

# CULPABILIDAD, MALDAD E IMPUTABILIDAD: APORTACIONES DE LA DOGMÁTICA PENAL A LA CULTURA JURÍDICA EUROPEA

JOSEP M.<sup>a</sup> TAMARIT SUMALLA

Catedrático de Derecho Penal (Universitat de Lleida)

## Sumario

1. Planteamiento.-2. La culpabilidad de Von Liszt hasta hoy.-3. Un espacio para la culpabilidad en el Derecho penal europeo.-4. Nuevas fronteras de la culpabilidad.-4.1. Expansión de la inimputabilidad.-4.2. El «caso diabólico» de las psicopatías.-4.3. Las adicciones.-4.4. Valoración de las características autónomas de la culpabilidad en la determinación de la pena.-5. Conclusión.

## 1. Planteamiento

Con cierta frecuencia se producen manifestaciones doctrinales que destacan la idea de culpabilidad como producto teórico «genuinamente penal»<sup>1</sup> o como signo distintivo de una elaboración conceptual particularmente refinada y de vocación garantista, que permitiría establecer una diferenciación nítida entre la cultura jurídica europea continental de base dogmática y el *modus operandi* propio de los países orientados según el modelo del *common law*<sup>2</sup>. Asimismo-

---

<sup>1</sup> Así JAKOBS, «Derecho Penal - parte general» (trad. Cuello/Serrano), 2.ª ed., Madrid, 1997, p. 566

<sup>2</sup> Así SCHÜNEMANN, «El refinamiento de la dogmática jurídico-penal: ¿Callejón sin salida en Europa? Brillo y miseria de la ciencia jurídico-penal alemana», en «Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio», Madrid, 2002, pp. 20-23.

mo, desde ciertos sectores se ha querido ensalzar la posición central que ocuparía esta construcción conceptual en la teoría jurídica del delito al considerar que el resto de elementos no son sino presupuestos del mismo, como secuencias previas de un proceso que culmina en la declaración (sustancial) de culpabilidad como juicio definitivo del sujeto acreedor de responsabilidad penal<sup>3</sup>. Puede sorprender tanto énfasis en la idea al tiempo que se sigue proclamando la crisis del concepto, crisis, por cierto, cuyas raíces se retrotraen, según es común reconocer, al embate del positivismo naturalista contra el indeterminismo. La sorpresa debería surgir, al menos, respecto a aquellos que siguen insistiendo en la negación del concepto o de su contenido material a la par que refuerzan el rol de un producto conceptual desnaturalizado.

Sin embargo, quienes muestren interés en seguir hurgando en la tan repetida crisis, probablemente caerán en la cuenta que una focalización del problema en la cuestión de la libertad ofrecería una visión parcial de un fenómeno más amplio, pues, más allá de la paradoja que representa examinar la libertad, como valor en alza en el contexto social, en clave de crisis, puede observarse que la crisis alcanza también a otra idea asociada a la de culpabilidad, y a la que algunos se aferran ante la falta de confianza respecto a ésta, cual es la de responsabilidad individual<sup>4</sup>.

Frente a las actitudes escépticas, desnaturalizadoras o mistificadoras propias del normativismo (o, al menos, de sus versiones más explícitas), o frente a disolventes discursos excesivamente temerosos de reconocer la dimensión deontológico-comunicativa del Derecho, vamos a sostener la necesidad de la culpabilidad como irrenunciable y característico atributo de la responsabilidad penal. La idea de culpabilidad es inherente al progreso de la civilización occidental. En uno de los mitos fundacionales, Edipo se saca los ojos, incapaz de contemplar las consecuencias del criminal acto por él cometido, predicho por el oráculo. Mediante su reacción autopunitiva, el Rey-hombre, mecanismo sujeto al destino que tejen las parcas, asume una responsabilidad ante la sociedad pese a no ser culpable de su hecho<sup>5</sup>. Esa «responsabilidad sin culpa» expresa, en términos descabe-

---

<sup>3</sup> No olvidamos las propuestas que tienden a reducir el peso tradicionalmente conferido a tal «juicio definitivo», como las llamadas a favor de conceder mayor atención a lo que sucede más allá del «Rubicón de la culpabilidad»: *vid.* en este sentido SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito», en WOLTER/FREUND (eds), «El sistema integral del Derecho penal», Madrid, 2004, p. 19.

<sup>4</sup> *Vid.* ENGEL, L., «La responsabilité en crise», Hachette Livre, 1995.

<sup>5</sup> Destaca la inocencia de Edipo FESTUGIÈRE, A. J., «La esencia de la tragedia» (trad. Miguel Morey), Barcelona, 1986, pp. 21-25.

llados para nosotros, herederos de la modernidad, no sólo una asunción de la fatalidad sobrenatural, sino también una idea de deuda del individuo con la sociedad, ante la que éste debe responder a causa de su fuerza desencadenante. En una posterior depuración de esta idea de comunicación y de deuda, la culpabilidad se construye sobre el suelo cultural labrado por el cristianismo y por el humanismo, lo cual induce una evolución hacia la interiorización y la subjetivización del juicio de culpabilidad.

Situados en un punto relativamente evolucionado de este proceso de interiorización, vamos a centrarnos en el paso fundamental que ha supuesto, en términos dogmático-estructurales, y para el ámbito de países que siguen la tradición de raíz germánica, la consolidación del sistema de VON LISZT. La aportación del penalista alemán permitió superar el más rudimentario sistema basado en la división bipartita entre lo objetivo y lo subjetivo, propio de construcciones como la de CARRARA, que se mantiene, con versiones diversas, en la tradición anglosajona y francesa. Sin embargo, el sólido enraizamiento de la estructuración binaria del concepto de delito, que pervive en la división entre *actus reus* y *mens rea* del Derecho anglosajón (*actus non facit reus nisi mens est rea*, aforismo equivalente, *mutatis mutandis*, al principio de culpabilidad o de responsabilidad subjetiva) o en la distinción entre *element materiel* y *element moral* de la doctrina francesa (variante del binomio carrariano *forza fisica / forza morale*), de la que es una muestra la tendencia que se impuso a partir del neokantismo y se consolidó con el finalismo al desdoblamiento de la tipicidad y la antijuridicidad en una doble dimensión objetiva y subjetiva, nos lleva a preguntarnos por la «necesidad» del concepto de culpabilidad conformado materialmente. Que eso sea una «cuestión medular» en el proceso de construcción de un sistema penal europeo anclado en una dogmática supranacional, que no supracultural<sup>6</sup>, uno de los contenidos a reivindicar y exportar por parte de los juristas de tradición

---

<sup>6</sup> Partimos ahí de la certera distinción que efectúa SILVA SÁNCHEZ, «Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal», en «Revista de Derecho penal y criminología», núm. 9, 2002, p. 84, quien alude (vid. ob cit. p. 93) a las posibilidades de un «sistema global del Derecho penal» caracterizado en buena medida por la elaboración e integración de instituciones que se hallan «tras la culpabilidad». Menos asumible resultaría la posición escéptica del autor respecto al necesario diálogo con los sistemas del *common law*, a la que se opone DONINI, M. «La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico», en ARROYO/NEUMANN/NIETO, «Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt», Cuenca 2003, p. 93, quien defiende la apertura hacia los mismos y la importancia de los estudios de Derecho comparado, muestra de lo cual es el desarrollo que están adquiriendo en Italia. Vid. como ejemplo, VINCIGUERRA, «Introduzione allo studio del diritto penale inglese. I principi», Padova 1993; o CADOPPI, A., «Rapporti fra

continental, es una pregunta a la que trataremos de dar respuesta previo examen de la evolución y estado actual de la discusión sobre el concepto<sup>7</sup>.

## 2. La culpabilidad de Von Liszt hasta hoy

VON LISZT definía la culpabilidad, en su más amplio sentido, como la responsabilidad del autor por el acto ilícito realizado. Con esta categoría, añadida a la de antijuridicidad, que tenía su antecedente en IHERING, el penalista alemán trataba de ofrecer una descripción más completa del delito, entendido como acto antijurídico y culpable: «El juicio de culpabilidad expresa la consecuencia ilícita (*Unrechtsfolge*) que trae consigo el hecho cometido y se le atribuye a la persona del infractor. A la desaprobación jurídica del acto, se añade la que recae sobre el autor»<sup>8</sup>. En sentido estricto, del que se ocupa la ciencia, el concepto es «tan sólo comprensivo de la relación subjetiva entre el acto y el autor», relación que toma como punto de partida el hecho concreto pero al mismo tiempo sale fuera de él, dando al acto el carácter de expresión de la «naturaleza propia del autor» y aclarando el valor metajurídico de la culpabilidad. De ahí se deduciría el contenido material del concepto de culpabilidad: éste radica «en el carácter asocial del autor, cognoscible por el acto cometido (conducta antisocial)»<sup>9</sup>. Se superaban con ello las concepciones bi-

---

i vari sistemi penale coesistenti nel Regno Unito», en «Diritto penale XXI secolo», Cedam, núm. 1, 2002, pp. 39 ss.

Como se podrá comprobar posteriormente, la vocación de diálogo con los sistemas anglosajones resulta necesaria en el afán por encontrar estructuras comunes tanto en lo que concierne a lo que puede «aprenderse de los mismos» como en aquellos aspectos en que con mayor convicción podemos adoptar una posición «exportadora», como el que aquí se aborda.

<sup>7</sup> Poco proclive a conceder importancia a la «cuestión de la culpabilidad» se muestra VOGEL, J., «Política criminal y dogmática penal europeas», en *Revista penal*, n.º 11, 2003, p. 148, quien considera ajenas a la dogmática penal europea las categorías positivas de injusto y culpabilidad y su dimensión negativa, eso es, las causas de justificación y de exculpación, como no centrales a esa dogmática. Cabe advertir, no obstante, que tal consideración se efectúa en el contexto de una reflexión sobre las manifestaciones positivizadas del Derecho penal de la Unión Europea, un marco mucho más estricto que el que corresponde al presente trabajo.

Insiste sin embargo en la importancia de la distinción entre injusto y culpabilidad como sistema más elaborado y refinado, frente al francés o los propios del Common Law, que hunden sus raíces en el siglo XIX el primero o en el siglo XVIII los segundos, SCHÜNEMANN, «El refinamiento...», *cit.*, pp. 20-21.

<sup>8</sup> *Vid.* VON LISZT, F., «Tratado de Derecho Penal» (trad. de Jiménez de Asúa de la 20.ª ed.), T 2, 3.ª ed., Madrid, p. 387.

<sup>9</sup> *Vid.* VON LISZT, *ob. cit.*, p. 388.

partitas del delito, que de todos modos, como el devenir de los años ha mostrado, permanecerían como sustrato<sup>10</sup>.

En el «nacimiento» de la culpabilidad como categoría conceptual autónoma en la teoría del delito, aparece ya la paradoja del difícil anclaje material y filosófico de la misma. En su afán por desvincular el concepto de culpabilidad del libre albedrío, VON LISZT entendía que el determinismo estaba «enteramente facultado para formular la reprobación jurídico-social que recae sobre el acto y el autor», mientras que el indeterminismo estaba «completamente incapacitado para hacerlo». Esgrimía como argumento que tan sólo aquél puede «poner el acto aislado en relación con la personalidad psicológica del autor»: «sólo él consigue establecer una medida para la culpabilidad, que crece o disminuye según que el acto sea, más o menos, la expresión de la naturaleza propia y estable del autor», mediante las distinciones apropiadas según la intensidad de la tendencia criminal, dando así un fundamento sólido a la Política criminal<sup>11</sup>.

El ejercicio de equilibristo retórico desplegado por VON LISZT nos sitúa ante un nuevo campo de confrontación entre una concepción idealista y realista. En el sistema de VON LISZT se produce un cruce entre lo que de realista podía tener el furor positivista con la tradición, todavía muy arraigada en el mundo cultural germánico, del idealismo y el romanticismo. El positivismo pudo hacer decantar la mirada del discurso jurídico hacia la persona real, en lugar del hombre ideal racional, con todas las consecuencias que de ello podían derivarse a la hora de hacer operativos los juicios de referencia basados en el «hombre medio», aunque la evolución de la ciencia penal ha puesto de manifiesto las dificultades para consolidar este salto metodológico y prescindir de la tradición idealista.

Expresivas del espíritu del idealismo eran posiciones que ejercían notoria influencia en aquellos tiempos, como las de IHERING, quien se refería con entusiasmo al sentimiento del derecho como «capital moral que el Estado necesita para poder realizar su fin»<sup>12</sup>, y afirmaba que la fuerza de un pueblo responde a la de su sentimiento del dere-

---

<sup>10</sup> Nos referimos a la ya comentada distinción entre «fuerza física» y «fuerza moral» apuntada por CARRARA, aun cuando cabe precisar que ya el «príncipe de los penalistas italianos» había bosquejado algunos rudimentos de la idea de imputación, entendida como «cargar algo en la cuenta de alguien», hacerlo responsable por haber sido la «causa moral» y no sólo material del hecho delictivo distinguiendo imputabilidad moral e imputabilidad social. *Vid.* CARRARA, «Programa de Derecho criminal» (trad Ortega/Guerrero), Bogotá, 1978, PG, v-1, p. 34-35.

<sup>11</sup> *Vid.* VON LISZT, *cit.*, p. 389-390.

<sup>12</sup> *Vid.* IHERING, «La lucha por el Derecho», Madrid, 1985, p. 113.

cho»<sup>13</sup>, que permite que cada cual se haga cargo que la causa del derecho es su propia causa y sólo será el criminal el que con el criminal simpatice<sup>14</sup>. Idealista-racionalista era la concepción de CARRARA, que concedía un alto estatuto a la voluntad de la ley, construida a base de deducciones lógicas de la eterna razón, de inspiración divina, por lo que las leyes penales eran absolutas en sus principios cardinales —la razón de la obediencia a las mismas radicaba en la verdad—<sup>15</sup>. No se sustraían al referido espíritu las versiones laicas del racionalismo, como las variaciones experimentadas por las tesis contractualistas de ROUSSEAU, ya contestadas en su día por CARRARA desvelando el carácter «mítico» de la idea del contrato social, o todas aquellas que creen en una suerte de orden previo natural (el mismo marxismo es hijo de esta construcción mítica, como reflejaría la creencia en el comunismo primitivo<sup>16</sup>). La culpabilidad podía encontrar mejor arraigo en el espíritu del idealismo y en la vinculación entre culpa y redención tan presente en la mejor literatura romántica.

Situados en la doctrina penal contemporánea, no cesan las paradojas. Así, puede advertirse que la negación de un fundamento material de culpabilidad sobre la idea del libre albedrío ha encontrado también una vía de expresión en la dirección funcionalista de JAKOBS, situada en las antípodas del naturalismo positivista e inmersa en el idealismo penal<sup>17</sup>. La definición de la culpabilidad como «déficit de fidelidad al Derecho»<sup>18</sup> constituye una de las mayores agresiones intelectuales que ha recibido este concepto anclado en la tradición humanista. JAKOBS entiende que la culpabilidad debe configurarse funcionalmente, que depende de la estructura de cada sociedad, en un discurso valorativamente aséptico que, a fuer de vacío, puede servir para «explicar», más que para «comprender» o estructurar axiológicamente, cualquier forma de organización social<sup>19</sup>. Ello no le

<sup>13</sup> Vid. IHERING, *ob. cit.*, pp. 116-117.

<sup>14</sup> Vid. IHERING, *ob. cit.*, p. 115.

<sup>15</sup> Vid. CARRARA, *ob. cit.*, pp. 26-27.

<sup>16</sup> Vid. STEINER, G., «Nostalgia del absoluto», Madrid, 2001, pp. 22 ss.

<sup>17</sup> Vid. sobre la adscripción de esta dirección funcionalista al idealismo penal DONINI, M., *ob. cit.*, pp. 87-88. El autor manifiesta un pronunciamiento crítico ante lo que denomina «cultura idealista», que exige una gestión tecnocrática y elitista, con el consiguiente «déficit democrático» y la imposibilidad de que el juez «se ensucie las manos con la realidad» gracias a la protección frente a ella que le brinda el paradigma normativo integral. Según el autor, al moverse en una dimensión «idealista», el derecho deviene «un instrumento autopoietico, no un instrumento que se modifica en función de sus consecuencias aplicativas reales».

<sup>18</sup> Vid. JAKOBS, «Derecho Penal», *cit.*, pp. 566-657.

<sup>19</sup> Recientemente ha desarrollado JAKOBS su posición ante la cuestión de la libertad, a partir de una reflexión sobre los resultados de las investigaciones sobre el cerebro: *vid.* «Individuum und Person», en *Zeitschrift für die gesamte strafrechtswissens-*

impide, a la hora de dar contenido a elementos integrantes del juicio de culpabilidad cual es la imputabilidad, situar en una posición central la idea de igualdad, que es propia de una sociedad democrática y de la que ciertamente no puede prescindir el sistema de justicia penal de ésta. El profesor de Bonn retoma la concepción de WELZEL, según la cual el imputable es esencialmente un igual; un sujeto, matizará JAKOBS, con competencia para poner en cuestión la validez de la norma (al tratarlo como imputable «se define al delincuente como ser igual»)<sup>20</sup>. Esta evidente, aunque necesaria, constatación, no aclara las razones por las que algunos son definidos como desiguales. Y como respuesta no basta con limitarse a recordar que la renuncia a la pena frente al desigual infractor no resta eficacia preventiva a la amenaza punitiva frente a la *comunidad de iguales*, incluso aunque ello pudiera explicarse empíricamente (por ejemplo, en virtud de la teoría del «reforzamiento vicario» de BANDURA<sup>21</sup>), pues una sociedad democrática debe tener sus razones para definir a los desiguales y si lo que caracteriza a esta sociedad es la expectativa de reconocimiento como individuos libres, la identificación de las situaciones de desigualdad no puede hacerse más que en términos de déficit de libertad. La persona media se representa a sí misma como libre y tiene los actos de los otros como libres, pues así espera ser tratado en la relación social. Por ello, los déficits de inteligencia, de conocimiento, de madurez y en general de las condiciones de representación mental de la realidad son socialmente comprendidas y atribuidas como una limitación de la capacidad de actuación libre de la persona humana, en una reversión de la evangélica profecía «la verdad os hará libres».

No pretendo con ello ocultar las dificultades de extrapolar la célebre máxima evangélica a categoría general, pues forzoso es reconocer la ambigüedad del conocimiento como condición de libertad: si éste

---

*chaft*, 2005-II, pp. 247 ss. El autor parte de la distinción entre individuo y persona, que le lleva a negar la libertad del individuo al tiempo que aclara que una sociedad estructurada normativamente establece vínculos respecto a las personas, que concibe como destinatarios de derechos y deberes, y quienes son competentes para motivarse de modo fiel hacia el Derecho (pp. 265-266). La libertad de voluntad, afirma JAKOBS, no admite una formulación positiva sino que es sólo una metáfora de la falta de presión extraordinaria causada por error inevitable, enfermedad psíquica o un estado de necesidad (p. 262); o, afirma posteriormente, la metáfora de la voluntad entendida no en sentido naturalístico sino como constructo normativo.

En una dirección opuesta, *vid.* FREUND, G., «Materiellrechtliche und prozessuale Facetten des gesamten Strafrechtssystems», en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2005, pp. 322-323, según el cual culpabilidad y responsabilidad son el reverso (el precio justo) de la libertad que el individuo disfruta en sociedad, posición en todo caso preferible a la alternativa basada en el determinismo y la falta de libertad.

<sup>20</sup> *Vid.* JAKOBS, «Derecho Penal», *cit.*, 599.

<sup>21</sup> *Vid.* BANDURA, A., «Teoría del aprendizaje social», Madrid, 1987.

en parte ofrece oportunidades para ejercerla (la información es poder y la libertad es también poder) por otra parte establece límites a su ejercicio. Así pudo verse, entre otros por el «sensible» ojo de *Nietzsche*, en *Siegfried*, el moralmente ambiguo héroe wagneriano, el paradigma del nuevo hombre libre capaz de romper las ataduras del viejo mundo gracias al desconocimiento de sus orígenes y de la trascendencia de sus actos. Pero no se olvide en este punto el componente psicopático de este «nuevo héroe», desconocedor del miedo, aventurero, insensible al dolor ajeno e incapaz de establecer vínculos afectivos. Tampoco debería olvidarse que la obra cumbre wagneriana describe esencialmente la historia de un fracaso, del que es víctima también el propio héroe, víctima no sólo de las fuerzas del mal sino de sí mismo como proyecto y como realidad histórica.

En otro orden, el embate de un sector de la doctrina penal contra la creencia en una cierta libertad de voluntad sobre la que se ha configurado la culpabilidad, entendida como capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a tal comprensión, no ha arrojado resultados concluyentes en el terreno de lo ontológico. El desarrollo científico no ha permitido establecer vinculaciones causales automáticas entre ciertas predisposiciones individuales y el comportamiento humano, que sólo puede explicarse de modo plurifactorial, como resultado de un conglomerado de factores genéticos y ambientales. Si por una parte pueden considerarse hoy superadas las tesis ambientalistas basadas en un radical optimismo antropológico tan en boga hasta hace poco tiempo —lo que obliga a tomar en serio la influencia de lo innato hasta el punto que incluso la intervención del dato genético no puede ser descartada<sup>22</sup>—, la identificación de tendencias innatas a la agresividad, a la impulsividad o a conductas antisociales no supone la negación de un ámbito, más o menos reducido, de capacidad de autodeterminación. La investigación genética no ha tenido como consecuencia el hallazgo de un «gen de la criminalidad» ni de elementos que puedan interpretarse como una confirmación de las tesis deterministas de LOMBROSO, lo cual no resta utilidad a la investigación científica en este terreno en la medida que pueda contribuir a mejorar el diagnóstico de las enfermedades y trastornos generadores de situaciones de inimputabilidad<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Vid. LÓPEZ MUÑOZ/ALAMO/CUENCA, «Bases neurobiológicas de la agresividad», en «Archivos de Psiquiatría», 2000, núm. 63, pp. 215-216. Vid. con mayor amplitud sobre los estudios de las bases biológicas de la agresividad humana, como muestra, ALUJA FABREGAT, A., «Personalidad desinhibida, agresividad y conducta antisocial», Barcelona, 1991, pp. 109 ss.

<sup>23</sup> Vid. en este sentido URRUELA MORA, A., «La actual discusión sobre las bases genéticas de la criminalidad», en ROMEO CASABONA (ed), «Características biológicas,



Por otra parte, se han producido intentos diversos de fundamentar materialmente la culpabilidad en el indeterminismo, tratando de superar la respuesta normativizadora al escepticismo ontológico<sup>24</sup>. Algunos de estos intentos han mostrado sus insuficiencias, como los basados en la filosofía del lenguaje<sup>25</sup>, a los que ha respondido VIVES advirtiendo que no tiene sentido tratar de demostrar aquello que todo razonamiento presupone, cual es la capacidad libre del sujeto que razona, y que la posibilidad de obrar de otro modo está anclada en lo más profundo de nuestro modo de actuar, de pensar y de hablar<sup>26</sup>. En todo caso, la fundamentación filosófica de la libertad de voluntad sigue siendo un dato en gran medida prescindible, si ésta se funda en términos de indeterminismo relativo, como corresponde a un discurso racionalista de corte no ius-naturalista. Un tal discurso no puede prescindir, al menos totalmente, del dato real del sentimiento social existente, lo que lleva a asumir que, como ha señalado QUINTERO, la sociedad sí cree en la diferencia entre culpables e inocentes<sup>27</sup>.

---

personalidad y delincuencia», Bilbao-Granada, 2003, pp. 122 ss. *Vid.* más ampliamente, del mismo autor, «Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica», Bilbao-Granada, 2004, pp. 363 ss.

Cfr. sin embargo la referencia que efectúa JAKOBS («Individuum und Person», *cit.*, pp. 247-252) a las investigaciones sobre el cerebro, que han llevado a entender el comportamiento humano como producto de procesos neuronales, y que el autor entiende que llevan a la negación de que los individuos sean libres: *vid supra* nota 19 sobre la aportación de JAKOBS y la opuesta de FREUND.

<sup>24</sup> Destacan en este sentido en la doctrina española los trabajos de CEREZO MIR, J., «Culpabilidad y pena», en «Problemas fundamentales del Derecho Penal», Madrid, 1982, pp. 179 ss., o «El delito como acción culpable», en ROMEO CASABONA (ed), «Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución», La Laguna 1997, pp. 19 ss. CEREZO ha salido al paso de posiciones contemporizadoras, como la sostenida en su día por ROXIN que admitía la culpabilidad como límite pero no como fundamento de la pena, advirtiendo que «todo lo que limita de alguna manera co-fundamenta».

*Vid.* en defensa del concepto de culpabilidad frente a las tesis preventivistas TORIO LÓPEZ, A., «El concepto individual de culpabilidad», en *ADPCP*, 1985, pp. 285 ss.

<sup>25</sup> Así SCHÜNEMANN, «La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo», en «El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales», Madrid 1991, pp. 155-156; del mismo autor, «Libertad de voluntad y culpabilidad en Derecho penal», en «Temas actuales y permanentes...», *cit.*, pp. 37 ss.

<sup>26</sup> *Vid.* VIVES ANTÓN, T. S., «Fundamentos del sistema penal», Valencia 1996, pp. 313 ss.; del mismo autor, «El principio de culpabilidad», en Libro homenaje a José Cerezo, 2002, pp. 231-232. El autor considera excesiva la duda determinista, como duda filosófica, y entiende que el Derecho penal no debe entrar en el juego del debate filosófico sino debe interesarse tan sólo por la libertad de actuar que puede probarse en el proceso penal «más allá de toda duda razonable».

Me he referido ya parcialmente a ello en «Fundamento y límites de un sistema garantista teleológicamente orientado», en *Revista de Derecho y proceso penal*, 2001.

<sup>27</sup> *Vid.* QUINTERO OLIVARES, G., «Locos y culpables», Pamplona, 1999, pp. 171 ss.

Una rica fundamentación del indeterminismo relativo puede verse en URRUELA MORA, A., «Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica», Bilbao-Granada,

### 3. Un espacio para la culpabilidad en el Derecho penal europeo

En mi opinión, no resulta necesario retomar la senda del indeterminismo clásico para reivindicar la idea de culpabilidad en su sentido fuerte, como juicio de desaprobación del hecho, integrada por un mensaje de censura y de reproche<sup>28</sup>. Naturalmente el reproche jurídico debe desvincularse del reproche ético<sup>29</sup>, aunque en cualquier caso aquél implica una censura social —la distinción no resulta muy novedosa, si observamos que CARRARA había ya trazado diferencias entre una «censura moral» y una «censura política»<sup>30</sup>—, necesaria para la afirmación del valor que la norma protege y para la simbolización colectiva del mensaje según el cual, el mal no debe ser tolerado. Con ocasión de la preparación de una ponencia que se me encargó sobre el sugerente tema «maldad y enfermedad mental» advertí la posibilidad e incluso la necesidad de tomar en consideración la idea de mal sin miedo a incurrir en moralismo ni en las visiones maniqueístas, sectarias o hiperdefensistas a las que a menudo ha ido asociada. La civilización occidental se ha asentado sobre la capacidad de identificar y aislar el mal. La mitología ha explicado el mundo como una lucha entre las fuerzas del bien y el mal, metáfora del diálogo que se desenvuelve en el interior del ser humano como pro-

---

2004, pp. 57 ss. El autor se apoya, para rechazar el determinismo, en el desarrollo de la física acaecido durante el siglo xx, con la teoría del caos y el principio de incertidumbre, así como en los avances de la neurología, aunque aceptando en última instancia la necesidad de complementar tales datos con la perspectiva normativa, con apelaciones a los representantes de la doctrina finalista, para poder fundamentar materialmente la culpabilidad como capacidad de obrar de otro modo.

<sup>28</sup> Vid ampliamente sobre las tesis deterministas e indeterministas MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)», en *ADPCP* 2000, pp. 209 ss. El autor esboza una teoría ecléctica en la que trata de conciliar «la perspectiva interna de quien conscientemente actúa en el mundo y la externa de quien se examina a sí mismo y a los demás como parte de una realidad científicamente explicable» (cfr. p. 283). Pese a apartarse de las posiciones «libertarias» o indeterministas, el autor no renuncia a la idea de responsabilidad basada en la culpabilidad y al juicio de reproche en términos cercanos a los aquí planteados, aunque precisa que el refrido juicio debe ser atenuado para evitar que entrañe un reproche absoluto; se trataría de un reproche «en términos duros», acordes a la gravedad del hecho y a la culpabilidad, que ponga de manifiesto el carácter socialmente intolerable del mismo, dirigido al autor porque el acto emana de su persona, pero sin el reproche añadido de «ser como es» (cfr. p. 282).

<sup>29</sup> Desarrolla esta idea QUINTERO OLIVARES, *ob. cit.*, p. 195. Vid. asimismo TORIO LÓPEZ (*ob. cit.*, p. 290), quien advertía que al definir la culpabilidad como reproche requiere destacar que la relación entre el autor y la acción se halla desaprobada jurídicamente, lo cual no supone una censura moral al autor por el hecho realizado.

<sup>30</sup> Vid. CARRARA, Programa..., *cit.*, p. 40.

yecto vital ambivalente, sometido a fuerzas heterogéneas e incluso contrapuestas. La evolución de la civilización supuso una lucha por humanizar el mal, por reconocer que procede del interior del sujeto y no de fuerzas diabólicas o de poderes externos a exorcizar. Pero en tiempos más recientes, concretamente con el nacimiento de las ciencias sociales, la idea de mal ha sido sustituida por la tendencia a explicar los comportamientos humanos desde las circunstancias que les envuelven, lo cual ha inducido una actitud propicia a desplazar la responsabilidad fuera del individuo<sup>31</sup>. La dogmática jurídica no ha permanecido inmune al embate de ese pensamiento, cuando debería estar en condiciones de asentarse sobre el fundamento ético que late tras el principio de dignidad humana, que reclama del Derecho un mensaje de repulsa del mal que entraña una comunicación con la víctima real o potencial del hecho injusto. Así, el mensaje comunicativo-social inherente al Derecho penal comprende una desaprobación del acto injusto dirigida al ciudadano de una sociedad libre que es tenido como libre y responsable de sus actos a no ser que el mismo se halle incurso en alguna de las causas que le impiden una adecuada conciencia de la dimensión antijurídica del hecho.

La aportación democrática al reproche social no consiste en la negación del mismo, al ser inherente al control social, sino en el levantamiento de barreras infranqueables respecto a las condiciones en que debe manifestarse. Tales límites se establecen en torno a tres exigencias: a) el reproche se hace efectivo a través del sistema de justicia penal, limitado a la misión de protección subsidiaria de bienes jurídicos; b) el objeto del reproche no es la persona llamada a responder penalmente, sino estrictamente el hecho por ésta cometido, de modo que los criterios normativos de atribución personal del hecho al sujeto operan como límites al ejercicio del poder de castigar; c) la culpabilidad, en tanto que inherente a la condición social del ser humano y a un sistema social orientado en términos de libertad, como emanación del principio constitucional de dignidad humana<sup>32</sup>, se afirma como premisa en tanto que consecuencia de la imputación del hecho antijurídico, siendo la negación de la misma lo que debe ser sometido al proceso penal, en los términos prescritos legalmente.

<sup>31</sup> Vid. AMOS OZ, «El mal tiene un olor inconfundible», en *El País*, 1-10-2005, p. 24: «El bien y el mal individuales no son privativos de ninguna religión. No tienen por qué ser términos religiosos. La decisión de causar daño o no causarlo, de hacerle frente o de hacer la vista ciega (...) es una elección con la que nos encontramos varias veces al día».

<sup>32</sup> En estos términos, vid. MORALES PRATS, «Precisiones conceptuales en torno a la culpabilidad: convenciones normativas y función individualizadora», en «El Nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje a Angel Torío, Granada 1999, pp. 178-179, desarrollando la teoría individualizadora de TORIO LÓPEZ (vid. pp. 292-294).

Se ha podido, por otra parte, plantear objeciones a la culpabilidad a partir de la orientación resocializadora de la pena consagrada constitucionalmente. Sin embargo, la idea de culpabilidad no sólo no es contraria al mandato de resocialización, sino que en cierta medida la presupone<sup>33</sup>. Reprochar no es segregar, sino que entraña un acto de comunicación, es expresión de relación social. Como ha señalado VIVES<sup>34</sup>, el reproche se halla unido a un tipo de actitud hacia los demás, una *actitud participativa*, en la que nos sentimos ligados a ellos por una serie de relaciones personales: deber, agravio, etc. Cercanos doctrinalmente a la cultura germánica, no hemos sabido sacar partido a la polisemia de la palabra *Schuld*: el delito nos hace deudores frente a los demás, de modo que la idea de culpabilidad expresa la deuda contraída ante la sociedad en cuya virtud ésta se encuentra legitimada para exigir la prestación en que consiste la pena y que expresa la responsabilidad por el hecho.

Por ello no se fundamentan adecuadamente las posiciones doctrinales que apelan a una culpabilidad sin reproche<sup>35</sup> o aquellas que rehuyen los términos «culpabilidad» y «reproche», cargados de una tradición ético-religiosa y emotivo-social y proponen sustituirlos por expresiones «laicas» o del tipo «imputación subjetiva»<sup>36</sup> o «imputación personal». Esta última, utilizada a partir de cierto momento por MIR PUIG, trataría de evitar el confusionismo respecto a la idea de imputación subjetiva, empleada normalmente para referirse a la relación «psíquica» entre el autor y su hecho, esto es, en terminología dogmática convencional, el dolo o la culpa como elementos desplazados fuera del ámbito del juicio de culpabilidad<sup>37</sup>. Con todo, el recurso a la idea

<sup>33</sup> No nos referimos aquí al posible substrato profundo de esta relación, el vínculo culpabilidad-redención, tan arraigado en la tradición cristiana y en la literatura romántica, ya que planteamos el tema en clave social y no moral.

<sup>34</sup> Vid. VIVES ANTÓN, «El principio de culpabilidad», *cit.*, p. 228: «El reproche de culpabilidad no es, pues, sino un sustituto distanciado, generalizado y vicario del inevitable resentimiento de la víctima de la ofensa». Por el contrario, una *actitud objetiva*, comporta una racionalidad instrumental, desde la que el otro no cuenta sino como objeto (VIVES, *ob. cit.*, p. 229, opone así la actitud objetiva a la participativa).

<sup>35</sup> Vid. HASSEMER, W., «Persona, mundo y responsabilidad», Valencia, 1999, p. 111.

<sup>36</sup> Se refiere a ello MORALES PRATS, *ob. cit.*, p. 176, al plantear el problema de la «fascinación lingüística» en torno a la cuestión que se debate.

<sup>37</sup> MIR PUIG abandona el uso del término «culpabilidad» para referirse a la última característica del delito a partir de la 4.<sup>a</sup> edición de su «Derecho penal - parte general», como cuida de advertir en el prólogo de la obra (XXIV-XXV, con posterior desarrollo en pp. 530-531). Argumenta la decisión apelando a la «ambigüedad» del término y a las «indeseables connotaciones moralizantes» del mismo, por lo que sólo acepta su uso en sentido amplio, como «posibilidad de imputación», y propone la expresión «imputación personal» para referirse al examen posterior a la imputación objetiva y subjetiva de las condiciones necesarias para imputar personalmente el hecho a su autor.

de imputación supone abundar en una tendencia, de signo normativizador, que ha tenido como efecto la inflación de la teoría jurídica del delito de conceptos ontológicamente vacíos, de los que precisamente es paradigma la idea de imputación que aparecería ya así en un triple sentido, culminando el proceso de reducción de ese producto jurídico-cultural a una *teoría de la imputación*, con un riesgo de debilitación del poder garantista inherente a tal refinada armadura conceptual. La disolución de la culpabilidad en imputación no convence porque prescinde del mensaje de desaprobación que debe corresponder al último eslabón de la cadena, como correlato materialmente significativo de la idea de merecimiento, con independencia de que después se vea complementado por un juicio autónomo de necesidad<sup>38</sup>.

La culpabilidad jurídico-penal es presupuesto de atribución de sentido en la relación social y de responsabilización por los propios actos. Así, toda apelación a una responsabilidad sin culpabilidad supone o una contradicción o una huida hacia una «responsabilidad débil», desnaturalizada<sup>39</sup>. La ley penal contiene muestras de que el reproche precede la pena, como la amonestación con reserva de pena del Código penal alemán, con lo que resulta chocante la inversión que se hace desde ciertos planteamientos doctrinales al propiciar una pena sin reproche, como si hubiera que tener mayores escrúpulos para reprochar a alguien haber delinquido que a la hora de mandarlo a la cárcel. La culpabilidad entendida como reprochabilidad arranca de la concepción del delito como fenómeno social protagonizado por personas, por lo que la imputación penal, como ha señalado MELENDO, debe atender, más que a la relación entre el sujeto y la norma, a puntos de vista intersubjetivos<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> El énfasis en el discurso de la imputación no puede considerarse nuevo. Ya VON LISZT (*vid. ob. cit.*, p. 389) se había referido a la imputación (*Zurechenbarkeit*) del acto como segundo elemento de la imputación contenida en el juicio de culpabilidad, detrás de la imputabilidad (*Zurechnungsfähigkeit*) del autor, concepto en el que incluía el conocimiento de la significación antisocial de la conducta, en términos de determinabilidad por la normas de la conducta social, lo cual permite fijar las dos especies de culpabilidad, la dolosa y la culposa.

<sup>39</sup> Se refiere a una desnaturalización de la culpabilidad DONNA, E. A. («La culpabilidad y la prevención como conceptos antagónicos», en «Teorías actuales en el Derecho penal», Buenos Aires, 1998, p. 272), crítico con las posiciones que reducen la culpabilidad a prevención.

<sup>40</sup> *Vid.* MELENDO PARDOS, M., «El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad», Granada 2002, pp. 609-612. El autor, tras un detallado examen de los orígenes de las teorías normativas de la culpabilidad, emprende una reconstrucción normativa de este concepto, en la que erige la idea de exigibilidad en núcleo de la reprochabilidad, en la línea del sector doctrinal que viene defendiendo el contenido material desvalorativo propio de la culpabilidad, en una concepción individualizadora de esta categoría dogmática.

La asociación entre culpabilidad y responsabilización se percibe con mayor claridad si se observa el sistema de justicia penal con la perspectiva que ofrece la ejecución. El discurso dogmático ha tendido en exceso a desarrollarse de espaldas a la realidad, dejando que ésta se muestre en todo su esplendor y en toda su crudeza en la fase de cumplimiento de la pena. Una rápida ojeada al sistema penitenciario, erigido sobre la base del tratamiento resocializador, permite concluir con facilidad que la asunción de la responsabilidad por el hecho es uno de los objetivos fundamentales de todo proceso de normalización psico-social. Las ciencias de la conducta manejan como piezas de este proceso el tránsito de un esquema cognitivo de atribución externa a uno de atribución interna<sup>41</sup>. Así como el proceso educativo convencional tiende a desarrollar aprendizajes de responsabilización por los propios actos, y se aprecian los efectos positivos del desarrollo de sentimientos de culpa para la prevención de comportamientos antisociales<sup>42</sup>, un proceso reeducador encaminado a la reinserción social (art. 25 CE) tiende a potenciar en el condenado todo el repertorio de habilidades que mejoren su competencia en la relación social. Ahí donde el condenado tiende a instalarse en una visión de las cosas que le convierte en víctima de los otros o del sistema, el tratamiento penitenciario resocializador procura una reestructuración cognitiva que le ayude a asumir su responsabilidad por el hecho cometido y por las consecuencias derivadas del mismo y así le ayude a afrontar en mejores condiciones el objetivo de ser capaz en el futuro de «llevar una vida sin delitos» (art. 59 LOGP). Que ello en la práctica tropiece con dificultades no es un argumento válido para orientar el discurso dogmático y político-criminal en otro sentido, sino para mejorar los instrumentos y los procesos en aras a facilitar el proceso de responsabilización.

Si se observa desde esta perspectiva el sistema de justicia penal, apenas se perciben las ventajas de una renuncia a la idea de culpabilidad y sí en cambio pueden adivinarse las amenazas de un discurso disolvente de tal sólido referente cultural, en torno al cual resulta más fácil imaginar que el sistema de justicia penal pueda transmitir, con la capacidad comunicativa propia de su aparato sim-

<sup>41</sup> La atribución, en sentido psicológico, es definida como «la relación que establecemos entre un hecho y una causa» y la cognición puede establecerse según un *locus de control* interno o externo. *Vid.* GUDJONSSON, G. H., «Feelings of Guilt and Reparation for Criminal Acts», en «Remorse and Reparation», 1998, p. 83 ss.

La atribución adecuada es una condición de un buen aprendizaje emocional y, en consecuencia, de la salud mental. *Vid.* SALMURRI, F., «La libertad emocional», Barcelona 2004, pp. 100-101.

<sup>42</sup> *Vid.* Por ejemplo, GARRIDO GENOVÉS, «Los hijos tiranos. El Síndrome del Emperador», Barcelona 2005, pp. 144-147.

bólico, un mensaje preventivo a la sociedad respecto a los bienes jurídicos que deben ser respetados. Flaquean así los intentos de oponer culpabilidad no sólo a prevención especial sino incluso a la idea de prevención<sup>43</sup>.

Los intentos de conjugar las ideas de censura y reinserción social han tenido un importante seguimiento en la literatura anglosajona. VON HIRSCH considera como elemento central de la institución de la pena la desaprobación, la formulación de un reproche referido a un determinado comportamiento. Con la imposición de un mal al culpable, se expresa un reproche contra esta persona. El citado autor entiende que existen funciones morales positivas que aporta tal concepción. Así, respecto a la víctima, el reproche sirve para expresarle que fue dañada injustamente a través de un comportamiento ajeno culpable, lo cual va más allá que una mera expresión de condolencia, que sería lo adecuado socialmente ante un daño producido por una catástrofe natural. También el reproche representa una comunicación moral con el autor, al que se trata como persona moralmente capaz<sup>44</sup> que opera en una dimensión externa, como invitación a reflexionar acerca de su comportamiento. Finalmente, el reproche expresado en la pena implica un mensaje dirigido a los miembros de la comunidad estatal, por el que se trata de determinar su comportamiento futuro<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> Sobre la inconsistencia de las posiciones deterministas que presentan la idea de culpabilidad asociada de modo automático a la retribución, *vid.* SANZ MORÁN, A., «Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena», en Libro homenaje a Cerezo, Madrid, 2002, pp. 152 y 156-158, a partir de la posición de Alf Ross favorable a la absoluta compatibilidad entre la fundamentación de la pena en la culpabilidad y la atribución a la misma de finalidades utilitarias. El autor destaca la correspondencia entre culpabilidad y prevención general positiva y la complementariedad entre el juicio sobre pena merecida (fundado en la culpabilidad) y pena necesaria, en que afloran las exigencias de prevención especial.

<sup>44</sup> Ahí establece VON HIRSCH una delimitación entre la pena fundada en el reproche y una sanción neutral que no exprese desaprobación, pues ésta supondría tratar al autor o posibles autores «como animales de circo, como criaturas que deben ser enjauladas, intimidadas o amaestradas»: *vid.* «Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena», en ARROYO/NEUMANN/NIETO, «Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo», Cuenca 2003, p. 134; o, en el mismo sentido, en «Censurar y castigar» (trad. E. Larrauri), Madrid, 1998, p. 37.

<sup>45</sup> VON HIRSCH desvincula esta dimensión de la teoría preventivo-integradora, al advertir que este mensaje no debe ser entendido en términos de mero estímulo a la obediencia del derecho, por contener un juicio ético-social que afecta a la sustancia del injusto realizado por la conducta ilícita (*vid.* «Retribución y prevención», *cit.*, pp. 134-135). Con ello trata de mantenerse en un ámbito más cercano a las doctrinas retribucionistas, de las que en cualquier caso las teorías de la prevención general integradora entiendo que no se encuentran muy lejanas. Con todo, un elemento diferencial entre uno y otro enfoque radica en que el «mensaje pacificador» dirigido a la comunidad no aparece aquí como contenido fundamental de la pena.

Esta clase de concepciones ha encontrado versiones más radicales, como la de DUFF, según la cual la pena trata no sólo de comunicar censura sino también de persuadir a los ofensores para que lleguen a un arrepentimiento, reforma y reconciliación<sup>46</sup>. El autor traza con ello un puente entre el paradigma de la justicia retributiva y el de la justicia reparadora, planteadas ordinariamente como términos opuestos, y viene a sostener el carácter aflictivo y por consiguiente punitivo de la mediación, que debe disculparse ante la víctima de modo moralmente gravoso (*burdensome*) que le induce arrepentimiento<sup>47</sup>. Asimismo, desde tesis retribucionistas de este tipo se ha tratado de justificar el mal infligido al infractor en la conciencia (virtuosa) del ciudadano medio que se sentiría tan culpable en caso de haber cometido el delito que se dispone a tratar al infractor como aceptaría ser tratado él mismo<sup>48</sup>. Por esta vía se plantearía la exigencia de que la víctima pueda percibir el sufrimiento del condenado como algo humanamente comparable al sufrimiento padecido por la misma.

Tales posiciones han recibido firmes objeciones. Se ha esgrimido que estas concepciones radicalmente retributivistas dejarían ayuna de fundamento la reacción penal frente a los delincuentes ya arrepentidos o que al promover elementos emocionales llevarían a asumir el riesgo de un exceso de irracionalidad, alentando instintos brutales y vengativos. Tales críticas, aunque han sido en cierta medida contestadas<sup>49</sup> y pese a que no pueden hacernos perder de vista las dificultades de una pacificación a través de la racionalidad que prescindiera por completo de lo emocional, suponen un serio escollo

---

<sup>46</sup> Vid. DUFF, R. A., «Punishment, communication and community», Oxford, 2001, Introducción xviii-xix y pp. 30 y 107 ss., refiriéndose a las «tres erres» (*repentance, reform and reconciliation*) de la pena. Explícitamente se desmarca DUFF de las doctrinas «consecuencialistas» (en literatura anglosajona, equivalente de las doctrinas preventivas de origen alemán que maneja la doctrina española), al aclarar que la relación entre la pena y la consecuencia que con la misma se persigue de persuadir al ofensor para que se arrepienta no es instrumental sino interna. También se desmarca de modo explícito del enfoque moderado de VON HIRSCH, al destacar la dimensión interna del mensaje comunicativo inherente al reproche (*vid.* p. 30).

<sup>47</sup> Vid. DUFF, «Punishment...», *cit.*, pp. 96-97.

<sup>48</sup> Así se refiere MOORE, M. S., al «merecimiento culpable del sufrimiento»: *vid.* «The Moral Worth of Retribution», en SCHOEMAN, «Responsibility and the Emotions», Cambridge 1987, pp. 179 ss. *Vid.* una versión resumida con el mismo título en VON HIRSCH /ASHWORTH, «Principled Sentencing», Oxford, 1998, pp. 150 ss.

<sup>49</sup> Respecto a la primera, responde DUFF que la reconciliación con la propia conciencia, con Dios o con la víctima no priva al infractor de su deber de soportar la pena, pues aquella no elimina la necesidad de reconciliación con la comunidad política cuyo Derecho ha violado (*vid.* «Punishment...», *cit.*, p. 119). En lo que atañe a la segunda crítica, DUFF responde con menor contundencia, aceptando en parte la seriedad de la misma (*vid.* pp. 177-178). *Vid.* más sobre la relación entre culpabilidad y víctima, DUFF, «Subjectivism, objectivism and Attempts», en SIMESTER/SMITH (ed.), «Harm and culpability», Oxford, 1996, pp. 36-39.



para aquellas doctrinas. También han recibido una respuesta crítica las tesis que han especulado con la idea de vergüenza (*shame*) hasta el punto de defender la validez de una tecnología punitiva que combine la vergüenza con la reintegración (*reintegration with shaming*). BRAITHWAITE entiende la acción de «avergonzamiento» como todo proceso social que expresa desaprobación con la intención o el efecto de inducir remordimiento en el infractor y opone esta forma de respuesta penal a aquella otra en la que la vergüenza aparece asociada a la estigmatización, de carácter «desintegrador» y de efectos criminógenos al favorecer la generación de subculturas criminales en torno a los sujetos estigmatizados<sup>50</sup>. Ciertamente no resulta fácil la estructuración de la reflexión en torno a los campos semánticos delimitados en torno a conceptos, cercanos entre sí, como vergüenza, culpa o remordimiento, pero en todo caso la idea de «avergonzamiento» como proceso de la comunidad sobre el individuo tiene unas resonancias autoritarias de las que cuesta demasiado desprenderse<sup>51</sup>. Distinto es el caso de la idea de remordimiento, de la que se ha reclamado su valor y función ética al formar parte de las respuestas que la sociedad, subrogada en la posición de la víctima, espera de aquellos que han cometido una ofensa<sup>52</sup>. No obstante, con ello nos adentramos en un terreno en el que se hace imprescindible establecer dos órdenes de distinciones, de los que vamos a ocuparnos a continuación.

Del mismo modo que la confrontación con la ética y en general con la filosofía ha llevado a la doctrina penal a trazar una distinción entre culpabilidad moral y culpabilidad jurídica, un diálogo prudente con la psicología debe permitir el delicado deslinde entre esta categoría dogmática y el sentimiento de culpa. Esta delimitación, hecha *cum grano salis*, debe partir del reconocimiento de la difícil desacralización de la culpabilidad, de la íntima conexión entre el referido sentimiento y la transgresión de la norma y el reproche social que ésta suscita<sup>53</sup> y, sobre todo ello, del conocimiento de las frecuentes

---

<sup>50</sup> Vid. BRAITHWAITE, «Crime, shame and reintegration», Cambridge, 1989, pp. 100-102.

<sup>51</sup> Crítico con la idea de avergonzamiento VON HIRSCH en «Censurar y castigar», *cit.*, p. 118.

<sup>52</sup> Vid. THOMAS, A., «Remorse and reparation - A Philosophical Analysis», en «Remorse and reparation» *cit.*, p. 133.

<sup>53</sup> CASTILLA DEL PINO («El mito de la conciencia culpable», en «Hombre, cultura, sociedad», Barcelona, 2002, p. 65) ha caracterizado el sentimiento de culpa en torno a la preocupación que la mala conciencia supone respecto a los efectos de la acción culpable, preocupación que se centra en la depreciación de la imagen de sí (*self*) que puede llevarse a cabo a partir de la referencia que supone el juicio de los demás, el temor al bloqueo y al ostracismo, que pese a no ser una reacción formal del sistema penal sigue operando de forma tácita.

vías de evasión que evitan al sujeto experimentar la aflicción y la ansiedad de la culpa por lo hecho, las racionalizaciones, los mecanismos de neutralización y, como medios especialmente poderosos, las subculturas y los procesos de asociación diferencial que ofrecen un blindaje tan eficaz frente a la conciencia del mal causado y las consecuencias personales de la ruptura social. La culpabilidad, en su dimensión interna, sólo puede ser en su caso ofrecida, estimulada e inducida, pues requiere una respuesta del sujeto. Pero la medida de la pena no puede depender de la susceptibilidad individual ante la vivencia de la culpa ni en términos generales puede atender al remordimiento o al arrepentimiento del sujeto responsable. Al menos ello difícilmente puede acometerse en el seno del proceso penal convencional y con las reglas del juego propias de éste, como ha revelado la supresión de la circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo por parte del CP 1995. Por ello resulta válido, en el sentido que posteriormente se indicará, un enfoque dualista que distinga los supuestos en los que la culpabilidad se impone de aquellos otros en los que la culpabilidad se asume, en los términos propios de la justicia reparadora. Otra cosa será la adecuación del tratamiento penitenciario a las características y a la idiosincrasia y situación del sujeto, de acuerdo con el principio de individualización dominante en la ejecución.

Cabe preguntarse todavía si un democrático Derecho penal del hecho no debería limitarse escrupulosamente a la censura del hecho. Tal objeción no convence, si se repara en que censurar a su agente supone tomar en serio el delito<sup>54</sup>, y en consecuencia, tomar en serio a la víctima y tomar en serio al infractor. La dimensión subjetiva del reproche tiene una connotación garantista, pues no se responde sólo por el hecho injusto sino por merecerlo subjetivamente<sup>55</sup>. Ello es así

---

<sup>54</sup> Así DUFF, *ob. cit.*, p. 29. Por otra parte, por esta vía encuentra un fundamento la vinculación entre reproche y proporcionalidad de la pena en la concepción de VON HIRSCH, «Censurar y castigar», *cit.*, p. 42.

<sup>55</sup> No está de más recordar que la llamada a tomar en serio el reproche, vinculada a un entendimiento del mismo en clave garantista-limitadora se encuentra significativamente en los orígenes de la concepción normativa de la culpabilidad y del juicio de exigibilidad. *Vid.* FREUDENTHAL, B., «Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal» (Trad. Guzmán Dalbora, J. L.), Montevideo/Buenos Aires, 2003, p. 99. Freudenthal establece una vinculación «débil» entre el reproche jurídico y el reproche ético, en un sentido limitador, de modo que no puede ser objeto de reproche jurídico lo que no merece reproche ético, aunque esta clase de reproche podría en la actualidad entenderse en términos de reproche social desposeído de connotaciones morales. Son reveladores los ejemplos utilizados, extraídos de veredictos absolutorios en los que el hecho no se juzgaba como reprochable según la conciencia social.

en la medida que el reproche se funda en una culpabilidad tras la antijuridicidad articulada en torno a la afección del bien jurídico. Con el reconocimiento de la dimensión positiva de la culpabilidad expresada en el reproche se hacen visibles las dos caras de la misma moneda: hay exigibilidad porque hay supuestos y situaciones de no exigibilidad y viceversa<sup>56</sup>.

El reproche no es algo que podamos eliminar fácilmente del ámbito del Derecho penal, pues es inherente a la existencia de la norma, cuyo cumplimiento ofrece seguridad, protección, conciencia de pertenencia al sujeto y cuya transgresión supone apartamiento. Podemos racionalizar estos componentes de lo normativo, someterlos a límites e inducir una dinámica en el sistema que lleve hacia la reintegración del infractor, pero no cabe, sin caer en contradicción, prescindir de aquellos elementos que son consustanciales al mensaje normativo.

Por otra parte, el reproche suministra un mejor fundamento de la proporcionalidad de la pena, referente valorativo fundamental asociado a la culpabilidad, pues sugiere la necesidad de correspondencia entre las consecuencias aflictivas que es llamado a sufrir el sujeto personalmente a modo de *compensación de la culpabilidad* y la conducta injusta que es reprochable personalmente al mismo<sup>57</sup>. Por el contrario, la mera apelación a las necesidades preventivas no permite explicar suficientemente las diferencias punitivas entre ilícitos. Podrá explicarse razonablemente que se castiga en mayor medida el homicidio que el robo sin necesidad de acudir a argumentaciones de signo

---

<sup>56</sup> En otras palabras, advierte VON HIRSCH que el modelo que toma el reproche como elemento central del derecho penal contiene una función crítica, en el sentido que suministra un argumento para descriminalizar comportamientos que razonablemente no pueden ser considerados como reprochables (*vid.* «Retribución y prevención...», *cit.*, p. 135).

<sup>57</sup> Otra cosa será la forma en que pueda hacerse operativa la compensación de la culpabilidad, si tenemos en cuenta las posiciones doctrinales favorables a la admisión de formas de compensación socialmente constructiva, y no sólo destructiva, en aquellos casos en los que por parte del sujeto se haya protagonizado un *actus contrarius*, o en aquellos otros en los que haya padecido ya personalmente las consecuencias del hecho injusto. Con ello se ofrece un fundamento dogmático a los efectos atenuatorios o eximentes del comportamiento postdelictivo o de los supuestos tradicionalmente calificados como «pena natural». *Vid.* sobre la cuestión BACIGALUPO, E., «Principio de culpabilidad e individualización de la pena», en Libro homenaje a Torío López, Granada, 1999, pp. 42-45.

*Vid.* asimismo, sobre la asociación existente entre la idea de responsabilidad y la regla de justicia distributiva según la cual la respuesta al delito trata de distribuir de manera justa los costes y los sufrimientos del mismo, MOLINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 190 ss.

culpabilístico<sup>58</sup>, pero el simple preventivismo no aporta una razón suficiente contra las tentaciones de aumentos punitivos fundados en el aumento de la delincuencia o de la alarma social y no en el merecimiento derivado de la lesión o puesta en peligro culpable del bien jurídico, del mismo modo que las apelaciones a la motivabilidad no permiten explicar supuestos en los que la pena se impone pese a que ciertos individuos en quienes no concurre causa alguna de inimputabilidad tienden a sentirse muy poco motivados por el efecto disuasorio de la pena.

Nos hemos referido antes a la oportunidad de un sistema dualista en el que la ley establezca vías por las que en el interior del proceso penal pueda concederse cierta relevancia a la asunción de culpabilidad por parte del infractor<sup>59</sup>. Ello tan sólo puede hacerse según las exigencias propias de la justicia reparadora entendida como complemento del proceso penal y vinculada a éste mediante causas legales de sobreseimiento, de atenuación de la pena o, en su caso, de suspensión de la ejecución de la pena o de renuncia a la misma<sup>60</sup>. En el Código español la valoración en la sentencia de la asunción de culpabilidad en estos términos tan sólo puede hacerse a través de la atenuante de reparación (art. 21-5)<sup>61</sup>. Debe aclararse que nos estamos refiriendo a la reparación penal como algo distinto a la reparación en tanto que contenido de la responsabilidad civil derivada del delito<sup>62</sup> y que, en relación con la culpabilidad, la reparación actúa contrafacticamente, como *hecho compensatorio* de la culpabilidad que incide en la necesidad de pena<sup>63</sup>. La idea de responsabilización ocupa un lu-

---

<sup>58</sup> Ya en este sentido salió al paso de la crítica llana a las doctrinas prevencionistas GIMBERNAT ORDEIG en su célebre trabajo «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», en «Estudios de Derecho penal», Madrid, 1972. Pese a ello, algunos planteamientos favorables a la culpabilidad insisten en exceso en el argumento de que las referidas doctrinas no responden a la pregunta de por qué no castigar al inculpable. *Vid.* por ejemplo DONNA, *op. cit.*, p. 272.

<sup>59</sup> *Vid.* sobre la distinción entre imposición de culpabilidad y asunción de culpabilidad «Alternativ Entwurf Wiedergutmachung», München, 1992, p. 24.

<sup>60</sup> Así, en el parágrafo 46 a del Código Penal alemán (StGB) tras la reforma de 1994 que acoge en parte las propuestas del Proyecto Alternativo de reparación.

<sup>61</sup> Otra cosa será la valoración de la reparación en la suspensión de la ejecución o la sustitución de las penas privativas de libertad. Me he ocupado de ello en «La justicia reparadora en la ejecución penal: una respuesta al rearme punitivo?», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 1, Iustel, 2004.

<sup>62</sup> *Vid.* sobre las diferencias entre reparación penal y reparación civil, TAMARIT, «Hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?», en «Estudios de victimología», Valencia, 2005, pp. 41-42. *Vid.* en términos más generales «La reparación en el Derecho penal», Barcelona, 1994.

<sup>63</sup> Señala el Proyecto Alternativo de Reparación de 1992 como particularidad de la reparación el efecto de compensación constructiva de la culpabilidad, frente a la

gar destacado en el contenido penal de la reparación. Las prácticas propias de la *justicia reparadora* tienen como uno de sus contenidos el estímulo de la *asunción de culpabilidad*. No se nos oculta que un sistema jurídico en el que ocupa un lugar central la presunción de inocencia debe orientar sus normas procesales al escrupuloso respeto de este derecho fundamental hasta el momento en que haya recaído sentencia firme, pero ello no impide que se adopten instrumentos que favorezcan la asunción de culpabilidad del culpable (pues debe presumirse que el no culpable defenderá su inocencia) y eviten que la misma tenga que relegarse exclusivamente al momento de la ejecución. Con ello el sistema corrige el efecto secundario producido por el reconocimiento del derecho a la presunción de inocencia y a no declarar contra sí mismo, eso es, el fomento posible de la desresponsabilización, mediante el premio a la responsabilización seria y consecuente.

Por todo lo hasta aquí expuesto, entiendo que la reivindicación de la idea de culpabilidad como producto cultural asociado a un doble mensaje de responsabilización y de garantía constituye una aportación válida a la construcción de una dogmática jurídico-europea de base humanista<sup>64</sup>. En el primer sentido, porque permite resistir la tentación de la infantilización y la seducción del pensamiento débil; en el segundo, porque la afirmación de la culpabilidad es el presupuesto de la plena operatividad del sistema de causas de exclusión de la misma, aspecto en el que los sistemas jurídicos dogmáticamente más elaborados demuestran un mayor grado de refinamiento y rigor jurídico que los que relegan las causas de exculpación a la mera condición de *defences*, concebidas y aplicadas según una lógica meramente procesal y no sustantiva<sup>65</sup>. La «rudimentaria» elaboración

---

«compensación destructiva» que sería propia de la pena: *vid.* «Alternativ Entwurf...», *cit.*, p. 25.

<sup>64</sup> *Vid.* sobre la dicotomía relativa a la construcción de una Europa humanista o una Europa económica, SILVA SÁNCHEZ, «Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica», en *Revista penal*, núm. 13, 2004, p. 148.

Tiene ello algo que ver con la concepción del principio de culpabilidad como el principio esencial del derecho penal, incluso por encima del de legalidad, dado que si éste puede ser deducido de aquél no cabe proceder de modo inverso. *Vid.* sobre el argumento MOLINA FERNANDEZ, *ob. cit.*, p. 215.

En apoyo de un concepto material individualizador de la culpabilidad, advierte MELENDO PARDOS (*ob. cit.*, p. 609) que la representación de la subjetividad en las actuales sociedades occidentales es muy diferente de la que derivaría de un comunitarismo sin límites o de planteamientos individualistas.

<sup>65</sup> Es un buen ejemplo de ello la crónica de RAGUES sobre el «caso Erdemovic» ante el Tribunal de Justicia de La Haya para los crímenes de la ex Yugoslavia, que permite advertir las ventajas asociadas a una concepción de la culpabilidad propia de

conceptual del derecho anglosajón ha sido un obstáculo para la admisión de los efectos del miedo insuperable o del error de prohibición<sup>66</sup>.

Con eso no queremos justificar posiciones radicales que han llegado a defender la no extradición a los países cuyo sistema jurídico no acepte de modo pleno el imperio del principio de culpabilidad<sup>67</sup>. El diálogo entre tradiciones jurídicas divergentes debe llevar a suavizar las diferencias más que a acentuarlas a base de excepciones de cierto tono fundamentalista. Probablemente resulte más productivo emplearse en la adopción de aquellos elementos foráneos que pueden mejorar nuestra forma de dar respuesta al delito, como hemos propuesto con el favorecimiento de la asunción de culpabilidad o la articulación de la justicia reparadora con el sistema de imposición de culpabilidad, al tiempo que se elabora la aportación a la «gramática» penal basada en la tradición europea común<sup>68</sup>. En un momento en que se plasma el lenguaje valorativo común en el texto de una Constitución europea la doctrina penal debe asumir el reto de llenar de

---

los sistemas jurídicos de base dogmática, en los que, dado el alcance general de la teoría jurídica del delito, no cabe establecer excepciones a la operatividad de la eximente de miedo insuperable (u otras causas de exculpación) derivadas de la clase de delito cometido: *vid.* RAGUÉS I VALLÈS, R., «¿Debe el miedo insuperable exculpar a un soldado acusado de crímenes de lesa humanidad? Drazen Erdemovic ante el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia», en *Revista de Derecho penal y Criminología (RDPC)*, n.º 7, 2001, pp. 127 ss. *Vid.* un examen de la eximente de miedo insuperable y del fundamento de la exención basada en la inexigibilidad de conducta adecuada a la norma en VARONA GÓMEZ, D., «El miedo insuperable: ¿una eximente necesaria?», en *RDPC*, núm. 7, 2001, pp. 139 ss.

Respecto al Derecho anglosajón, *vid.* ASHWORTH, A., «Principles of Criminal Law», Oxford, 2003, pp. 204-205, quien apunta criterios de diferenciación entre las excusas y sugiere en cierto modo la idea de culpabilidad. *Vid.* sin embargo en general sobre las «defences», PIÑA ROCHEFORT, J. I., «La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del *Common Law*», Granada, 2002, pp. 112-113. Puede advertirse que las clasificaciones doctrinales de las «defences», de las que se hace eco el autor, no se articulan en torno a la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad.

<sup>66</sup> La inexistencia de un concepto dogmático de culpabilidad con alcance general para todos los delitos en el Derecho anglosajón es patente si se advierte el peso que en aquella tradición jurídica tienen aforismos como el de AUSTEN: «The weight of an excuse has to match the gravity of the offence», que llevan a negar o a limitar drásticamente la aplicabilidad de ciertas causas de exculpación, especialmente las fundadas en la idea de inexigibilidad, en los delitos más graves.

<sup>67</sup> Así lo sugiere SCHÜNEMANN, «El refinamiento...», *cit.*, p. 23.

<sup>68</sup> SILVA SÁNCHEZ se refiere a una «gramática internacional» (*ob. ult. cit.*, p. 150).

Ciertamente cuando nos referimos a la culpabilidad no nos hallamos ante una estructura conceptual neutra, pues la misma se funda en un substrato cultural transnacional, que lleva a matizar las diferencias culturales. Por otra parte, resulta sugerente la analogía planteada con la gramática, en tanto que «dogmática del lenguaje».

contenido las referencias a la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el respeto a los derechos humanos y el pluralismo que se proclaman como valores de la Unión.

Además de esta declaración, contenida en el art. I-2 del Proyecto de Constitución europea, puede tomarse en consideración el art. I-3, relativo a las finalidades de la Unión, entre las que se establece la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, con apelaciones a la promoción de los valores y al «patrimonio cultural europeo». Por otra parte, la Carta de derechos fundamentales, que figura como parte segunda del Proyecto, alude en su Preámbulo a los derechos fundamentales y a los valores comunes y afirma que la Unión sitúa a la persona en el centro de su actuación. Ello ofrece una base suficiente, especialmente si se atiende a los antecedentes que supone la jurisprudencia constitucional alemana, española o italiana, para el desarrollo del principio de culpabilidad y su proyección material en la construcción del concepto de delito, pese a que no se encuentre reconocido expresamente entre los principios penales de la Constitución<sup>69</sup>, y a la defensa del referido principio como «carta magna del ciudadano»<sup>70</sup>.

## 4. Nuevas fronteras de la culpabilidad

Las conclusiones de lo hasta aquí tratado vamos a someterlas a prueba a continuación en un ámbito más particular, en relación con algunas de las cuestiones de mayor problemática que permiten detectar la evolución de la culpabilidad.

### 4.1. *Expansión de la inimputabilidad*

Las situaciones que pueden adscribirse al ámbito de la inimputabilidad tienden a aumentar con la evolución de las sociedades postmodernas. Ello tiene que ver no sólo con el desarrollo del conocimiento científico sino con el incremento de la problemática psiquiátrica en las mismas. Una sociedad más dinámica, que crea más oportunidades, genera también más ocasiones de frustración de ex-

---

<sup>69</sup> Los artículos II-49 y 50 recogen algunos contenidos de los principios de legalidad, proporcionalidad y «non bis in idem».

*Vid.* por otra parte, los artículos III-158 y 172, en relación con la aproximación de las leyes penales y la adopción de leyes marco europeas en materia penal, respectivamente.

<sup>70</sup> La expresión es de SCHÜNEMANN, «El refinamiento...», *cit.*, p. 23.

pectativas y de desestabilización personal. Una sociedad que tiende a situar el bienestar y el éxito como objetivos del desarrollo individual y crea mecanismos de asociación de tales objetivos con algo más que con la satisfacción de las necesidades materiales y educativas inherentes a la dignidad humana y a las exigencias de un sistema democrático, da lugar a que la salud sea definida como estado de bienestar físico y psíquico<sup>71</sup>, lo que nos convierte a todos en potenciales enfermos mentales en la medida que no nos sentimos bañados por la pátina de la felicidad prometida<sup>72</sup>. No debería olvidarse, por último, el impulso corporativo de la medicina y de nuevas profesiones por ocupar nuevos espacios de poder a través de la atracción al ámbito de lo científico de problemas que en otros tiempos encontraban mejor acomodo en el ámbito del debate humanístico.

La tendencia descrita tiene algo de paradójico, dada la reducción del impacto de las psicopatologías clásicas en la imputabilidad como consecuencia del progreso de la farmacología, lo que lleva a que puedan valorarse jurisprudencialmente como merecedores de una eximente incompleta supuestos que en otros tiempos hubieran sin duda merecido la plena exención, por ejemplo las actuaciones de un psicótico en un período en que se encuentra compensado.

Frente a los riesgos de la tendencia expansiva aquí indicada resultan oportunas las llamadas a una actitud de contención frente al riesgo de una extensión imparable del «fantasma errante» de la inimputabilidad<sup>73</sup>. Entre ellas cabe destacar la propuesta de QUINTERO de reducir la exención de responsabilidad criminal a los sujetos incapaces de comprender el sentido del proceso, dejando que la individualización del tratamiento penitenciario permita atender a los penados en atención a sus características personales, entre las que deberán considerarse también las patologías mentales<sup>74</sup>. En cualquier caso, la realidad parece adelantarse ya en parte a esta clase de propuestas restrictivas al mostrar una importante problemática psiquiátrica en los centros penitenciarios que no se corresponde con la vocación extensiva de la eximente de anomalía o alteración psíquica

<sup>71</sup> Así la hizo la OMS en 1978.

<sup>72</sup> Vid. BRUCKNER, P., «La euforia perpetua - Sobre el deber de ser feliz», Barcelona, 2001, pp. 60- 64, a propósito de la obsesión por la salud y la identificación de ésta con la felicidad. El paso que nuestras sociedades han dado con ello supone un radical alejamiento del espíritu del cristianismo, en que «el sufrimiento constituye la norma y la salud es casi una anomalía» (vid. p. 34).

<sup>73</sup> Se sirve de esta expresión, atribuida a FRANK, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, J., en «La imputabilidad en el Derecho penal español: Imputabilidad y locura en la España del siglo XIX», Granada, 1994, p. 5.

<sup>74</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, «Locos y culpables», *cit.*, p. 161.



en la versión del art. 20-1 CP 1995, aunque, lamentablemente, no puede decirse que exista en la práctica una política penitenciaria suficientemente diferenciadora, como revela la escasez de centros psiquiátricos penitenciarios o de programas dirigidos a presos afectados por ciertos trastornos.

El CP 1995 ha respondido con desigual fortuna a las nuevas situaciones generadas en los umbrales de la imputabilidad. Por una parte, existe satisfacción en amplios sectores doctrinales por el carácter abierto de la fórmula legal referida a la anomalía o alteración psíquica —pese a haber sido denostada por algunos penalistas y psiquiatras<sup>75</sup>— por su amplitud y adaptabilidad a la evolución científica<sup>76</sup>. El juicio favorable a la nueva fórmula alcanza a la introducción de un concepto general de imputabilidad (capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión), con el que cabe «cerrar» normativamente el amplio espacio abierto por la referencia a la anomalía o alteración psíquica como presupuesto biopsicológico<sup>77</sup>. La evolución de la psiquiatría, así como la de la dogmática jurídico-penal, proporciona buenas razones a favor de fórmulas legales, como la plasmada en el Código español, abiertas al diálogo entre el Derecho y las ciencias de la conducta y en las que se condiciona la decisión definitiva a un criterio de carácter normativo. Téngase en cuenta la profundidad de las revisiones de las clasificaciones de los síndromes psicopatológicos y cómo los criterios de diagnóstico contenidos en los manuales de referencia no son en absoluto ajenos a cierta normativización<sup>78</sup>. Las dosis de relatividad

---

<sup>75</sup> Vid. como muestra, entre los primeros, GIMBERNAT ORDEIG, E., Prólogo a la 4.<sup>a</sup> ed. del Código Penal ed. Tecnos, Madrid, 1998, p. 24, quien ve en la fórmula plasmada en el CP 1995 un intento de resucitar la doctrina del libre albedrío.

<sup>76</sup> Vid. IGLESIAS RÍO, M. A., «La eximente de anomalía o alteración psíquica (art. 20-1). Una problemática abierta hacia el futuro científico», en *ADPCP*, 2003, v. LVI, pp. 162-165.

Vid. asimismo sobre las consecuencias de la fórmula legal de la anomalía o alteración psíquica URRUELA MORA, «Imputabilidad...», *cit.*, pp. 216-218.

<sup>77</sup> Así, MORALES PRATS, F. (*vid.* QUINTERO OLIVARES, dir., «Comentarios al Nuevo Código Penal», Pamplona, 2001, pp. 141-143), quien advierte en el concepto normativo de culpabilidad un adecuado elemento de compensación del carácter de «numerus apertus» del concepto «anomalía o alteración psíquica», a los efectos de una integración del saber psiquiátrico y psicológico en el Derecho penal.

Vid. en esta dirección BLANCO LOZANO, «La imputabilidad», 2005 (versión electrónica VLex), quien formula un concepto a partir del art. 20-1 CPE: la imputabilidad sería «aquella doble capacidad del sujeto para, por un lado, comprender la ilicitud del hecho determinada por la norma, y por otro, actuar conforme a dicha comprensión; si falta una u otra, estaremos ante un sujeto inimputable».

<sup>78</sup> El ejemplo más significativo es el DSM, en su 4.<sup>a</sup> edición de 1994, elaborado por la Asociación Psiquiátrica Americana, que revisa en gran medida muchos de los tras-

inevitables en tales ámbitos científicos, combinadas con la «relativa certeza» que trata de aportar una dogmática penal más elaborada que la de otros tiempos, invitan a una actitud de diálogo constructivo en la que se evite tanto una decimonónica suspicacia hacia «lo científico» (no olvidemos que la introducción de los médicos forenses en el proceso penal fue en el siglo XIX una «victoria de la razón») como una actitud acomplejada frente a la prepotencia en que puedan incurrir ciertos representantes del «poder médico».

Todavía con un mayor grado de aceptación la doctrina ha acogido el específico tratamiento de la diversa problemática asociada al consumo abusivo de drogas<sup>79</sup>. El desarrollo de una sociedad consumista genera una multiplicidad de hábitos de consumo y así aparecen nuevas realidades en el área toxicológica, como las politoxicomanías, las drogas sintéticas de efectos en parte todavía desconocidos, o el abuso del alcohol entre los adolescentes y jóvenes<sup>80</sup>.

Por otra parte, el contacto entre culturas otrora distantes y lejanas genera nuevas desigualdades, no sólo económicas. Las diferencias son a menudo profundas en lo cultural y por ello tienen gran capacidad de penetración en el terreno jurídico penal. La falta de asunción del contenido material de las normas penales y de los bienes jurídicos subyacentes a las mismas genera ocasiones de delinquir y, en lo que atañe al ámbito de lo normativo, nuevos desafíos para la valoración de determinadas conductas. Las mutilaciones genitales, definidas como supuesto asimilado a la mutilación de órgano principal mediante la LO 9/2003 que ha introducido un segundo apartado en el art. 149 del Código penal español, pueden ser cometidas por perso-

---

tornos y establece pautas con altos índices de relatividad en orden a diagnosticarlos. Adviértase asimismo las reticencias habitualmente planteadas en sectores de la psiquiatría hacia las dificultades de operar con tipologías tales como el «estrés post-traumático» o los trastornos de la personalidad, amén de la distancia cultural que lleva a relativizar la operatividad de criterios elaborados en otro continente.

<sup>79</sup> *Vid.* en general sobre la problemática relativa a la aplicación de la eximente del art. 20-2 CP a los supuestos de intoxicación plena y al síndrome de abstinencia, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «La imputabilidad del consumidor de drogas», Valencia, 2000, «passim»; *vid.* en particular pp. 159 ss. y 165 ss. *Vid.* con referencias al Derecho comparado TAMARIT, «Drogas y Derecho penal», en «Drogodependencia y Derecho», CGPJ, Madrid, 2003, pp. 177-179.

<sup>80</sup> Son llamativos los estudios cuantitativos que reflejan que más de una tercera parte de delitos sentenciados por los Tribunales españoles tiene alguna relación con el consumo de drogas (incluidos los supuestos de conducción bajo el efecto del alcohol): *Vid.* MUÑOZ/GARRIDO/GARCÍA, «Las drogas en la delincuencia y su tratamiento por la Administración de Justicia», en *Boletín Criminológico*, 2002, núm. 61, pp. 2-3 y núm. 62, p. 4. *Vid.* con mayor detalle MUÑOZ SÁNCHEZ/DÍEZ RIPOLLÉS (dir), «Las drogas en la delincuencia», Valencia, 2004, «passim».

nas que no han tenido contacto con la cultura de adopción que les permita la asimilación cultural, lo que da lugar a una exención de «aislamiento cultural» que se desenvuelve en una zona fronteriza entre la inimputabilidad y la inexigibilidad de conducta adecuada a la norma y que en el Código español, a falta de una solución legal específica, puede encontrar respuesta a través de la eximente de alteración en la percepción (art. 20-3)<sup>81</sup>. La propuesta de esta solución debe ser hecha, por supuesto, con un alcance limitado a aquellos casos en que concurren con claridad sus presupuestos, con la advertencia de evitar un relativismo cultural exacerbado y disolvente de valores que más que europeos son universales, al menos si nos atenemos a los textos de Derecho internacional, y de tener presente la aplicabilidad de las medidas de seguridad previstas legalmente<sup>82</sup>.

#### 4.2. *El «caso diabólico» de las psicopatías*

Los trastornos antisociales de la personalidad constituyen el mayor problema práctico con el que se enfrenta la política criminal en relación con la culpabilidad. La conciliación entre las demandas de intervención surgidas de la sociedad y la elaboración conceptual de la doctrina penal no resulta fácil. Veamos cuáles son las antinomias a las que debe hacer frente una política criminal que trate de conjugar la racionalidad jurídico-garantista con la funcional. Se aduce como

---

<sup>81</sup> He defendido esta posición en «Libertad de conciencia y responsabilidad penal: relevancia de los motivos de conciencia en la valoración de la antijuridicidad y la culpabilidad», en *Laicidad y libertades*, n.º 1, 2001, pp. 397-398, frente a las propuestas centradas en la aplicación de las reglas del error de prohibición, mediante una lectura en clave cultural de la alteración de la percepción, siempre que no se trate de supuestos de error de prohibición, a resolver por esta vía, o de puro conflicto de conciencia, que no pueden tener efectos eximentes.

La trascendencia de esta cuestión en el ámbito latinoamericano ha favorecido que algunos Ordenamientos se hayan dotado de vías legales específicas para establecer la exención o atenuación de la pena, como el Código penal peruano, cuyo art. 15, en términos propios de una causa de inimputabilidad, reza: «El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando, por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena». Vid. sobre ello ARMAZA GALDÓS, J., «El condicionamiento cultural en el Derecho Penal peruano», en Libro Homenaje a Cerezo Mir, *cit.*, pp. 543 ss. Otros autores latinoamericanos se adscriben a las tesis que explican el error de comprensión culturalmente condicionado como forma de error de prohibición: así, BASÍLICO, R., «La comprensión de la norma como garantía en el sistema penal (la cuestión de la diversidad cultural en el Derecho penal latinoamericano de hoy)», en «Libro homenaje a Cerezo Mir», *cit.*, p. 589.

<sup>82</sup> Vid. art. 103 CP.

argumento contra la declaración de inimputabilidad del psicópata la inexistencia de tratamiento de este trastorno, mientras por otra parte se argumenta que ello no es razón para afirmar su responsabilidad penal, por constituir un criterio totalmente exógeno al de la propia inimputabilidad del sujeto<sup>83</sup>. Esta respuesta puede ser coherente con las bases materiales de la culpabilidad, pues ahí donde existen firmes dudas sobre la capacidad de actuar de otro modo de ciertos sujetos con graves trastornos de personalidad forzoso es reconocer que la inimputabilidad de los mismos debe considerarse seriamente afectada. Pero por esta senda nos encaminamos, en la medida que sea cierta la dificultad del tratamiento, hacia la necesidad de aceptar la posibilidad de intervenciones penales postdelictuales de contenidos preferentemente aseguradores y no terapéuticos frente a los inimputables, con todas las cautelas que en términos de garantías haya que establecer.

La doctrina dominante ha tendido, tras la aprobación del CP 1995, a aceptar la aplicabilidad de la eximente de anomalía o alteración psíquica del art. 20-1 a los supuestos de psicopatía. Tal es, por ejemplo, la posición de LEAL MEDINA, según el cual hay un fundamento suficiente para afirmar que se trata de sujetos inimputables, pues concurre en los mismos una reducción del libre albedrío y una incapacidad de motivación por la norma, con una necesidad de intervención a través de medidas de seguridad, en forma de vigilancia (policial, tecnológica) o internamientos<sup>84</sup>. Otros autores han advertido las dificultades para conceder una plena exención de responsabilidad, dado que nos enfrentamos ante trastornos de la personalidad que pueden presentar manifestaciones muy diversas según los individuos y en las que con frecuencia se aprecian cuadros con una sin-

<sup>83</sup> Vid. URRUELA MORA, «Imputabilidad...», *cit.*, p. 324.

<sup>84</sup> Vid. LEAL MEDINA, J., «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», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 10, 2003, pp. 157 ss.

Acepta la posibilidad de considerar las psicopatías o sociopatías graves como supuestos de «anomalía o alteración mental» del art. 20-1 CP, MORALES PRATS, *ob. ult. cit.*, p. 144.

Vid. MATEO AYALA, E. J., «La inimputabilidad del enfermo psíquico: el estudio de la eximente de anomalía o alteración psíquica en el Código Penal español», Madrid, 2003, pp. 321 ss, quien considera que las personalidades psicopáticas no han gozado de la atención necesaria por parte de la jurisprudencia como causa de exención de responsabilidad criminal, advirtiendo que la apreciación de la causa eximente del art. 20-1 CP no exige que se vean necesariamente afectadas tanto la capacidad intelectual como la volitiva, cuando la patología incide en otras capacidades, como las de carácter afectivo.

tomatología muy compleja y variada, en la que el psicópata suele disponer de amplia capacidad de autocontrol<sup>85</sup>.

Frente a las dificultades de categorización de esta clase de trastornos, de grave relevancia criminológica, no resulta aceptable la postura que se ha impuesto a menudo en la jurisprudencia a optar por una solución de tipo salomónico que se revela como la peor de las posibles: se adopta el castigo convencional pero atenuado, precisamente en aquellos casos en que resulta más preciso el fortalecimiento del control y en buena medida el acometimiento del mismo de un modo distinto al previsto para otros supuestos<sup>86</sup>. La aplicación de la atenuante analógica no es en absoluto una solución adecuada en los casos de psicopatía. La cuestión puede resolverse en el seno de la circunstancia eximente del art. 20-1, con especial consideración del elemento volitivo, relativo a la «capacidad de actuar conforme a la comprensión», lo cual puede propiciar en muchas ocasiones el recurso a la versión incompleta prevista en el art. 21-1. Esta última posibilidad, al margen de que desde un sector doctrinal se haya fustigado con dureza el «engendro conceptual» de la semiimputabilidad<sup>87</sup>, aceptada inicialmente por la jurisprudencia en casos excepcionales<sup>88</sup>, ha ido ganando cierto terreno<sup>89</sup> y permite una respuesta apro-

---

<sup>85</sup> Vid. IGLESIAS RÍO, *ob. cit.*, p. 167.

<sup>86</sup> Vid., como ejemplos de aplicación de la atenuante analógica a supuestos de psicopatía, STS de 24 de noviembre de 1997 (RJ Ar 1997/8357) o STS de 16 de noviembre de 1999 (RJ Ar 1999/8940).

<sup>87</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, «Locos y culpables», *cit.*, p. 158. La idea se halla más extendida en Alemania, cuyo Código no contiene la vía de la exención incompleta. Vid. ARMIN KAUFMANN (*Festschrift für E. Schmidt*, pp. 319 ss.): «o se puede saltar sobre un foso de determinada anchura o no se puede; *tertium non datur*», lo que reproduce y asume JAKOBS, «Derecho Penal PG», *cit.*, p.599.

Otros autores mantienen la concepción favorable al carácter graduable de la imputabilidad: *vid.*, como muestra, BLANCO LOZANO, *ob. loc. cit.*: «La barrera entre imputabilidad e inimputabilidad no es estática, sino que es elástica y difusa, con zonas intermedias, integradas por capacidades parcialmente viciadas o anuladas». Sobre esta base, el autor asume la posición jurisprudencial en la respuesta a la psicopatía.

<sup>88</sup> Debe advertirse que en los supuestos en que se ha apreciado la eximente incompleta normalmente la psicopatía estaba acompañada de otras circunstancias, como el hecho de haber consumido drogas o bebidas alcohólicas. Tal es el caso de la muy citada STS de 29 de febrero de 1988 (RJ 1998/1341), que se fundamenta en la novena revisión de la Clasificación internacional de enfermedades mentales de la OMS que aboga por considerar al psicópata como enfermo mental, aunque se precisa que el trastorno puede no tener relevancia en la valoración de la imputabilidad del sujeto.

<sup>89</sup> Así, la STS de 1 de octubre de 1999 afirma que las psicopatías no tienen «análoga significación» a las anomalías psíquicas, sino que literalmente lo son», aunque se aplica normalmente como eximente incompleta (*vid.* por ejemplo STS de 14 de mayo de 2001) y sigue sin abandonarse el criticable recurso a la atenuante analógica (STS de 7 de mayo de 2001).

piada a las necesidades de aseguramiento, dado que, con la reforma introducida por el CP 195 en el sistema vicarial (art. 99 y 104), cabe establecer en la sentencia las garantías suficientes para que la suma del tiempo de duración de la pena más el internamiento sea el mismo que el que hubiera correspondido en caso de haber sido declarado el condenado plenamente responsable.

Nos encontramos ante una cuestión de gran calado, dada la existencia de un margen considerable de incertidumbre científica respecto a las psicopatías y dada la trascendencia social de la problemática. Por una parte, la duda científica supone un cierto escollo a la hora de proceder a una valoración de la culpabilidad del sujeto y puede sugerir la conveniencia de proceder según un «principio de precaución» en versión garantista que puede llevar a una respuesta negativa ante la seria duda sobre la capacidad de actuar de otro modo de esta clase de infractores. Ello podrá ser aceptable en los casos de mayor gravedad, en los que los trastornos de personalidad disocial se presenten asociados a otros factores, como rasgos psicóticos o de abuso de drogas. Pero no puede perderse de vista que la clave no estará en la resolución del dilema relativo a la imputabilidad de los psicópatas sino en que se tome en serio la necesidad de abordar de modo específico la reacción penal frente a los mismos, con programas especiales ya sea en medio penitenciario o en el ámbito de las medidas de seguridad.

Por otra parte, la peligrosidad derivada de la ausencia de sentimientos de culpabilidad y de empatía hacia la víctima o de los supuestos de «psicópatas explosivos» obliga a tomar en serio la demanda social de intervención para la protección de los bienes jurídicos<sup>90</sup>. La criminología y la dogmática penal no pueden rehuir esa demanda de respuestas, que deben pasar por un desarrollo adecuado de las medidas de seguridad. Que la culpabilidad no agota los presupuestos de la intervención penal, sino que debe ser complementada por la peligrosidad criminal, es algo que ha quedado ya plasmado con claridad en el art. 6 CP. A partir de esta premisa y de la prohibición de toda medida de carácter predelictual, deben recordarse las posibilidades que ofrece el actual marco legislativo, en orden a garantizar una intervención aseguradora en los supuestos de concesión de permisos de salida, de progresión al tercer grado o libertad condicional<sup>91</sup>.

<sup>90</sup> Vid. GARRIDO GENOVÉS; V., «El psicópata», Valencia, 1999.

<sup>91</sup> El art. 90-2 CP prevé la posibilidad de acordar motivadamente medidas de seguridad no privativas de libertad o reglas de conducta.

Más allá del Derecho vigente, cabe esperar que una futura revisión del Código penal se plantee la necesidad de un mayor desarrollo de la regulación de las medidas de seguridad, tanto respecto a los inimputables como a los imputables. En este marco será inevitable abordar la posibilidad de intervenciones penales fundadas en una «peligrosidad tras la culpabilidad»<sup>92</sup>. Lo aquí sostenido en defensa del concepto de culpabilidad no supone, según se ha fundamentado, cerrar el paso a intervenciones fundadas en necesidades preventivas, si éstas tienen como presupuesto una culpabilidad previa y un fracaso palmario del programa de resocialización en la ejecución de la pena<sup>93</sup>. A mi juicio, la legitimidad de tal clase de medidas depende de que se opere más con criterios de evaluación del riesgo que con un concepto más asociado a una tradición autoritaria como es el de peligrosidad y de que se cumplan una serie de exigencias: a) que se trate de condenados por delitos de homicidio, agresión sexual o lesiones agravadas que hayan extinguido su pena o medida de internamiento; b) que se diagnostique un riesgo elevado de reiteración de delitos de naturaleza similar al que dio lugar a la condena, emitido por profesionales con formación criminológica al término del cumplimiento de la pena; c) que la medida sea acordada por el Juez competente en materia de ejecución penal (actualmente Juez de vigilancia penitenciaria), tras valorar el informe criminológico y pudiendo recabar nuevos informes; d) que las medidas sean no privativas de libertad (vigilancia electrónica, por ejemplo) y reciban un seguimiento por parte de un equipo técnico; e) que la medida sea temporal, en ningún caso indefinida, y que además sea revisada anualmente a la vista del informe técnico.

Con tales condiciones, una medida de seguridad tras la pena puede resultar oportuna si ello aparece compensado por una reforma del Código por la que se retorne a límites máximos de penas razonables, con la derogación al menos de los aumentos punitivos introducidos mediante la LO 7/2003, de 30 de junio. Ello resultaría menos contundente que la solución introducida en Alemania tras la reforma de

---

<sup>92</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M. («El retorno de la inocuidad – El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos», en Libro homenaje a Marino Barbero Santos, Cuenca, 2001, pp. 709-710) plantea la necesidad de «alguna fórmula de aseguramiento cognitivo adicional», que no concreta, para sujetos imputables si se constata una seria peligrosidad subsistente tras el cumplimiento de la pena, no sujeta a un principio absoluto de proporcionalidad por el hecho cometido, mediante la que se pueda lograr una distribución equilibrada de cargas entre el individuo y la sociedad.

<sup>93</sup> Adviértase la vinculación establecida supra (cap. 3) entre culpabilidad y tratamiento resocializador.

1998, que permite un internamiento de hasta dos años tras el cumplimiento de la pena para determinados delincuentes condenados por delitos violentos o contra la libertad sexual (*Sicherheitsverwahrung*), y por supuesto se estaría muy lejos de fórmulas más intervencionistas, como las introducidas en el Reino Unido, o de la adopción de la cadena perpetua, como se ha reclamado desde ciertos sectores<sup>94</sup>. Abordar la respuesta ante los supuestos de criminalidad más grave exige alguna clase de reforma de la ley penal, sin que resulten atendibles las posiciones que pretenden forzar instrumentos existentes como la declaración civil de incapacidad<sup>95</sup>, solución que resultaría mucho más atentatoria contra los derechos del sujeto peligroso, si se trata de acordar internamientos no voluntarios en un procedimiento con menos garantías que las propias de un proceso penal, que podría ser utilizado incluso con carácter predelictual. Los fines de incapacitación civil nada tienen que ver con los de una medida de seguridad de carácter penal, pues aquella está concebida para proteger al propio sujeto incapacitado dado que no puede gobernarse, mientras que las medidas penales tienen como sentido principal la protección de bienes jurídicos de terceros. Entiendo que la doctrina penal debe salir al paso ante tal fraude de etiquetas, aunque para ello haya que asumir los riesgos de ofrecer alternativas.

### 4.3. *Las adicciones*

Una nueva vía de desarrollo doctrinal en el ámbito de la imputabilidad lo constituye el grupo de las adicciones. Cada vez con mayor firmeza se tiende a explicar a partir de los mecanismos de los trastornos adictivos supuestos como las ludopatías, trascendiendo su más tradicional calificación como trastorno del control de impulsos, o la dependencia de grupos sectarios. Fuera del ámbito de la toxicología y de la dependencia física se detectan potentes efectos sobre el sistema nervioso en forma de dependencia psicológica, capaces de anular o al menos de condicionar intensamente la voluntad del individuo.

<sup>94</sup> Más allá de lo aquí sostenido va, por ejemplo, GIMBERNAT ORDEIG («Ensayos penales», Madrid, 1999, p. 40), cuando lamenta las deficiencias del actual Código Penal y propone medidas de seguridad de duración indeterminada para la delincuencia psicopática grave, en concreto, «si se quiere tomar en serio el mandato constitucional de reinserción social, el internamiento de los autores por tiempo prolongado, y en su caso indeterminado, y bajo control judicial».

<sup>95</sup> Sostiene esta posición IGLESIAS RÍO, *ob. cit.*, p. 171, aludiendo al «internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico» de los art. 756 ss LEC de 7 de enero de 2000.



En casos de ludopatía, de evidente relevancia criminológica, la jurisprudencia ha acudido en ocasiones a la circunstancia atenuante analógica. Esta solución ha sido defendida por un sector doctrinal, con la aceptación de la eximente incompleta de modo excepcional, cuando la gravedad del trastorno lo recomiende<sup>96</sup>. La aplicación de esta última solución tiene como ventaja la posibilidad de imposición de medidas de seguridad. Otros autores han propuesto, de *lege ferenda*, la inclusión de una circunstancia atenuante específica al objeto de evitar la inseguridad jurídica derivada del recurso a la analogía<sup>97</sup>.

En lo que concierne a la dependencia de los grupos sectarios la cuestión se torna más compleja, pues supone adentrarnos en el terreno espinoso de los vínculos interpersonales, en el que el Derecho se muestra como un rudo instrumento para escudriñar en las relaciones afectivas, de poder y sumisión o en las influencias derivadas de la natural desigualdad y diversidad de las personas, sin que el auxilio de otras disciplinas proporcione criterios de los que de modo automático quepa inferir la solución jurídicamente oportuna. Cuando se llegan a formular desde las ciencias de la conducta construcciones discursivas como la de las adicciones a las relaciones inadecuadas podemos pensar en el amplio espectro de situaciones a que podemos enfrentarnos. Con todo, la cuestión no puede ser ignorada o dejada de lado argumentando su dificultad, pues a un Derecho penal consecuente con el mandato de valorar la culpabilidad del individuo infractor nada de eso le puede ser extraño. Por otra parte, la inclusión de una referencia a la utilización de medios de alteración o control de la personalidad como supuesto de asociación ilícita en el art. 515-3 CP sugiere la conveniencia de considerar también los efectos de tales medios en quienes en estado de «alteración» de su personalidad hayan cometido un hecho delictivo.

La cuestión presenta gran complejidad si se plantea en los términos que acabamos de establecer. Piénsese en las dificultades de diagnóstico y evaluación en orden a poder determinar si nos encontramos ante algo que vaya más allá de una evolución de la personalidad dentro de los parámetros de normalidad, máxime cuando se advierte la existencia de importantes factores de vulnerabilidad en determinadas personalidades. Algunos pronunciamientos jurisprudencia-

<sup>96</sup> Así, URRUELA MORA, «Imputabilidad...», *cit.*, p. 327-328, aunque critica la tendencia jurisprudencial a imponer medidas de seguridad en los casos de apreciación de la atenuante analógica, por carecer de base legal para ello, por lo que sugiere la necesidad de una reforma legislativa que autorice tal solución, dada su oportunidad desde el punto de vista médico.

<sup>97</sup> *Vid.* en este sentido FERNÁNDEZ MATEO et al., «Ludopatía y delincuencia», *Boletín criminológico* n.º 63, 2003, p. 4 .

les han abierto el camino para valoraciones de este tipo, recogiendo expresiones como «secuestro de la voluntad», «indefensión intelectual»<sup>98</sup> o «estado sofrónico» y «robotización mental»<sup>99</sup>. No faltan, en esta dirección, aportaciones que respaldan la posible valoración de estas situaciones en el ámbito de la imputabilidad. Así, se advierte que el hecho que la persona objeto de manipulación no lo reconozca no impide considerar la existencia de un estado de limitación de su voluntad, como refleja la experiencia de los ex adeptos que han adquirido conciencia de la victimización sufrida<sup>100</sup>.

La llamada a un examen de la imputabilidad parece en estos supuestos sensata, con lo cual la elasticidad de la circunstancia legal de «alteración mental» del art. 20-1 permite acudir a la eximente incompleta en los casos en que se aprecie una significativa limitación de la capacidad cognoscitiva y volitiva. Debe hacerse notar que no nos referimos aquí al miedo que puedan padecer personas integradas en una organización criminal como consecuencia de la situación ambiental de intimidación, sino a las situaciones de dependencia psíquica, de infantilización extrema producidas como consecuencia del abuso de poder del líder, por lo que entendemos que el ámbito de valoración es más propio de la imputabilidad que de la exigibilidad de conducta adecuada a la norma.

#### *4.4. La valoración de las características autónomas de la culpabilidad en la determinación de la pena*

La aplicación judicial de la previsión legal contenida en el art. 66-1 CP, que alude a la valoración de las circunstancias personales del

---

<sup>98</sup> Estas expresiones se han utilizado en la SAP, Madrid de 22-10-1991, en la que se aplicó la eximente incompleta de enajenación mental (art. 9-1 y 8-1 ACP). *Vid.* asimismo STS de 21 de junio de 1993 y ATS de 22-10-1993, citadas por MAQUEDA ABREU, «Sectas y Derecho penal: una aproximación a su análisis desde la jurisprudencia de los Tribunales», Madrid, 1995, p. 207. En algún caso se ha aplicado, también bajo la vigencia del Código anterior, la atenuante muy cualificada de obediencia debida, a partir de la constatación del estado de sumisión al líder.

<sup>99</sup> Así en la sentencia de 13-10-1982 del Juzgado de Primera Instancia de Guadajajara que decide la anulación del matrimonio civil de un miembro de Hare Krishna.

<sup>100</sup> *Vid.* RODRIGUEZ CARBALLEIRA, «El fenómeno de las sectas coercitivas», en «Sociología de grupos pequeños: sectas y tribus urbanas», CGPJ, Madrid, 2000, pp. 260-262. El autor alude, como argumento a favor de una mayor consideración por parte del sistema penal de las dinámicas de adicción generadas por las sectas, intervenciones legislativas frente a otras formas de persuasión coercitiva, como la regulación de la denominada multipropiedad, en la que se concede al comprador un plazo de reflexión de varios días para poder anular el contrato firmado, dada la frecuencia con que se utilizan estrategias de intensa presión en el instante de la venta.

delincuente junto a la mayor o menor gravedad del hecho como criterio de determinación de la pena imponible al reo, es una cuestión no suficientemente estudiada. El escaso interés doctrinal que ha suscitado puede causar extrañeza dada la obligación legal de razonar en la sentencia la individualización judicial de la pena y la innegable trascendencia práctica de la cuestión. La dicción legal resulta poco acertada, por cuanto la alusión a las *circunstancias personales* está efectuada en términos tan genéricos que obliga a un complejo esfuerzo hermenéutico de delimitación. De entrada cabe descartar todas aquellas circunstancias cuya consideración supondría discriminación, tales como sexo, ideología, etnia, lengua u orientación sexual. A partir de ahí cabe preguntarse si debe tratarse de circunstancias relacionadas con el hecho punible, lo cual se correspondería con la idea de la culpabilidad por el hecho. Sin embargo, ni la norma lo exige ni cabe siquiera inferir tal criterio del sistema de circunstancias modificativas de la responsabilidad, pues se cuenta entre las agravantes con el caso paradigmático de la reincidencia, en que se atiende exclusivamente a la biografía del sujeto anterior al hecho. Además, no cabe excluir la consideración de circunstancias no relacionadas estrictamente con la culpabilidad, tales como las perspectivas de reinserción social del culpable.

El sistema español de determinación de la pena contrasta con otros, como el del Código penal alemán, en los que se da entrada de modo explícito a la culpabilidad como «fundamento para la medición de la pena», sin excluir la consideración de los «efectos previsibles de la sanción sobre la vida futura del autor en la sociedad», y se incluye un amplio catálogo de circunstancias que pueden ser tenidas en cuenta tanto a favor como en contra del reo, según un régimen flexible<sup>101</sup>. Algunos de tales criterios pueden resultar en nuestro caso orientativos, como los móviles y fines del autor, la dimensión interna del hecho<sup>102</sup>, la medida de la infracción, circunstancias vitales del autor tales como su situación económica, o el comportamiento post-delictivo, especialmente el esfuerzo por reparar el daño o llegar a una conciliación con la víctima, todo ello en la medida que no forme parte ya del ámbito de valoración propio de una circunstancia modificativa de la responsabilidad de los artículos 21 a 23 CP. Si atendemos a las circunstancias valoradas en otros sistemas caracterizados también por un mayor grado de flexibilidad judicial a la hora de imponer la pena, como el inglés, nos encontraríamos con la edad, el grado de participación, la peligrosidad criminal, el padecimiento de

<sup>101</sup> Vid. parágrafo 46 StGB.

<sup>102</sup> El parágrafo 46 StGB utiliza la expresión «Gesinnung».

una situación de estrés, las dificultades económicas o el impacto del hecho o de la condena en la familia del reo.

Una cuestión de interés es la posibilidad de valorar el arrepentimiento por el hecho cometido. Ello es aceptado, por ejemplo, por los Tribunales ingleses, que pueden conceder al mismo, pese a que no exista una construcción doctrinal al respecto, efectos atenuantes, así como efectos agravantes a su ausencia<sup>103</sup>. Entre las razones favorables se ha destacado: a) mostrar remordimiento supone algo próximo al hecho de disculparse y éste reduce la necesidad del castigo pues reduce la tensión en todas las personas afectadas por el hecho; b) el remordimiento opera como subrogado de la pena, eso es, como *pena naturalis*, que por consiguiente puede tener efectos compensatorios de la culpabilidad; c) la experiencia dolorosa del remordimiento reduce la probabilidad de la recaída en el delito<sup>104</sup>.

De acuerdo con lo que hemos venido sosteniendo, la supresión de la circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo del art. 9-9 ACP marca una tendencia que cierra el paso a la posibilidad de la valoración judicial del remordimiento o dolor de conciencia por el hecho cometido. El proceso penal no constituye un instrumento adecuado para que el juez penal pueda penetrar en la interioridad del reo y valorar la sinceridad de sus sentimientos<sup>105</sup>. Además, la irrelevancia de la mera disposición interna del sujeto que no trasciende en actos exteriores, expresada en el aforismo *cogitatione poena nemo patitur*, debe regir tanto en beneficio como en perjuicio de reo, de modo que resulta exigible al sujeto arrepentido una actuación exterior consecuente en términos de reparación del daño, entendido según las condiciones propias de la reparación penal, que pueden resumirse en las notas de esfuerzo personal exigible, efectividad, seriedad y universalidad<sup>106</sup>.

El concepto de culpabilidad aquí sostenido reclama un sistema de individualización de la pena abierto a la gradualidad que es inherente al mismo. En este aspecto debe reconocerse que el CP 1995 ha hecho progresos todavía tímidos respecto al sistema de los Códigos anteriores, caracterizado por mecanismos legales de aritmética penal

---

<sup>103</sup> Vid. PALMER, H, «Remorse and reparation - A judicial perspective», en «Remorse and reparation», *cit.*, pp. 117 ss.

<sup>104</sup> Vid. HORNE, A. S., «Reflections on Remorse in Forensic Psychiatry», en «Remorse and reparation», *cit.*, pp. 30-31.

<sup>105</sup> Significativamente advierte DUFF que su posición favorable al arrepentimiento no lleva a sostener la necesidad de reconocer efectos atenuatorios al mismo: vid. «Punishment...», *cit.*, p. 120-121.

<sup>106</sup> Vid. supra nota 51.

que dejaban poco espacio de discrecionalidad judicial, lo cual se correspondía con la mentalidad propia del primer liberalismo<sup>107</sup> y con la rigidez propia del paradigma científico del siglo XIX<sup>108</sup>. Una mayor apertura a una lógica de la graduación resultaría consecuente con las tesis que han planteado la libertad en términos de «capacidad de elección», según la idea de que la libertad disminuye a medida que se reducen las alternativas de conducta y las prerrogativas sociales de los sujetos<sup>109</sup>. Por esta vía, cabe llegar a fundamentar en sede de culpabilidad determinados supuestos de renuncia a la pena o cláusulas legales que autorizan la no perseguibilidad, por razón de una disminución especialmente intensa de la reprochabilidad del hecho, más allá de la que daría origen a una atenuación de la pena. Se llevaría así al ámbito de la culpabilidad como presupuesto de la necesidad de pena el pensamiento de la insignificancia, asociado ordinariamente al principio de lesividad en el ámbito de la antijuridicidad.

## 5. Conclusión

La culpabilidad, pese a sus debilidades, puede y debe hallarse en el bagaje de la aportación de los juristas de tradición continental a la construcción del Derecho penal europeo. Si en otros aspectos tenemos pocas razones para reivindicar con orgullo nuestro *savoir faire* ante los progresos de la razón práctica anglosajona, debemos poner de relieve la riqueza de contenidos del concepto aquí examinado, sólidamente enraizado en el substrato común de la civilización europea de base humanista. Sin embargo, la mera proclamación del mismo no resulta suficiente para la resolución de los importantes retos que plantean a nuestras sociedades problemáticas como el tratamiento penal de las psicopatías, las adicciones o las dinámicas transculturales, o la tentación de la expansión de los espacios de inimputabilidad, que corre paralela a la del propio Derecho

---

<sup>107</sup> Vid. PÉREZ ALONSO, E. J., «Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes indeterminadas en los delitos contra la propiedad y el patrimonio», Madrid, 1995, p. 292.

<sup>108</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, «Dimensiones de la sistematicidad...», *cit.*, pp. 17-18. La conveniencia de una mayor sensibilidad hacia la gradualidad la plantea el autor no sólo respecto a la culpabilidad. Ello debe proyectarse, a mi juicio, a la construcción de la parte especial. Puede verse, como ejemplo de la introducción de una técnica que prioriza la articulación de los marcos penales correspondientes a las diversas tipologías delictivas según sistemas de círculos tangentes en vez de secantes el Código Penal de Andorra (*vid.* el Proyecto en «Butlletí del Consell General», núm. 56/2004, de 10 de noviembre).

<sup>109</sup> Así RODRÍGUEZ CARBALLEIRA, *ob. cit.*, p. 234, refiriéndose a BANDURA.

penal. Una valoración de la culpabilidad más atenta a la policromía de las situaciones personales, en el seno de un sistema menos rígido de individualización judicial de la pena, y un mayor desarrollo legislativo y de los mecanismos de gestión judicial y administrativa de las medidas de seguridad pueden ser algunas de las apuestas de futuro.

Palabras clave:

*Culpabilidad – reproche – pena – responsabilidad – psicopatía – adicciones – psicopatología – imputabilidad – maldad – remordimiento – arrepentimiento – reparación – reinserción – medidas de seguridad – prevención*