con el autor del delito, no deben estar obligadas a delatarlo o impedidas de ayudarlo cuando aquél se encuentre perseguido o en situación de adversidad; en otras palabras, no se les puede exigir la delación o la denegación de ayuda. Sin embargo, esta disposición también puede interpretarse como una simple causa personal de exclusión de la pena, porque es aplicable de manera objetiva a todos los que se encuentren en las relaciones de parentesco citadas, aunque no mantengan vínculos de afectividad (que son los que explican la no exigibilidad) con el sujeto encubierto.

En realidad, ambas perspectivas son posibles: aunque el art. 454 Cp está inspirado en la idea de no exigibilidad, su regulación concreta la extiende a todas las personas que tienen las cualidades parentales citadas, tengan o no vínculo afectivo. Por ello representa más una causa de exclusión de pena, constituyendo, de esta forma, un puente entre las causas de exculpación y las *excusas absolutorias* (cfr. *infra* capítulo XXV).

7. DELINCUENCIA POR CONVICCIÓN O POR CONCIENCIA

Con los ejemplos anteriores parecen agotadas las posibilidades en las que el Derecho penal vigente concede relevancia eximente o atenuante de la culpabilidad a los prejuicios y creencias jurídicas incorrectas del autor del delito, o a situaciones extremas en las que no parece necesario,

desde el punto de vista preventivo general y especial, imponer una pena al que, encontrándose en ellas, comete un hecho típico y antijurídico. La relevancia del error de prohibición y de la no exigibilidad de una conducta distinta responde a esta idea y ha encontrado acogida en preceptos concretos del Código penal.

Fuera de estos casos parece que el Estado no puede conceder más relevancia eximente o atenuante a las creencias y opiniones subjetivas individuales, ya que ello haría depender la vigencia objetiva de las normas jurídicas de su aceptación por el individuo. Sin embargo, en una sociedad democrática y, por tanto, pluralista, es inevitable un cierto grado de discrepancia y aun de rebeldía del individuo frente a una norma o disposición concreta o un sector completo del Ordenamiento jurídico. Esta discrepancia se debe a veces a conflictos de conciencia: el sujeto tiene una actitud valorativa diferente a la de la norma que infringe y, aunque conoce el ámbito prohibitivo de la misma, no le reconoce eficacia motivadora de sus actos, salvo el de la simple conminación penal. Desde un punto de vista moral, el delincuente por convicción o por razones de conciencia no debe considerarse culpable de los actos que realiza conforme a la misma. Otra cosa sucede desde el punto de vista jurídico. En la eterna pugna entre culpabilidad y prevención, aquélla casi siempre se sacrifica a ésta, sobre todo cuando se teme que la discrepancia individual debilite la vigencia objetiva de las normas jurídicas y cunda el mal ejemplo en la comunidad.

Pero muchas veces la existencia del conflicto mismo evidencia una falta de legitimación de la propia norma infringida. La comisión de un delito no siempre es un conflicto entre individuo y sociedad, sino una contraposición entre distintos sistemas sociales y distintas formas de entender la vida. Y precisamente lo que caracteriza a una sociedad democrática y pluralista es la posibilidad de coexistencia pacífica de distintos sistemas de valores, a veces contradictorios.

En algunos casos el Estado ha resuelto el conflicto dando una salida alternativa que respeta la conciencia individual, siempre naturalmente que ello no ponga en peligro bienes jurídicos fundamentales. Así, por ejemplo, se reconoce la objeción de conciencia del médico a intervenir en un aborto terapéutico, siempre que, naturalmente, la mujer pueda ser asistida por otro médico. O la del Testigo de Jehová, que rechaza, por motivos religiosos la transfusión de sangre para su hijo menor, siempre que ésta objetivamente pueda ser sustituida por otros medios.

Cuando las leyes no prevén alternativas que respeten la libertad de conciencia, hay que plantearse la naturaleza del bien jurídico concul-

cado. Cuando éste es uno de los bienes jurídicos individuales como la vida, la integridad física, la libertad y la propiedad, no se puede dar ninguna relevancia a la decisión de conciencia que los ataque, ya que dichos bienes jurídicos son más importantes que la libertad de conciencia y son indispensables para el desarrollo de los demás ciudadanos que obviamente también tienen derecho a su protección jurídica. Precisamente por eso se castiga el ataque por conciencia a bienes jurídicos de carácter político perfectamente discutibles (independencia de una parte del Estado, forma de Estado, República o Monarquía, etc.), cuando se realiza de forma violenta conculcando, además, bienes jurídicos individuales, como la vida. Pero no sólo casos de terrorismo político, sino también los asesinatos rituales cometidos en una secta, o la objeción de conciencia fanática llevada hasta el punto de dejar morir, sin asistencia, a una mujer que se desangra tras un aborto ilegal, deben quedar fuera de toda consideración exculpatoria o mínimamente atenuante. Sin embargo, incluso respecto a la vida la solución puede variar si, por ejemplo, la muerte se produce para evitar graves dolores a un moribundo aquejado de una enfermedad irreversible en fase terminal y el paciente está de acuerdo en ello. La demanda de una regulación legal de la llamada *eutanasia* tiene su origen en la insuficiencia de los preceptos vigentes para solucionar adecuadamente un problema que muchos creen que debe ser regulado de forma distinta a la tradicional punitiva (cfr. art. 143,4).

Los casos en los que el conflicto de conciencia no lleva a lesionar o poner en peligro bienes jurídicos fundamentales deben solucionarse, en la medida de lo posible, por otras vías distintas a la penal. La solución que ha tenido el tratamiento de la *insumisión total* al servicio militar y al servicio social sustitutorio en los últimos años, pasando desde su castigo a su absoluta irrelevancia penal, demuestra hasta qué punto un cambio de orientación política en la concepción del servicio militar (instaurar un servicio militar profesional en lugar de uno obligatorio) puede dejar de hecho fuera del Código penal conductas que originariamente se castigaron con penas de prisión y luego con penas de inhabilitación de hasta ocho años y que, una vez implantado el servicio militar profesional, son penalmente irrelevantes (cfr. lo dicho en la 3ª ed. de esta obra, p. 444. Estos delitos fueron derogados por LO 3/2002, de 23 de mayo). Pero en la propia dinámica de la evolución social y estando abocados cada vez más a sociedades pluralistas y multiculturales seguirán siendo inevitables conflictos con normas jurídicas basadas en razones de conciencia (religiosas, morales, políticas), que pueden implicar la realización de algún tipo delictivo (manifestaciones ilegales,

quema de banderas, negativa a participar en mesas electorales, etc.). Por las razones ya dichas, y en la medida en que muchos de estos actos constituyen el ejercicio de la libertad de expresión y de ideas y una expresión de *lealtad* a creencias, habrá que procurar que la respuesta a esas infracciones no sea siempre y en todo caso una respuesta penal indiscriminada.

Véanse, por ej., los casos de «lealtad» a convicciones religiosas e ideológicas profundas, citados por FLETCHER, 2000, extraídos de la realidad norteamericana y de otros países, que cada vez tienen mayor actualidad en nuestra sociedad, como el uso del velo en las escuelas por las jóvenes musulmanas, o la quema de la enseña nacional como protesta contra determinadas políticas gubernamentales, etc.

La fundamentación legal que a la exención o, por lo menos, atenuación de la pena se puede dar, aparte de invocar directamente el art. 16 de la Constitución, puede ser el estado de necesidad (conflicto entre la *libertad de conciencia* y el deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria), o incluso el art. 14,3 del Código penal, entendiendo que la «creencia jurídica diferente» tiene cabida también en el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal. Sólo así podrá evitarse que la solución jurídica a determinados conflictos sociales sea siempre una solución punitiva o, lo que es peor, que el Derecho penal sea un instrumento para imponer por la fuerza sistemas de valores o intereses más que cuestionables.

Para más detalles sobre esta posición véase MUÑOZ CONDE, 1975, 1989 y 1997. A favor de este planteamiento, BAUCELLS (2000), quien, en las pp. 357 y ss. de su obra, desarrolla las posibilidades de solventar este problema a través del error de prohibición; en contra, CORCOY BIDASOLO, 2000, TAMARIT SUMALLA, 1989, PÉREZ DEL VALLE, 2000, y FLORES MENDOZA, 2001, que propugna resolver el problema basándose en la inexigibilidad de obediencia al Derecho. En todo caso, debe tenerse en cuenta que, cuando el sujeto no tiene obligación de actuar, por ejemplo carece de posición de garante, su actuación no llega ni siquiera al ámbito de la tipicidad. Cfr. STC 154/2002, de 18 de julio, anulando en base a ello la STS de 27 de junio de 1997 que había condenado por homicidio a los padres que apoyaron la decisión de su hijo de trece años de no recibir una transfusión de sangre, aunque tampoco se lo impidieron y nunca trataron de convencerlo por lo que la decisión fue tomada por el menor en ejercicio de su libertad; al respecto, véase *supra* capítulo XIV.

Bibliografía: Sobre conocimiento de la antijuricidad y error de prohibición: ARIAS EIBE, El error en Derecho Penal en el Código de 1995, Madrid 2007; BACIGALUPO ZAPATER, La distinción entre error de tipo y error de prohibición en el Proyecto de CP de 1980, La Ley 1981; EL MISMO, El error sobre los elementos del tipo y

el error sobre la antijuricidad o la prohibición, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 1, Madrid 1985; El mismo, Problemas de error, La Ley 1996; Carmona Salgado, De las alteraciones en la percepción al error de prohibición pasando por las anomalías y alteraciones psíquicas, La Ley Penal 2010; Cerezo Mir, Problemas fundamentales del Derecho penal, Madrid 1982; El mismo, La regulación del error de prohibición en el CP español y su trascendencia en los delitos monetarios, ADP 1985; Cobos Gómez de Linares, Presupuestos del error sobre la prohibición, Madrid 1988; Córdoba Roda, El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito, Barcelona 1962; Cuello Contreras, La teoría de la culpabilidad y el error de prohibición. La reforma del C.P., de 25 de junio de 1983, algunos años después, CPC 1987; De la Cuesta Aguado, Conocimiento de la ilicitud. Aproximación al conocimiento de la antijuridicidad del hecho desde las teorías psicológicas del pensamiento intuitivo, Madrid 2007; Díaz y García Conlledo, Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error, en Homenaje a Casabó, Valencia 1997; El mismo, El error de prohibición: pasado, presente y futuro, en Homenaje a Torío, Granada 1999; El mismo, El error sobre elementos normativos del tipo penal, Madrid 2008; Fakhouri Gómez, Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: Un caso problemático, Madrid 2009; Felip i Saborit, Error iuris: el conocimiento de la antijuricidad y el artículo 14 del Código penal, Barcelona 2000; García Vitoria, Tratamiento del error en el Código penal español: Algunas observaciones al respecto, EPC 1987/1988; Huerta Tocildo, El error invencible de prohibición en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980, CPC 1980; El mismo, El error vencible de prohibición en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980, RFDUC monográfico 3, 1980; Lesch, Fundamentos dogmáticos para el tratamiento del error de prohibición, PJ 1997; Luzón Peña, Concurrencia aparente o real de error sobre presupuestos o sobre límites de una causa de justificación, PJ 1990; Magro Servet, La existencia del error de prohibición: Requisitos para su aplicación. Análisis de la STS de 14-12-07 y 8-4-2008, La Ley Penal 2008; Manso Porto, Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal, Madrid 1999; El mismo, El error de prohibición en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo desde la perspectiva de la actual discusión doctrinal, en Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004; Muñoz Conde, El error en Derecho penal, Valencia 1989; Nieto Martín, El conocimiento del Derecho: un estudio sobre vencibilidad del error de prohibición, Barcelona 1999; Olaizola Nogales, El error de prohibición. Especial atención a los criterios para apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad, Madrid 2007; Quintanar, Vencibilidad e invencibilidad del error sobre la prohibición (comentario a la sentencia núm. 860/1993, de 15 de abril de 1993 del Tribunal Supremo), CPC 1994; Rodríguez Mourullo, Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del TS, Madrid 1976; Rodríguez Ramos, Error sobre el tipo y error de prohibición en el Proyecto del CP, La Ley 1980; Romeo Casabona, El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980, ADP 1981; Silva Sánchez, Observaciones sobre el conocimiento «eventual» de la antijuricidad, ADP 1987; Suay Hernández, Los elementos normativos y el error, ADP 1991; Torío López, El «error iuris», perspectivas materiales y sistemáticas, ADP 1975; El mismo, El error evitable de prohibición en el Proyecto de CP, en La reforma penal y penitenciaria, Santiago de Compostela

1980; VARIOS, El consentimiento. El error, CDJ 1993; TRAPERO BARREALES, El error en las causas de justificación, Valencia 2004; ZUGALDÍA ESPINAR, El tratamiento jurídico-penal del error en el art. 20 del Proyecto de Ley Orgánica de CP español de 1980, CPC 1981.

Sobre no exigibilidad de otra conducta: AGUADO CORREA, Inexigibilidad de otra conducta en Derecho penal, Granada 2004; ALONSO ÁLAMO, El miedo. Su incidencia en los diferentes elementos del delito, en Homenaje a Núñez Barbero, Salamanca 2008; BAJO FERNÁNDEZ, El parentesco en Derecho penal, Barcelona 1972; CUERDA ARNAU, El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad, Valencia 1997; DE LA CUESTA AGUADO, Culpabilidad, exigibilidad y razones de para la exculpación, Madrid 2004; DÍAZ PALOS, Miedo insuperable, RGLJ 1963; HIGUERA GUIMERÁ, El miedo insuperable en el Derecho penal, Barcelona 1991; MAQUEDA ABREU, Exigibilidad y derecho a no declararse culpable, ADP 1991; MARTÍN LORENZO, El inextricable efecto eximente del miedo insuperable: Problemas legales de una fundamentación convincente de la exención de la pena, en Homenaje a Ruiz Antón, Valencia 2004; EL MISMO, Sobre la perpetuación de una interpretación jurisprudencial insostenible del miedo superable. Análisis de su aplicación por la Audiencia Provincial de Madrid en delitos de tráfico de drogas, RDPC 2005; EL MISMO, La exculpación penal, Valencia 2009; MELENDO PARDOS, El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad: sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas, Granada 2002; MUÑOZ CONDE, Política criminal y Dogmática jurídico-penal en la República de Weimar, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho 1994; EL MISMO, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo, 4ª ed., Valencia 2003; ONECHA SANTAMARÍA, El miedo insuperable, RGLJ 1981; PIGA, Algunos datos para el estudio psicológico de la circunstancia de miedo insuperable, ADP 1950; RAGUÉS I VALLÉS, ¿Debe el miedo insuperable exculpar a un soldado acusado de crímenes de lesa humanidad? Drazen Erdemovic ante el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, RDPC 2001; SAINZ CANTERO, La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal, Granada 1965; SILVA SÁNCHEZ, Sobre las actuaciones en «estado de necesidad» que no implican deberes de tolerancia, en Cuestiones actuales de la teoría del delito, Luzón Peña/ Mir Puig (edits.), Madrid 1999; VARONA GÓMEZ, El miedo insuperable: aplicación jurisprudencial y fundamento, AP 1996; EL MISMO, El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia, Granada 2000; EL MISMO, El miedo insuperable: ¿una eximente necesaria?, reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia, RDPC 2001. Véase, además, bibliografía sobre estado de necesidad, *supra* capítulo XX.

Sobre delincuencia por convicción o conciencia: BAUCELLS I LLADÓS, La delincuencia por convicción, Valencia 2000; BORJA JIMÉNEZ, Sobre la universalidad del sistema penal y sus planteamientos metodológicos, en Homenaje a Vives, Valencia 2009; CEREZO MIR, La regulación del error de prohibición culturalmente condicionado en el Código Penal peruano, en Homenaje a Núñez Barbero, Salamanca 2008; CORCOY BIDASOLO, Problemas jurídicopenales de la objeción de conciencia en el ámbito de las actividades sanitarias, en VARIOS,

Estudios de bioética y Derecho, María Casado (comp.), Valencia 2000; Ferré Olivé, Diversidad cultural y sistema penal, RP 2008; Fletcher, La lealtad. Ensayo sobre la moralidad de las relaciones, Valencia 2000; Flores Mendoza, La objeción de conciencia en el Derecho penal, Granada 2001; Gómez Benítez, Consideraciones sobre lo antijurídico, lo culpable y lo punible, con ocasión de conductas típicas realizadas por motivos de conciencia, en Ley y conciencia, Madrid 1993; Jericó Ojer, El conflicto de conciencia ante el Derecho penal, Madrid 2007; Landrove Díaz, Objeción de conciencia, insumisión y Derecho penal, Valencia 1992; Monge Fernández, El extranjero frente al Derecho penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad, Barcelona 2008; Muñoz Conde, El principio de culpabilidad, en III Jornadas de Profesores de Derecho penal, Santiago de Compostela 1975; El mismo, El error en Derecho penal, Valencia 1989; El mismo, La objeción de conciencia en Derecho penal, en Homenaje a Roxin, Barcelona 1997; Pérez del Valle, La discusión actual sobre la delincuencia por convicción, CPC 2000; Serrano Piedecasas/ Demetrio Crespo, Reflexiones sobre filosofía del lenguaje, diversidad cultural, y su influencia en el Derecho penal, en Homenaje a Vives, Valencia 2009; Tamarit Sumalla, La libertad ideológica en el Derecho penal, Barcelona 1989.