



Revista

ISSN 2007-4700

Perennial

MÉXICO

Número 14 • 15

Marzo de 2018 • febrero de 2019

Culpabilidad jurídico-penal, motivos y emociones. La existencia enigmática de la libertad de la voluntad

Mercedes Alonso Álamo

Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Valladolid

RESUMEN: En este artículo se defiende un derecho penal de la culpabilidad, fundado en el reconocimiento de la libertad de la voluntad de acuerdo con una epistemología de base biológica científicamente orientada. Nuestra propuesta se opone al derecho penal de la prevención y al derecho penal de la peligrosidad criminal.

PALABRAS CLAVE: Libre albedrío en sentido fuerte, fundamento material de la culpabilidad, concepto material de culpabilidad, concepto formal de culpabilidad, motivos, emociones.

ABSTRACT: In this paper we defend a Criminal Law of culpability, founded on the recognition of the freedom of the will, according to an epistemology of biological basis and scientifically oriented. Our proposal is opposed to a preventive Criminal Law and a Criminal Law based on the criminal danger.

KEYWORDS: Free will in the strong sense, material foundation of culpability, material concept of culpability, formal concept of culpability, motivations, emotions.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Fundamentación material de la culpabilidad. Libre albedrío en sentido fuerte versus determinismo. 3. Fundamento y concepto material de culpabilidad; 3.1. Estado de la cuestión; 3.2. Toma de posición. 4. Elementos formales de la culpabilidad; 4.1. Elementos básicos de la culpabilidad. 4.2; Características especiales que afectan a la culpabilidad; 4.3. Circunstancias generales que afectan a la culpabilidad; 4.4. Criterios de determinación de la pena atinentes a la culpabilidad (culpabilidad para la medición de la pena versus culpabilidad para la fundamentación de la pena). 5. ¿Cómo delimitar las características de la culpabilidad de las características subjetivas que gradúan el injusto? 6. ¿Está justificado agravar la culpabilidad mediante características típicas subjetivas de agravación y mediante circunstancias agravantes generales? 7. Bases psicológica y normativa de los elementos subjetivos y proceso de normativización de los elementos subjetivos: aspectos sustantivos y procesales. 8. Motivos y emociones; 8.1. Motivos, emociones y elementos formales de la culpabilidad; 8.2. Emociones y libertad de la voluntad: ¿desatando el nudo del mundo?

1. Introducción

Hoy en día no hay datos científicos concluyentes sobre la existencia o no de la libertad de la voluntad. Aunque a la vista de las posiciones más radicales en el ámbito de la investigación neurocientífica pudiera parecer que los descubrimientos científicos conducen al determinismo y a la negación del libre albedrío, no puede afirmarse con los conocimientos actuales que la voluntad esté *completa y definitivamente* determinada por factores neurobiológicos, ni por factores genéticos, ni ambientales, ni por las experiencias psicológicas y sociales que van moldeando el cerebro desde el comienzo de la vida. Es cierto que hay posturas extremas dentro de las neurociencias que niegan el libre albedrío en sentido fuerte (la libertad de la voluntad) y que sostienen que si la mente es producto del cerebro y el cerebro es pura materia entonces el cerebro tiene que estar sometido a las leyes deterministas de la naturaleza.¹ Pero esta argumentación presupone adoptar la concepción determinista de las leyes físicas dominante en los siglos XVIII y XIX bajo la influencia de la mecánica newtoniana, e ignorar la moderna física cuántica en la que el azar juega un papel esencial. A los neurocientíficos que niegan la libertad de la voluntad no parece importarles la cuestión de cómo pueden considerarse deterministas los procesos fisicoquímicos basados como están en principios cuánticos aleatorios. De igual modo, podemos seguir manteniendo la libertad de la voluntad aunque no sepamos cómo pueda emerger el libre albedrío en un cerebro descrito a nivel neuronal de modo determinista. Por ello, en el actual estado de la ciencia es posible, e incluso indicado, fundamentar materialmente la culpabilidad en la libertad de la voluntad o libre albedrío en sentido fuerte, y entender, con Searle, —sin perjuicio de que esta afirmación deba ser precisada posteriormente— que “si el libre albedrío es una verdadera característica del mundo y no una mera ilusión, ha de tener una realidad neurobiológica”, que “ha de haber algo del cerebro que realice el libre albedrío”,² aunque no

sepamos cómo pueda esto suceder. Quizás no lo podamos saber nunca. Quizás haya que aceptar resignadamente que nos faltan facultades cognitivas para captar cómo surgen la conciencia y la libertad de la voluntad,³ lo que no quiere decir que no surjan.

En las páginas que siguen trataremos, en primer lugar, de situar nuestra posición en el marco de otras concepciones de la culpabilidad, a fin de esclarecer e intentar explicar por qué, a nuestro juicio, la culpabilidad jurídico penal, formalmente integrada por los elementos que un ordenamiento jurídico establece para la imputación subjetiva, solo puede fundamentarse materialmente si se parte de la libertad de la voluntad o libre albedrío en sentido fuerte como criterio prejurídico indispensable para la responsabilidad personal. Partimos de que determinismo y libertad de la voluntad son incompatibles entre sí,⁴ y de que las ficciones de libertad, la libertad para el derecho, la espontaneidad del comportamiento humano como dato antropológico, el reconocimiento comunicativo, etc.; como fundamentos materiales de la culpabilidad, son constructos jurídicos o fundamentaciones —que a veces se presentan como compatibles con el determinismo— que pueden ser adecuadas para hacer frente a las concepciones de la culpabilidad que han pretendido fundamentarla en el indemostrable “poder obrar de otro modo”, pero que devienen insuficientes cuando desde el ámbito de las neurociencias se elevan voces que, con base en estudios y experimentos científicos de gran impacto, niegan la existencia de la libertad de la voluntad. Porque entonces lo que se sostiene desde el ámbito de las ciencias empíricas no es que no se puede probar si en la situación concreta un sujeto pudo obrar de modo distinto a como lo hizo sino algo más básico o fundamental, a saber, que, aunque esto se pudiera probar, no somos libres de querer lo que queremos. Es decir, el punto débil, crítico, al que se enfrenta la fundamentación material de la culpabilidad, posee una dimensión más profunda cuando no solo se niega la posibilidad de probar que la acción de un sujeto fue libre en la situación concreta (que

¹ Rubia, F. J. “Comentarios introductorios”. *El cerebro: Avances recientes en neurociencias*. Rubia, F. J. (ed.). Editorial complutense. Madrid, 2009, pp. 99 y ss.

² Searle, J. R. *Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, traduc. por Candel, M. Paidós. Barcelona, 2004, p. 58.

³ *Vid.* Pinker, S. *Cómo funciona la mente*, traduc. por Meler-Orti, F., Destino, Barcelona, 2011, pp. 706 y ss. y 715.

⁴ Sobre la crítica al compatibilismo del determinismo y el libre albedrío, Searle, J. R. *Mentes, cerebros y ciencia*, traduc. por Valdés, L. Cátedra, Madrid, 1985, p. 100.

pudo obrar de otro modo), sino que de manera radical se niega la libertad de la voluntad o libre albedrío en sentido fuerte afirmándose que no somos libres de querer lo que queremos.

Dada la actual discusión en el ámbito de las neurociencias, las concepciones de la culpabilidad jurídica que discurren en paralelo (y de espaldas) a las ciencias empíricas y experimentales dejan la culpabilidad penal desprovista de fundamentación material genuina. Sucede esto, en nuestra opinión, cuando se afirma que el derecho opera con su propia metodología y establece sus propias categorías y que las ciencias jurídicas son capaces de dar respuesta a la cuestión de la libertad y de la responsabilidad penal al margen de las ciencias empíricas. Por el contrario, sostendremos aquí que la fundamentación material de la culpabilidad pasa necesariamente por abordar el problema de la libertad de la voluntad, o libre albedrío en sentido fuerte, desde la investigación científica y desde la filosofía de la mente,⁵ y que es preciso tomar posición entre determinismo y libre albedrío en sentido fuerte, rechazando su compatibilidad: no caben fórmulas intermedias compatibilizadoras de libre albedrío y determinismo.

A fin de dejar claro desde el principio el sentido de nuestra posición, importa señalar desde ahora que la opción determinista que rechaza el libre albedrío en sentido fuerte, llevada a sus últimas consecuencias, debería conducir al definitivo abandono del derecho penal tradicional —y en especial de la pena que mire (también) al pasado— y a su sustitución por un derecho penal de la prevención o, más aún, de la peligrosidad.

En las últimas décadas se han abierto paso con fuerza las concepciones preventivas de la pena. El derecho penal moderno, se suele afirmar, no se asienta ya en la idea de retribución sino en la de prevención. Con ello se quiere significar básicamente que se castiga para que no se delinca. El desprestigio de la finalidad retributiva de la pena (se castiga porque se

delinquir) ha ido en aumento desde que el Proyecto Alternativo alemán de 1966 reaccionara frente al rigorismo del Proyecto oficial de 1962, partidario de una retribución estricta, compensación justa de la culpabilidad del autor, la cual condiciona no solo el límite máximo sino también el límite mínimo de la pena. Mucho se ha escrito en contra de la pena retributiva estricta que excluye la imposición de una pena inferior a la que corresponde a la culpabilidad del autor atendiendo a consideraciones de prevención.⁶ No nos vamos a detener aquí sobre ello. Baste decir que la pena retributiva lleva sobre sí una pesada losa. Evoca la pena talional del ojo por ojo y diente por diente; evoca la idea de castigo y la idea de expiación vinculada históricamente a la idea de pecado; evoca la afirmación de la justicia o la afirmación del derecho en el sentido de las teorías absolutas, idealistas, como retribucionismo ético o como retribucionismo lógico o jurídico. Y todo ello parece inaceptable o al menos insuficiente para fundamentar la pena hoy, por lo que no es de extrañar que la pena retributiva haya devenido en tabú.

Sin embargo, la retribución nunca se ha ido del todo. Se ha reformulado y presentado en términos nuevos, con rostro humano y, por lo general, coexistiendo con las teorías preventivas en el marco de un derecho penal que sigue reclamando la culpabilidad por el hecho para la imputación del mismo a su autor.

Sucede así cuando se sostiene, con múltiples variantes, que la pena se fundamenta y tiene sentido solo frente al autor culpable —lo que permite mantener viva la llama de determinadas concepciones personales o individuales de la culpabilidad,⁷ o de determinadas concepciones sociales⁸— sin que ello excluya que pueda cumplir finalidades preventivo especiales en el momento de su ejecución, y preventivo generales en los momentos de su conminación y/o de su aplicación. Sucede así también, a nuestro juicio, cuando se afirma que la pena nunca debe sobrepasar por razones preventivas la medida de la culpabilidad, cumpliendo

⁵ Sobre el trasfondo filosófico de la discusión, recientemente, Díaz Arana, A. F. “Las mentes libres en el Derecho Penal. Neurociencias y libertad desde una perspectiva funcional de la mente”, *InDret*, 1/2016, pp. 6 y ss.

⁶ Vid. Schünemann, B. “La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo”, en *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario*, introducción, traducción y notas de Silva Sánchez, J.-M.ª. Tecnos, Madrid, 1991, pp. 148 y ss. y notas 4 y 5.

⁷ Torío López, A. “El concepto individual de culpabilidad”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1985, pp. 285 y ss.

⁸ Jescheck, H.-H./Weigend, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., traducción por Olmedo Cardenete, Comare, Granada, 2002, pp. 435 y ss. y 81 y ss.

esta la función de determinar el límite máximo de la pena dentro de un derecho penal prioritariamente preventivo.⁹

Puede afirmarse que la desprestigiada y, al parecer, vergonzante idea de retribución, deja paso a una pena preventiva que, sin embargo, mantiene la mirada hacia el pasado a fin de justificar la pena que se impone por razones preventivas: una mirada a las circunstancias que concurren en el autor al tiempo del hecho, a su conocimiento de la prohibición, a su capacidad de motivarse por las normas, a si le es exigible una conducta distinta de la que realizó y adecuada a la norma.

El distanciamiento entre el modelo del derecho penal de la culpabilidad y el derecho penal de la prevención es un distanciamiento que afecta a los cimientos: al fundamento material de la culpabilidad. Ambos modelos se aproximan, aunque presenten variaciones, cuando se trata de caracterizar y definir los elementos de la culpabilidad, y cuando se plantean los fines que la pena puede cumplir. Ni el derecho penal de la culpabilidad impide sostener que la pena por la culpabilidad o fundada en la culpabilidad cumpla finalidades preventivas (especiales y generales); ni el derecho penal de la prevención conduce necesariamente a rechazar la culpabilidad del autor. Dónde difieren y se distancian ambos modelos es básicamente en cómo fundamentan esta.

Schünemann ha afirmado con rotundidad que la crítica (“victoriosa”) al derecho penal retributivo “ha obtenido buena parte de su poder de convicción del argumento de que la posibilidad de la culpabilidad tiene como premisa la existencia del libre albedrío humano”, dado que la corrección de esta premisa “no es comprobable ni de modo general ni especial, porque ni el libre albedrío humano ni la posibilidad de actuar de otro modo en una situación concreta son demostrables de modo exacto”.¹⁰ En efecto, desde las conocidas aportaciones de Engisch a la crítica a la libertad del querer y la consiguiente crisis de la culpabilidad fundada en el indemostrable poder actuar de otro modo, se han formulado diferentes concepciones sobre la culpabilidad que, apartándose de aquel

modelo, reivindicaban las finalidades preventivas de la pena y fundamentan la pena y el derecho penal en las necesidades de prevención.

Pudiera entenderse que los últimos avances en neurociencias vienen a confirmar lo acertado de las teorías preventivas de la pena. Así, señala Feijoo Sánchez que con los actuales conocimientos neurocientíficos ya no es posible seguir defendiendo un reducto de libertad o una libertad relativa. A ello se añade que los nuevos conocimientos y, en particular, la defensa del monismo anti-cartesiano, no conmueven las bases de las teorías de la culpabilidad de corte preventivo.¹¹ De modo diverso, veremos que los conocimientos científicos actuales no impiden fundamentar materialmente la culpabilidad en la libertad de la voluntad, sin que ello lleve a acoger el dualismo cartesiano ni ninguna otra versión del dualismo.

Una vez argumentada nuestra posición acerca de la fundamentación material de la culpabilidad jurídico-penal en la libertad de la voluntad, nos ocuparemos, en segundo lugar, de los conceptos material y formal de culpabilidad jurídico-penal. En particular, examinaremos el papel que desempeñan motivos y emociones en la configuración de los elementos formales de la culpabilidad. Impulsos y pulsiones internas o externas, motivos, emociones y déficits volitivos o de comprensión que intervienen en la toma racional de decisiones (que será preciso distinguir de aquellos casos en que no pueda hablarse de un modelo de racionalidad) y la condicionan.

La fundamentación material de la culpabilidad en el libre albedrío en sentido fuerte permitirá formular un concepto material de culpabilidad conforme al cual el legislador ha de establecer los elementos formales de la culpabilidad. La fundamentación material de la culpabilidad en el libre albedrío en sentido fuerte es una cuestión estructural que se establece frente a todos. El concepto material de culpabilidad que se formula a partir de aquella, por el contrario, proporciona las bases a partir de las cuales los ordenamientos jurídicos deben establecer los elementos formales de la culpabilidad. Distinguiamos, pues, entre

⁹ Roxin, C. *Derecho Penal. Parte General, T. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traduc. de la 2ª ed. alemana por Luzón Peña, D.-M./ Díaz y García Conlledo, M./ De Vicente Remesal, J., Civitas, 1997, pp. 791 y ss.

¹⁰ Schünemann, B., “La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo”, *cit.*, p. 152.

¹¹ Feijoo Sánchez, B. “Derecho Penal y neurociencias. ¿Una relación tormentosa?”, en *Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias*, Feijoo Sánchez, B. (ed.), Civitas/ Thomson, Pamplona, 2012, pp. 21 y ss.: “el monismo anti-cartesiano no conmueve en absoluto las bases de las teorías modernas de la culpabilidad de corte preventivo”.

fundamentación material, concepto material y concepto formal de culpabilidad jurídico-penal.

2. Fundamentación material de la culpabilidad.

Libre albedrío en sentido fuerte *versus* determinismo

Hace ya tiempo que la doctrina penal cuestionó que se pudiera fundamentar la culpabilidad en que el sujeto en la situación concreta pudo obrar de otro modo. Decisivas fueron al respecto las investigaciones de Engisch.¹² Pero ello debe ser diferenciado del problema del libre albedrío en sentido fuerte. Partiendo de que no se puede demostrar que en la situación concreta el sujeto pudo obrar de forma diferente a como lo hizo, las posiciones a veces se deslizan peligrosamente desde el indemostrable poder obrar de otro modo hacia la negación de la libertad de la voluntad o libre albedrío en sentido fuerte, libre albedrío que es a su vez reducido a cuestión metafísica. Pero el libre albedrío no es (solo) una cuestión metafísica. Es también una cuestión epistemológica, conectada a cuestiones científicas, que puede ser examinada a la luz de una epistemología de base biológica.¹³

Desde la perspectiva del derecho penal, el problema del libre albedrío es estructural. Solo si existe el libre albedrío en sentido fuerte se puede fundamentar materialmente la culpabilidad. Si se demostrara (o se aceptara) que no existe, habría que ir a algo distinto al derecho penal. En particular, habría que abandonar definitivamente la pena que (también) mire al pasado y que no cumpla solo funciones de prevención. Es decir, si fuera cierta la hipótesis neurocientífica extrema acerca del determinismo, habría que replantear el derecho penal desde sus cimientos. Pero hoy en día no hay razones para que tengamos que ir hacia un derecho penal de la prevención ni hacia un derecho penal de la peligrosidad sino que más bien hay razones para seguir manteniendo que la pena se impone en

atención a la culpabilidad del autor por el hecho cometido, además de por razones de prevención.

El moderno debate neurocientífico afecta de raíz a las concepciones de la culpabilidad que prescinden del problema del libre albedrío en sentido fuerte. En una consideración somera pudiera parecer que esto no es así, es decir, que no afectaría a aquellas concepciones de la culpabilidad que se habían apartado de la fundamentación de la culpabilidad en el “poder obrar de otro modo” porque en definitiva dichas concepciones habrían huido ya de la fundamentación de la culpabilidad en el libre albedrío edificándose sobre otros pilares. Pero lo cierto es que dichas concepciones no están en condiciones de hacer frente, a las propuestas de los neurocientíficos radicales que niegan el libre albedrío en sentido fuerte y afirman el determinismo.

Por otra parte, pudiera parecer que las teorías preventivas de la culpabilidad no solo no se hallarían en contradicción con lo que se postula desde determinados sectores radicales de las neurociencias sino que vendrían a encontrar en las mismas un apoyo a sus tesis. Pero veremos que nada de ello es así y que, aunque pueda resultar paradójico, el problema del libre albedrío renace con fuerza de sus cenizas y vuelve al debate sobre la culpabilidad jurídico penal del que había sido expulsado incorrectamente.

Las posiciones que mantienen la compatibilidad del determinismo con el libre albedrío deben ser rechazadas. No caben soluciones compatibilizadoras ni vías intermedias. Como dice Searle, “el compatibilismo niega la sustancia del libre albedrío, mientras que mantiene su caparazón verbal”.¹⁴ El libre albedrío en sentido fuerte requiere que se pueda querer lo que se quiere, es decir, el reconocimiento de la libertad de la voluntad. Si se demostrara que no existe el libre albedrío en sentido fuerte, carecería de sentido hablar de compatibilismo. En tal escenario, todo esfuerzo por fundamentar materialmente la responsabilidad y la culpabilidad jurídico penal sería vano, por lo que solo quedaría acudir a ficciones de libertad, a la

¹² Engisch, K. *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2. ed. Walter de Gruyter. Berlin, 1965, pp. 23 y ss.

¹³ Al igual que señalan Edelman y Tononi en relación con la conciencia, se trata de conectar ciertas cuestiones de la metafísica y de la epistemología con cuestiones científicas, *vid.* Edelman, G. M./Tononi, G., *El universo de la conciencia. Cómo la materia se convierte en imaginación*, traduc. por Riera, J. L., Crítica, Barcelona, 2002, pp. 258 y ss.

¹⁴ Searle, J. R., *Mentes, cerebros y ciencia*, *cit.*, p. 101.

normativización de la misma, al derecho penal de la prevención, al derecho penal de la peligrosidad, etc.

La distinción entre libertad de la voluntad (libertad de querer lo que queremos) y libertad de actuación¹⁵ es clave a efectos de abordar correctamente el problema de la culpabilidad. Lo que los neurocientíficos más radicales afirman no es (solo) que no se pueda probar que podíamos haber actuado de otra manera sino que en ningún caso, bajo ninguna circunstancia, *nunca*, somos libres de querer lo que queremos. Si esto fuera así, no podríamos fundamentar ninguna responsabilidad ni, en consecuencia, la responsabilidad penal. Ni la espontaneidad como dato antropológico, ni la motivabilidad por la norma, ni la motivabilidad normal, ni la asequibilidad normativa, etc., serían suficientes para contrarrestar aquella afirmación. Pero desde el ámbito de las neurociencias y de la filosofía de la mente encontramos también apoyo para defender el libre albedrío.

La culpabilidad jurídico penal se fundamenta y posee sentido en la medida en que se acepte la libertad de la voluntad. Solo sobre la misma se puede estructurar sólidamente un concepto material de culpabilidad que tenga en cuenta los déficits y todos los factores que puedan concurrir en el sujeto al tiempo del hecho. La culpabilidad penal no se reduce a sus elementos formales sino que responde a un concepto material que se basa en una fundamentación previa en la libertad de la voluntad. Los elementos de la culpabilidad previstos legislativamente operan a fin de delimitar los casos en que la libertad de la voluntad y/o la libertad de actuación se hallen excepcionalmente ausentes o, en su caso, limitadas.¹⁶

3. Fundamento y concepto material de la culpabilidad

Como se pone de relieve en la exposición que sigue de las diferentes concepciones sobre la culpabilidad, es preciso distinguir entre fundamentación material de la culpabilidad y concepto material de culpabilidad.

Aquí sostendremos que la fundamentación de la culpabilidad penal en el libre albedrío en sentido fuerte es una cuestión estructural, general, que se decide frente a todos. Ello es compatible con un concepto material de culpabilidad como juicio personal, individual, frente al autor concreto, que a partir de aquella fundamentación toma en cuenta la necesidad de atender a todos los condicionamientos, déficits, factores, circunstancias, etc., personales y sociales, que permiten graduar la culpabilidad o, en su caso, excluirla. Pero antes de exponer nuestra posición, examinemos críticamente algunas de las concepciones que han tratado de fundamentar materialmente la culpabilidad jurídica con independencia o al margen de la cuestión del libre albedrío en sentido fuerte.

3.1. Estado de la cuestión

Afirma Jescheck que “el principio de culpabilidad tiene como presupuesto lógico la libertad de decisión de la persona, pues solo cuando esencialmente existe la capacidad de determinación conforme a las normas jurídicas puede ser hecho responsable el autor por haber cometido el hecho antijurídico en lugar de dominar sus instintos criminales”. Y añade: “Si todo hacer u omitir estuviera determinado decisivamente a través de la eficacia causal propia de los procesos naturales y privado de las fuerzas de la voluntad, tendría tan poco sentido reprocharle a la persona sus hechos como hacerlo responsable por sus enfermedades”.¹⁷

Cuando se trata de fundamentar la culpabilidad jurídico penal no se puede ignorar el problema del libre albedrío. Frente a las críticas que las ciencias empíricas dirigen a la existencia del libre albedrío, Jescheck invoca las tesis que defienden la existencia de “un margen de libertad” en base al dato antropológico de la espontaneidad del comportamiento humano: “Junto a la forma de pensamiento causal referido a la naturaleza se acepta otra de carácter “espontáneo” referida a la psique mediante la que se expresa

¹⁵ El problema no es si puedo hacer lo que quiera sino la libertad del querer. Al respecto, Schopenhauer, A. *Los dos problemas fundamentales de la ética, I, Sobre la libertad de la voluntad*, traduc. por Zurro, M^a del R., Mondadori, Milán, 2010, pp. 60 y ss. Sobre ello, Alonso Álamo, M. “Bases para una fundamentación material de la culpabilidad: Libertad de la voluntad “en la brecha” y neurociencias”, en *Libro Homenaje a M. Bajo Fernández*, en publicación.

¹⁶ El problema de las características y circunstancias especiales de agravación de la culpabilidad se examinará también oportunamente.

¹⁷ Jescheck, H.-H./Weigend, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 437 y ss.

la creatividad, autonomía y espiritualidad de la personalidad humana”.¹⁸

Partiendo de tales presupuestos formula un concepto material de culpabilidad fundado en la espontaneidad del comportamiento humano que descansa en el reproche de la actitud interna contraria a la pretensión de observancia del bien jurídico protegido por la norma. A la pregunta de si la persona concreta pudo comportarse de manera distinta a como lo hizo y de acuerdo con las exigencias del ordenamiento jurídico, Jescheck responde que dicha pregunta no puede ser contestada “pues ello supondría que para un individuo determinado y un hecho concreto podría ser probada la existencia del libre albedrío”, lo que le lleva a sostener que “la cuestión solo puede ser planteada razonablemente en el sentido de preguntarse si, de acuerdo con la experiencia acumulada de las disciplinas implicadas en el hecho, *‘otra persona’* en la situación del autor habría podido resistirse a la tentación delictiva (escala social-comparativa)”.¹⁹ La argumentación experimenta así un desplazamiento desde la fundamentación material de la culpabilidad en la espontaneidad del comportamiento hacia un concepto material de culpabilidad que se concreta en la actitud interna jurídicamente defectuosa desde la perspectiva de lo que hubiera realizado el hombre medio.

La concepción de Jescheck puede ser examinada críticamente desde dos puntos de vista distintos. En primer lugar, por la fundamentación de la culpabilidad en la espontaneidad del comportamiento humano, con la consiguiente reducción del libre albedrío a su aspecto antropológico. El carácter espontáneo del comportamiento referido a la psique por la que se expresa la creatividad, la autonomía y la espiritualidad del sujeto deviene insuficiente en la fundamentación de la responsabilidad si no se da el paso decisivo de aceptar la existencia de la libertad y la voluntad, conformándonos con meras experiencias de libertad. Por ello, más bien cabría entender que si la creación artística puede considerarse sustraída al mecanismo ciego

de la causalidad, como por lo demás se postula desde determinados ámbitos de las neurociencias,²⁰ ello es un argumento decisivo para replantear el problema del libre albedrío en el sentido de entender que entre los procesos mentales y la acción no puede afirmarse que haya una sobredeterminación causal y que no está excluida la emergencia de la libertad de la voluntad.

En segundo lugar, es cuestionable el concepto general, social, de culpabilidad, que formula Jescheck tras la constatación de que no se puede probar ni el poder obrar de otro modo ni la existencia del libre albedrío. Esto fue ya destacado por Torío quien criticó el concepto de culpabilidad general o social propuesto por Jescheck considerando que la culpabilidad pretende ser un juicio individualizador y que hablar de culpabilidad general o social es contradictorio desde un punto de vista lógico además de contribuir a la confusión entre antijuricidad (juicio impersonal) y culpabilidad (juicio personal): “El sujeto no es penado por su propia culpabilidad, sino atendiendo al poder impersonal de otro, es decir, de un sujeto hipotético, imaginario, que en esa situación hubiera procedido de modo diverso a como lo hizo el hombre real”.²¹ En su lugar, propone Torío un concepto material individual, personal, de culpabilidad fundado en el dato antropológico de la espontaneidad del comportamiento humano.²² Fundamento y concepto material de culpabilidad confluyen en la formulación de “una noción integrada, multilateral, abierta, compleja, de la imputación subjetiva”, pues la espontaneidad “está en relación con el carácter, es decir, con el conjunto de disposiciones congénitas y adquiridas que confieren peculiaridad a la personalidad. Mas ante todo se halla en intercambio dialéctico permanente con el tipo de sociedad”.²³

El concepto individual de culpabilidad tiene el indudable mérito de llamar la atención sobre el carácter personal del juicio de culpabilidad y de poner de relieve a la vez que en el juicio de culpabilidad se han de tener en cuenta todos los factores, individuales y

¹⁸ *Ibidem*, p. 439, donde también expresa, sin embargo, que “incluso para las ciencias de la naturaleza no rige completamente la ley de la causalidad sino que hay que admitir un “margen de libertad”.

¹⁹ Jescheck, H.-H./Weigend, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General* cit., pp. 453 y 458 y ss.

²⁰ Gazzaniga, M. S., *¿Qué nos hace humanos? La explicación científica de nuestra singularidad como especie*, traduc. por Forn, F., Paidós, Barcelona, 2010, pp. 216 y ss. y 255.

²¹ Torío López, A., “El concepto individual de culpabilidad”, *cit.*, pp. 292 y ss.

²² *Ibidem*, pp. 296 y ss.

²³ Torío López, A., “Indicaciones metódicas sobre el concepto material de culpabilidad”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 36, 1988, pp. 765 y ss.

sociales, que concurren en el autor al tiempo del hecho. Pero este concepto material, al erigirse sobre la fundamentación de la culpabilidad en la espontaneidad del comportamiento humano como dato antropológico, deja sin resolver el problema que se suscita con base en los estudios de las ciencias empíricas y en particular hoy desde las neurociencias, a saber, que si no somos libres de querer lo que queremos, la responsabilidad penal sería un artificio o un constructo puramente jurídico edificado sin base material firme, en el aire. Por ello, la fundamentación de la responsabilidad penal pasa por tomar posición en el debate sobre determinismo y libre albedrío en sentido fuerte, sin que pueda ignorarse este ni pretender resolverlo invocando la espontaneidad del comportamiento humano como dato puramente antropológico o como experiencia psicológica.

Mir Puig introduce un momento normativo o valorativo en la fundamentación material de la culpabilidad. Considera insuficiente tanto la concepción tradicional basada en el poder obrar de otro modo (“el principio de culpabilidad no puede fundarse en la metafísica posibilidad de obrar de otro modo”),²⁴ como las teorías de la motivación por las normas. Mir Puig distingue entre posibilidad de motivación normativa como condición de la infracción de una norma de determinación (“la imposibilidad absoluta de motivación normativa *impide la propia infracción de una norma* personalmente dirigida al sujeto”) y la “anormalidad motivacional” como fundamento de la exclusión de la responsabilidad penal: “cuando no falta toda posibilidad de ser motivado por la norma, sino solo la posibilidad de un acceso *normal* a la misma, tiene sentido dirigir el mensaje normativo al sujeto, que podrá infringir la norma de determinación, pero será legítimo considerarle *penalmente responsable*”. Dicho en términos positivos, el fundamento material de la imputación personal se hallaría en la normalidad motivacional o normal motivación por la norma, lo que faltaría o se hallaría limitado en los inimputables o en situaciones de inexigibilidad.²⁵ Pero el problema que parece suscitarse desde el ámbito de las neurociencias es el de si *siempre* falta la posibilidad de ser

motivado por la norma y esta es la cuestión a la que ni la teoría de la motivación normal por la norma —ni en general las teorías de la motivación— dan una respuesta convincente.

La concepción de Mir Puig plantea a nuestro juicio dos problemas, uno referido al concepto y otro a la fundamentación de la imputación personal.

El concepto material se despersonaliza en la medida en que hay que atender al criterio del hombre medio (a cómo responde el hombre medio a la exigencia normativa) para decidir acerca de la “normalidad motivacional”. Mir Puig parte, en efecto, de que en un derecho democrático el límite máximo de lo punible es lo exigible al hombre normal al que el derecho se dirige, de manera que cuando el sujeto actúa en situación de anormalidad motivacional el derecho retrocede. La disposición hereditaria y factores sociales pueden condicionar el normal proceso de motivación, pero esa normalidad motivacional se establece acudiendo al hombre medio. Por otra parte, en la formulación de Mir Puig son los elementos previstos legislativamente para excluir la culpabilidad o atenuar la culpabilidad los que, parece, vendrían a establecer los criterios de normalidad motivacional. De ser así, nos hallaríamos ante una fundamentación material normativizada de manera que sería la ley la que establecería el fundamento —y no al revés, el fundamento el que originara la ley— lo que no sería aceptable desde un punto de vista metodológico.

Mir Puig señala que “fundar la responsabilidad en un distinto poder de resistencia del autor frente al delito no se opone al postulado determinista según el cual nadie pudo actuar de otro modo a como lo hizo. Supone solo que *a priori* el sujeto que actúa normalmente cuenta con unas condiciones motivacionales mucho más favorables que él no responsable penalmente para resistir al delito y atender a la llamada de la norma, lo que permite a la sociedad imponer unas expectativas muy distintas en ambos casos”.²⁶ Pero, en la medida en que se acepte el postulado determinista, solo puede decirse que alguien actúa “normalmente” si la normalidad se decide con arreglo a lo que el derecho espera de cualquiera. En definitiva, será el

²⁴ Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed. actualizada y revisada, con la colaboración de Gómez Martín, V. y Valiente Iváñez, V., Reppertor, Barcelona, 2016, p. 555.

²⁵ *Ibidem*, pp. 557 y 554 y ss.

²⁶ *Ibidem*, p. 560.

derecho el que decida lo que es exigible al sujeto en atención a lo que es exigible al hombre normal.

El problema se presenta porque si el llamado hombre normal no es él mismo libre de motivarse normalmente, solo normativizando la fundamentación y el concepto material de la culpabilidad —que queda así reducida a los elementos previstos legislativamente— se pueden sentar las bases para la imputación subjetiva. O dicho en otros términos, si no se acepta la libertad de la voluntad no debería poder hablarse nunca de motivabilidad normal, por lo que la fundamentación por la normalidad motivacional aceptando a la vez el postulado determinista es una ficción semejante a las ficciones de libertad para el derecho.

Otras concepciones de la culpabilidad eluden el problema del libre albedrío conformándose con *tratar como libre* a quien presente “una capacidad de control intacta y con ello asequibilidad normativa”. Para la concepción de la culpabilidad por la existencia de asequibilidad normativa es suficiente con la prueba empírica sobre la capacidad de autocontrol del individuo concreto con arreglo a criterios psicológicos o psiquiátricos que evidencien si era motivable normalmente. Según dice Roxin, “la suposición de libertad es una “aserción normativa”, una regla social de juego, cuyo valor social es independiente del problema de teoría del conocimiento y de las ciencias naturales”.²⁷

Tal normativización del fundamento de la culpabilidad, sobre la base de tratar al hombre con capacidad de control como libre —y, habría que añadir, tratarlo como no libre o como no plenamente libre en los casos en que la capacidad de control estuviera ausente o alterada— deja la culpabilidad reducida a sus elementos formales conformadores lo que puede llegar a significar dejarla sin fundamento material.

Cuando se parte de tratar como libre a quien tiene una capacidad de control intacta se deja sin resolver la cuestión fundamental, a saber, si la capacidad de control con arreglo a criterios psicológicos o psiquiátricos es suficiente para fundamentar materialmente la culpabilidad más allá de suponerla empírico-normativamente. Pues si, como se pretende desde determinados sectores de las neurociencias, tal capacidad de control no existe por estar toda decisión determinada neurológicamente, ignorar la discusión científica y filosófica sobre la libertad de la voluntad conduce a fundamentarla sobre una ficción²⁸ o acaso, como acabamos de decir, a dejarla sin fundamentación material. El problema que se deja sin resolver es el de si en aquellos casos en que actuamos con capacidad de control, haciendo lo que queremos, sin coacción interna o externa, o sea, con libertad de actuación, somos libres de querer lo que (creemos) queremos.²⁹ Es decir, el problema es si, además de la libertad de actuación, hay libertad de la voluntad o libre albedrío en sentido fuerte, porque si no fuera así la responsabilidad penal se estaría construyendo en el aire, sobre una ficción; sería un simple constructo carente de justificación material.

Un desplazamiento del centro de la discusión se advierte también en Hassemer cuando afirma que las ciencias empíricas no son las únicas llamadas a hablar sobre la libertad, y que constituye lo que llama un “error categorial” suponer que las ciencias empíricas “podrían enjuiciar científicamente si otras ciencias están autorizadas a desarrollar un concepto de libertad o no, es decir: si “existe” la libertad o no”.³⁰ Partiendo de tales presupuestos, Hassemer habla de imputación subjetiva y de fundamentar la culpabilidad siempre que se pueda formular frente al sujeto un reproche por el acontecimiento causado y hacerlo responsable

²⁷Roxin, C., *Derecho Penal. Parte General, T. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, cit., p. 808. En sentido semejante, vid. Luzón Peña, D. M., “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, en *Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Demetrio Crespo, E. (dir.) y Maroto Calatayud, M. (coord.), Edisofer / B de F, Madrid/ Buenos Aires/ Montevideo, 2013 pp. 377 y ss., sosteniendo (p. 379) que la “reprochabilidad jurídica-penal individual se basa en la libertad de decisión y actuación del sujeto, en su posibilidad de acceder a las normas y de determinarse normalmente por ellas y en la exigibilidad penal individual basada en valoraciones normativas que no hagan comprensible, explicable o disculpable su infracción en la situación concreta”. Sobre la discusión reciente acerca de la culpabilidad por la asequibilidad normativa, roxin, C. “Normative Ansprechbarkeit als Schuldkriterium”. *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 9/2015, pp. 490 y ss.

²⁸Por mucho que se quiera hacer de ella más que una “ficción necesaria para el Estado” (Kohlrausch) una “suposición garante de la libertad”; vid. en este sentido Roxin, C., *Derecho Penal. Parte General, T. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, cit., p. 811.

²⁹La distinción entre libertad de la voluntad o libre albedrío en sentido fuerte y libertad de acción o libre albedrío en sentido débil deviene fundamental. Al respecto, Schopenhauer, A., *Los dos problemas fundamentales de la ética, I, Sobre la libertad de la voluntad*, cit., pp. 60 y ss.

³⁰Hassemer, W., “Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal”, *InDret* 2/201, pp. 6 y 8.

del mismo. Para ello no hay que acudir al indemostrable “poder obrar de otro modo” (esa “mentira vital de los penalistas”) sino que basta, afirma, con acudir al camino que marca la ley: a la ausencia de perturbaciones que excluyan o disminuyan la imputabilidad.³¹

A la vista de estas consideraciones parece evidente que culpabilidad formal y culpabilidad material se aproximan hasta llegar a confundirse o identificarse. El propio Hassemer parece aludir a ello cuando afirma que “la constatación positiva de la libertad y de la culpabilidad, por un lado, y la doblemente negativa exclusión de causas de exclusión de la culpabilidad, por otro, posiblemente acaban siendo lo mismo en un sistema lógico-formal”.³² El problema que entonces se plantea es el mismo que vimos a propósito de la culpabilidad por la asequibilidad normativa, a saber, que no se hace frente a la cuestión —que se suscita de forma cada vez más acuciante desde el ámbito de las neurociencias— de si quien actúa en ausencia de perturbaciones es en verdad libre de querer lo que (cree) quiere hacer. Pues no se trata ya de si se puede demostrar o no que alguien pudo obrar de otro modo en la situación concreta sino de una cuestión previa: si somos libres de querer lo que queremos o estamos determinados por procesos neuronales en los que no participa la voluntad.

Una crítica semejante puede hacerse al “compatibilismo epistemológico” defendido por De Oliveira Rodríguez para quien las neurociencias y la libertad del querer son compatibles porque pertenecen a dos realidades epistemológicas diferentes.³³ Siendo esto cierto en lo fundamental, el problema que se suscita es cómo puede fundamentarse la responsabilidad con base en el libre albedrío de ser ciertas las posiciones neurocientíficas extremas que niegan la existencia de este. Es, en definitiva, el problema de si la ciencia

jurídica debe escudarse en razones epistemológicas para seguir un camino independiente o si, más bien, debería interactuar con las neurociencias en la línea de una epistemología de base biológica a la que nos referiremos después.³⁴

Jakobs prescinde decididamente de la libertad de la voluntad, de suposiciones, dice, acerca de si un sujeto está dotado de libre albedrío al tiempo del hecho. A su juicio, el derecho penal ofrece algo: “libertad de conducta; hay que subrayarlo, de conducta, no de voluntad”.³⁵ Jakobs parte de una concepción funcional de la culpabilidad: mediante la atribución de culpabilidad se restablece la confianza en la corrección de las normas. La culpabilidad es una exigencia del derecho que busca mantener la fidelidad al ordenamiento jurídico y que se basa en la libertad de conducta. Para el “mundo normativo del derecho” hay obligación de responder por las propias conductas.³⁶ Según esta concepción, el derecho penal no se ve en absoluto afectado por posibles descubrimientos neurocientíficos porque derecho y neurociencias siguen caminos independientes.

La crítica que cabe dirigir a la concepción de Jakobs no radica solo en que construye la culpabilidad de espaldas a la discusión científica. Es de mayor calado. Para decirlo brevemente, siguiendo a Roxin,³⁷ el individuo es instrumentalizado como un medio para el fin de la estabilización de la confianza en el ordenamiento jurídico, lo que puede comportar la expansión de la culpabilidad por razones de prevención general con olvido de la dignidad de la persona. O, como dice Feijoo Sánchez, en la concepción de Jakobs, “la culpabilidad queda reducida a ser un mero derivado de la prevención general positiva”.³⁸

Las teorías preventivas de la culpabilidad evitan y superan el problema de la fundamentación material

³¹ Hassemer se refiere a los §§ 20 y 21 del Código penal alemán sobre inimputabilidad e imputabilidad reducida, *loc. cit.*, pp. 11 y ss. ya antes y más ampliamente, sosteniendo que el Código penal da por supuesta la libertad, Hassemer, W., *Fundamentos del Derecho Penal*, traduc. por Muñoz Conde, F./Arroyo Zapatero, L., Bosch, Barcelona, 1984, pp. 283 y ss. y 289.

³² Hassemer, W., “Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal”, *cit.*, p. 12.

³³ De Oliveira Rodríguez, V. G., *Livre arbitrio e Direito Penal: Revisão frente aos aportes da neurociencia e à evolução dogmática*, Tesis doctoral inédita, 2015, pp. 279 y ss.

³⁴ *Infra* 3.2.

³⁵ Jakobs, G., “Culpabilidad jurídico-penal y libre albedrío”, Traduc. por Cancio Meliá, M., en *Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias*, Feijoo Sánchez, B. (ed.), Civitas/ Thomson, Pamplona, 2012, p. 210.

³⁶ Jakobs, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Traduc de la 2ª ed. por Cuello Contreras, J. / Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 584 y ss., el mismo, “Culpabilidad jurídico-penal y libre albedrío”, *cit.*, pp. 210 y ss.

³⁷ Roxin, C., *Derecho Penal. Parte General. T. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, *cit.*, p. 806.

³⁸ Feijoo Sánchez, B., “Derecho Penal y neurociencias. ¿Una relación tormentosa?” en *Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias*, Feijoo Sánchez, B. (ed.), *cit.*, p. 124.

de la culpabilidad en el libre albedrío en sentido fuerte reconstruyendo la culpabilidad en términos sociales, lo que implica el rechazo del carácter individual de la culpabilidad. Muñoz Conde y García Arán afirman con claridad que “no hay una culpabilidad en sí, sino una culpabilidad en referencia a los demás”, que “la culpabilidad no es un fenómeno individual, sino social”, que “no es una cualidad de la acción sino una característica que se le atribuye para poder imputársela a alguien como su autor y hacerle responder por ella”, y que es “la sociedad o mejor su Estado representante, producto de la correlación de fuerzas sociales existentes en un momento histórico determinado, quien define los límites de lo culpable y de lo no culpable, de la libertad y de la no libertad”.³⁹

Las concepciones sociales de la culpabilidad hacen posible la coincidencia de la responsabilidad penal con la posición de los científicos que sostienen la inexistencia de la libertad de la voluntad. Feijoo Sánchez parte de una teoría preventiva de la culpabilidad concebida como teoría comunicativa: “se trata de los criterios normativos que nos permiten justificar intersubjetivamente ante un ciudadano, de acuerdo con los criterios de legitimación del orden jurídico, cuál es la razón por la que —voluntaria o, habitualmente, de forma involuntaria— tiene que soportar una restricción —muchas veces brutal— de sus derechos fundamentales” ... A su juicio, “la culpabilidad se podría definir materialmente como la comunicación de la falta de reconocimiento de la validez de la norma mediante su infracción”, un concepto de culpabilidad “por la erosión de la norma a partir de una “vinculación democrática” del individuo con el ordenamiento jurídico como un asunto puramente particular”.⁴⁰ Tal concepción presupone la reconstrucción de la culpabilidad en términos sociológicos y comunicativos. La culpabilidad deja de ser un juicio individual frente al autor por su decisión libre y pasa a ser una construcción social para la cual decisivo es la falta de disposición jurídica mínima del individuo: la culpabilidad

no tiene que ver con la capacidad de autodeterminación sino que “queda construida sobre la capacidad de autodeterminación como reconocimiento social o intersubjetivo”.⁴¹ La libertad de la voluntad da paso a algo distinto, a saber, las libertades constitucionales. No hay que recurrir a ficciones de libertad sino que basta con el reconocimiento de la persona como libre con el referente del sistema de libertades de la Constitución.⁴²

Para las teorías preventivas de la culpabilidad, el problema de la libertad de la voluntad pierde su significado tradicional y, o bien se ignora directamente por considerarlo irrelevante para la culpabilidad jurídica, como hace Jakobs, o bien se reformula en términos nuevos, en términos comunicativos, como autodeterminación reconocida intersubjetivamente por el orden social vigente y de la que surge la responsabilidad personal, como hace Feijoo.⁴³

Las concepciones preventivas de la culpabilidad resuelven el problema de la fundamentación material de la culpabilidad por la vía de evitarlo discurriendo por otro camino. Reconstruyendo la culpabilidad en términos sociales se puede hacer responder al sujeto que infringe la norma sin otras limitaciones que las que se establezcan formalmente por la ley y, en el fondo, sin más justificación que la de no haber respondido a las expectativas normativas. Pero el problema básico queda en último término sin resolver. Es el problema de cómo justificar materialmente la responsabilidad y la pena si se parte de la inexistencia de la libertad de la voluntad y, por tanto, de que, aunque hagamos lo que queremos, no somos libres de querer lo que queremos. En este punto se hacen insuficientes los criterios normativos externos de legitimación intersubjetiva.

Algo semejante puede decirse del “compatibilismo humanista” defendido por Demetrio Crespo con el loable propósito de alcanzar una solución conciliadora entre las ciencias empíricas y el derecho penal dentro del marco de la dignidad de la persona.⁴⁴ Pero,

³⁹ Muñoz Conde, F. / García Arán, M. *Derecho Penal. Parte General*. 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 379.

⁴⁰ Feijoo Sánchez, B. “Derecho Penal y neurociencias. ¿Una relación tormentosa?”, en *Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias*, Feijoo Sánchez, B. (ed.), *cit.*, pp. 131 y ss.

⁴¹ *Ibidem*, p. 142.

⁴² *Ibidem*, p. 135.

⁴³ *Ibidem*, pp. 142 y ss.

⁴⁴ Demetrio Crespo, E., “Compatibilismo humanista: Una propuesta de conciliación entre neurociencias y Derecho Penal”, *Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Demetrio Crespo, E. (dir.) y Maroto Calatayud, M. (coord.), EDISOFER / B de F, Madrid / Buenos Aires / Montevideo, 2013, pp. 28 y ss. y 36.

con este propósito, el diálogo con las ciencias biológicas y en particular con las neurociencias se limita a la recepción de los conocimientos que estas proporcionan a efectos de una mejor delimitación de la imputabilidad (o sea, de los supuestos de inimputabilidad o de imputabilidad reducida o limitada)⁴⁵ dentro del marco de las libertades constitucionales. El problema de la culpabilidad material queda al margen de la discusión sobre el libre albedrío, que es entendido como simple “premisa metafísica” vinculado a las teorías retributivas de la pena.⁴⁶ En su lugar surge un derecho penal de la prevención limitado constitucionalmente, sobre todo por el reconocimiento de la dignidad de la persona. La culpabilidad es legitimada externamente al individuo, atendiendo a necesidades preventivas, lo que en último término deja sin resolver la cuestión de si es legítimo hacer responder penalmente al sujeto que no es libre de querer lo que quiere, conformándonos con el cumplimiento de los elementos formales de la culpabilidad, elementos que requieren la presencia de una base susceptible de comprobación empírica, pero que son en último término normativos, valorativos.

No todas las posiciones compatibilizadoras entre las neurociencias y el derecho penal son partidarias de un derecho penal de la prevención. Las teorías preventivas de la culpabilidad han encontrado en los descubrimientos de las neurociencias un importante respaldo a sus tesis. Pero esto no significa que el compatibilismo pase por la adopción de una teoría preventiva de la culpabilidad. Pérez Manzano se ha ocupado ampliamente de estas cuestiones realizando un estudio crítico detenido de las diferentes teorías de la prevención a la luz de los descubrimientos neurocientíficos.⁴⁷ El estudio le lleva a la conclusión de que las neurociencias parecen aportar argumentos en favor de las teorías mixtas de la pena pues, entre otras razones, “no parece posible una prevención general sin culpabilidad ya que no se estima posible prescindir de la idea de agente sobre el que proyectamos juicios de mérito y culpabilidad en la configuración de

las relaciones sociales mediante normas y sanciones”, haciéndose precisa una reformulación de la culpabilidad.⁴⁸

La culpabilidad por la normalidad motivacional (Mir Puig), la culpabilidad por la asequibilidad normativa (funcional-empírica) (Roxin), la culpabilidad cuasi reducida a sus elementos formales (Hassemer), la culpabilidad funcionalizada para la estabilización de la norma (Jakobs), la culpabilidad social o comunicativa (Feijoo Sánchez), la culpabilidad constitucionalmente limitada (Demetrio Crespo), son concepciones de la culpabilidad construidas jurídicamente que eluden el problema de la libertad de la voluntad y acuden —con importantes diferencias, desde luego, entre ellas— a ficciones o suposiciones de libertad (o de normalidad motivacional) y que en último término, de llevarse a sus últimas consecuencias, desdibujan —aunque se esfuerzan por mantenerla perfilada— la delicada línea que separa el derecho penal de la culpabilidad del derecho penal de la peligrosidad.

3.2. Toma de posición

A medida que, desde el ámbito de las neurociencias, se alzan voces que hablan de la inexistencia de la libertad de la voluntad y que se realizan experimentos psicológicos que parecen apuntar en esa dirección, se hace cada vez más insuficiente basar la responsabilidad penal en suposiciones de libertad o en la reducción antropológica del libre albedrío a la espontaneidad del comportamiento humano. También devienen insuficientes, a nuestro juicio, las concepciones preventivas de la culpabilidad o la reconstrucción de la culpabilidad en términos sociales.

Por otra parte, el problema de la libertad de la voluntad no debe ser dejado de lado cuando se trata de fundamentar materialmente la culpabilidad. Cuando se prescinde de él, se le ignora, o se le reduce a cuestión puramente metafísica, se empieza a transitar

⁴⁵ Demetrio Crespo, E., “Compatibilismo humanista: Una propuesta de conciliación entre neurociencias y Derecho Penal”, *Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Demetrio Crespo, E. (dir.) y Maroto Calatayud, M. (coord.), cit., p. 39.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 32.

⁴⁷ Pérez Manzano, M., “Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de las neurociencias”, *InDret* 2/2011, pp. 12 y ss.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 32.

hacia un derecho penal de la prevención y se corre el riesgo de ir hacia un derecho penal de la peligrosidad. Determinismo y libre albedrío se excluyen entre sí. Si la hipótesis determinista fuera cierta, habría que renunciar al derecho penal de la culpabilidad individual e ir hacia un derecho penal de la prevención o, incluso, de la peligrosidad. Pero no hay base científica concluyente que incline la balanza en esa dirección.

En el estado actual de la ciencia, es posible defender un derecho penal en el que la pena criminal, como postulan las teorías mixtas, no solo mire al futuro sino también al pasado. Esto tiene una importante justificación. La pena adecuada a la gravedad del injusto y de la culpabilidad del autor permite limitar al legislador frente a posibles excesos de forma más correcta que lo que admite la pena preventiva, tan solo limitada por criterios externos aunque sean constitucionales.

Es posible adoptar una posición compatibilizadora del derecho penal y las neurociencias sin necesidad de acudir a una reconstrucción de la culpabilidad en términos sociales o comunicativos, ni a un derecho penal de la prevención, ni a la reducción del libre albedrío a la espontaneidad del comportamiento humano como dato antropológico, ni a la motivabilidad normal por la norma, ni a la asequibilidad normativa, etc., sino manteniendo un concepto individual, personal, de culpabilidad fundamentado en el libre albedrío en sentido fuerte.

En el cerebro descrito a nivel neuronal de modo determinista surgen propiedades emergentes como la conciencia y la intencionalidad, estados mentales con base biológica cuyo reconocimiento no lleva a aceptar ninguna forma de dualismo.⁴⁹ Siguiendo a J. R. Searle, en el caso normal de la racionalidad tenemos que presuponer que el conjunto antecedente de creencias

y deseos no es causalmente suficiente para determinar la acción. En la actuación racional hay una “brecha” entre las “causas” de la acción en forma de creencias y deseos y el “efecto” en forma de acción. Esta brecha, dice Searle, “tiene un nombre tradicional”, “se le denomina “libre albedrío”, y parece que ha de tener una base neurobiológica aunque no sepamos hoy cómo se realiza.⁵⁰ Según Searle, hay (al menos) tres brechas: en primer lugar, la brecha de la toma racional de decisiones en la que uno intenta hacerse una idea de lo que va a hacer, “hay aquí una brecha entre las razones para hacerse una idea de lo que uno va a hacer y la decisión efectiva que uno toma”; en segundo lugar, la brecha entre la decisión y la acción, “lo mismo que las razones para la decisión no eran causalmente suficientes para producir la decisión, así también la decisión no es causalmente suficiente para producir la acción”; en tercer lugar, la brecha que surge, en el caso de acciones y actividades que se extienden en el tiempo, entre el inicio de la acción y su continuación hasta que se la completa.⁵¹ Las propiedades mentales representacionales no sobredeterminan causalmente la acción.⁵² También las propiedades mentales cualitativas, fenoménicas (*qualia*)⁵³ (como ver el color, sentir el calor, los olores, ... sentir el miedo) se mueven en este ámbito de indeterminación. Como dicen Edelman y Tononi, “por muy detallada que sea la descripción de los procesos físicos subyacentes, es difícil concebir de qué manera el mundo de la experiencia subjetiva —ver el color azul, sentir la sensación de calor— puede surgir de eventos puramente físicos”.⁵⁴

En la brecha entre causas y efectos —con la consiguiente fractura del causalismo—, puede un sujeto querer lo que quiere y en ello podemos hallar el fundamento de la responsabilidad. Esto no significa que haya una disociación del sujeto en impulsos aislados

⁴⁹ Searle, J. R., *El misterio de la conciencia. Intercambios con D. C. Dennett y D. J. Chalmers*, traduc. por Domènec Figueras, A., Paidós, Barcelona, 2000, pp. 12 y ss. La tradición filosófica, dice Searle, hace de lo mental y de lo físico dos categorías mutuamente excluyentes y... “la salida hay que buscarla en el rechazo tanto del dualismo como del materialismo, aceptando, en cambio, que la conciencia es un fenómeno “mental” cualitativo, subjetivo, y al propio tiempo, parte natural del mundo “físico”.

⁵⁰ Searle, J. R., *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, traduc. por Valdés Villanueva, L. M., ediciones Nobel, Oviedo, 2000, p. 26.

⁵¹ *Ibidem*, cit., 27 y ss. y 83 y ss., él mismo, *Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, cit., pp. 33 y ss.

⁵² *Vid.* sobre la discusión, Vicente Benito, A., “Sobredeterminación causal mente-cuerpo”, *Theoría*, Vol. 14/3, 1999, pp. 511 y ss.

⁵³ Sobre los *qualia* y cómo desatar el “nudo del mundo” (el problema cuerpo-mente), *vid.* Edelman, G. M./Tononi, G., *El universo de la conciencia. Cómo la materia se convierte en imaginación*, cit., pp. 191 y ss., especialmente, pp. 212 y ss. *Vid.* también Vicente Benito, A., “Propiedades irreductibles”, *Revista Laguna*, 12, 2003, pp. 77 y ss.

⁵⁴ *Vid.* Edelman, G. M./Tononi, G., *El universo de la conciencia. Cómo la materia se convierte en imaginación*, cit., p. 14.

en el tiempo que impidiera hacerle responsable de sus actos.⁵⁵ Significa más bien el reconocimiento de un ámbito (brecha, hueco) en el que el sujeto en su individualidad puede querer lo que hace y, también, querer lo que quiere. En esa brecha o hueco se manifiesta la individualidad.

Neurocientíficos y filósofos de la mente han discutido y discuten vivamente sobre el problema de la conciencia. El debate es importante para abordar la cuestión del libre albedrío. Luria había señalado que “todo intento de buscar en el sistema cerebral alguna formación o un grupo de células especiales que sea el “órgano de la conciencia” desde el principio carece de todo sentido”. Y añadía: “el intentar encontrar en las profundidades del cerebro el órgano que genera la conciencia sería tan insustancial como intentar buscar en nuestros días el “asiento del alma” en la glándula pineal, justificando de este modo las ingenuas suposiciones de Descartes”.⁵⁶ Más recientemente, Edelman y Tononi muestran su escepticismo ante las explicaciones reduccionistas de la conciencia⁵⁷ sobre la base de la mecánica cuántica y sin atender a la evolución y la neurología.⁵⁸ Postulan un realismo limitado y

una epistemología de base biológica de acuerdo con la cual la conciencia es “una propiedad dinámica de un tipo especial de morfología —la malla de reentrada del sistema talamocortical— en su interacción con el entorno”⁵⁹ que permitiría abrir la investigación “para incluir los sentimientos y las emociones en términos de mecanismos corporales que van mucho más allá de la mera computación”.⁶⁰ En la formación de la conciencia y del pensamiento ocupan un lugar central los sistemas de valores y las emociones. Edelman y Tononi parten de que “el pensamiento es un proceso consciente bajo el cual subyace una profunda estructura de los necesarios mecanismos no conscientes, entre ellas la memoria representacional, los límites impuestos por los valores y la acción de los apéndices corticales como los ganglios basales, el hipocampo y el cerebelo”, y afirman: “la incorporación de los sistemas de valores como limitaciones necesarias sobre el funcionamiento del cerebro como sistema seleccionador enlaza la visión de la epistemología de base biológica y la visión de que las emociones son fundamentales tanto para los orígenes como para el apetito de pensamiento consciente”.⁶¹

⁵⁵ Como cuando Welzel afirmaba que el indeterminismo “convierte los actos de voluntad en una serie absolutamente inconexa de impulsos aislados en el tiempo” y que destruye precisamente al sujeto idéntico, al que podría hacerse responsable de sus hechos, ya que el autor de ellos, posterior, no tendrá ninguna relación con el anterior”, *vid.* Welzel, H., *Derecho Penal Alemán*, 12ª ed., traduc. por Bustos Ramírez, J. / Yáñez Pérez, S., 3ª ed. castellana, Editorial Jurídica de Chile, 1987, p. 207.

⁵⁶ *Vid.* Luria, A. R., *El cerebro humano y los procesos psíquicos*, traduc. por San Vicente, R., ed. Fontanella, Barcelona, 1979, p. 74. A su juicio, la conciencia no es un estado primario e interior de la materia viva, “los procesos psíquicos no han surgido en el seno de la célula viva, sino como resultado de su relación recíproca con el medio que la rodea, en los límites del organismo y el mundo exterior, y han adquirido las formas del reflejo activo el mundo externo con que se caracteriza cada actividad vital del organismo”, *loc. cit.*, p. 70.

⁵⁷ Acerca de la conciencia y el cerebro, Edelman, G. M./Tononi, G., *El universo de la conciencia. Cómo la materia se convierte en imaginación*, *cit.*, pp. 49 y ss.: “Nuestro análisis nos lleva a varias conclusiones. En primer lugar, la experiencia consciente parece estar asociada con una actividad neuronal distribuida simultáneamente entre varios grupos de neuronas de distintas regiones del cerebro. Por consiguiente, la conciencia no es prerrogativa de ninguna área particular del cerebro, sino que sus sustratos neuronales están ampliamente dispersos por todo el llamado sistema talamocortical y regiones asociadas. En segundo lugar, para sostener la experiencia consciente se requiere que un elevado número de neuronas interactúen rápida y recíprocamente por medio del proceso llamado reentrada. Si estas interacciones de reentrada se bloquean, desaparecen sectores enteros de la conciencia, y la propia conciencia puede encogerse o dividirse. Por último, mostramos que las pautas de actividad de los grupos de neuronas que sostienen la experiencia consciente tienen que cambiar constantemente y mantenerse suficientemente diferenciadas entre sí. Si un gran número de neuronas del cerebro comienzan a dispararse del mismo modo, reduciéndose así la diversidad de los repertorios neuronales del cerebro, tal como ocurre durante el sueño profundo o en los ataques de epilepsia, la conciencia se desvanece”.

⁵⁸ Edelman, G. M./Tononi, G. *El universo de la conciencia. Cómo la materia se convierte en imaginación*, *cit.*, p. 258. Dichos autores se oponen, por un lado, al dualismo cartesiano y a cualquier forma de idealismo, y, de otro lado, a las explicaciones de la conciencia sobre la base de la mecánica cuántica al tiempo que desatienden los hechos de la evolución y la neurología (p. 258).

⁵⁹ *Ibidem*, p. 259.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 260: “una epistemología de base biológica no solo permitiría reexaminar bajo una nueva luz algunas cuestiones, por ejemplo la posibilidad de un «sintético a priori», sino que serviría para crear una base mucho más amplia para el pensamiento sobre el pensamiento y los sentimientos. Además, no limitaría nuestras descripciones a la frontera entre nuestra piel y el resto del mundo. Y, lo que es aún más importante, abriría nuestra indagación para incluir los sentimientos y las emociones en términos de mecanismos corporales que van mucho más allá de la mera computación”. Sobre seleccionismo y lógica, *loc. cit.*, pp. 255 y ss.

⁶¹ *Ibidem*, *cit.*, p. 261. Acerca del “darwinismo neural” o selección experiencial, *loc. cit.*, pp. 61 y ss., y 106 y ss. Acerca de la importancia de la “degeneración” en los sistemas seleccionadores, pp. 111 y ss. Sobre los “valores” en el proceso de selección de grupos neuronales, definiendo los valores como “aspectos fenotípicos de un organismo seleccionado durante su evolución y que limitan o constriñen los eventos

La experiencia individual y la conformación de las emociones en las estructuras, grupos o familias neuronales —que conforman dinámicamente el cerebro en su característica plasticidad— son de especial importancia a los efectos de la delimitación de la culpabilidad personal. Nos ocuparemos después de cómo interactúan las emociones con el medio y de si el comportamiento emocional es compatible con la libertad de la voluntad.⁶² Baste por el momento señalar que, de acuerdo con una concepción mixta, compleja, de las emociones, estas se nutren de propiedades mentales representacionales y de propiedades mentales cualitativas o fenoménicas (*qualia*)⁶³ y que su base neurológica no cierra el paso a la emergencia de la libertad de la voluntad.

La consideración de la mente como un ordenador neural diseñado por selección natural deja abierta la cuestión de la libertad y permite, al menos, mantener una actitud de perplejidad ante la misma,⁶⁴ reconociendo su existencia —una existencia enigmática— aunque no sepamos cómo surge o emerge. Según Edelman y Tononi, la descripción científica de cómo la materia se convierte en imaginación no cumple la función de excluir o reemplazar la experiencia cualitativa individual.⁶⁵ De forma paralela, podemos decir que las bases neurológicas de las propiedades mentales no excluyen la emergencia de la libertad de la voluntad en el sujeto individual.

Los estudios neurocientíficos que postulan la base biológica y ambiental del yo (el “yo neural”)⁶⁶ no contradicen la tesis que afirma la emergencia del libre albedrío en el cerebro descrito a nivel neuronal de modo determinista. No es que se pueda derivar la existencia del libre albedrío de la indeterminación

sostenida a nivel de la física de partículas por la mecánica cuántica.⁶⁷ Se trata más bien de la emergencia de la libertad de la voluntad en la brecha entre los estados mentales y la acción.

De acuerdo con lo dicho, cabe fundamentar materialmente la culpabilidad en el libre albedrío. No en el poder obrar de otro modo, ni en la espontaneidad del comportamiento humano, ni en la asequibilidad normativa, ni en la motivabilidad normal, ni en la disposición jurídica mínima del individuo, etc., que a lo sumo pueden verse como presupuestos materiales de los elementos de la culpabilidad previstos legislativamente.

Pudiera entenderse que la posición que aquí adoptamos en favor del libre albedrío, sin contar con la prueba científica definitiva de su existencia, no diferiría de las concepciones que parten de ficciones o suposiciones de libertad. Y ciertamente, cuando Roxin argumenta en favor de un concepto de culpabilidad que no dependa de necesidades preventivas (ni especiales, ni generales) sino de la capacidad de control del sujeto (que es susceptible de constatación empírica), permitiendo así poner límites a la potestad punitiva del Estado, llega a los mismos resultados que los aquí sostenidos. Pero lo hace por una vía distinta. Pues en la concepción de Roxin la culpabilidad por la asequibilidad normativa es una suposición garante de libertad —rente a posibles excesos del legislador—⁶⁸ en la que la suposición de libertad es una aserción normativa, independiente de datos empíricos, lo que, según Roxin, debería poder ser aceptado por igual por deterministas e indeterministas.⁶⁹ Sin embargo, la posición aquí defendida parte de que en el debate entre determinismo e indeterminismo no hay espacio para

somáticos selectivos, como los cambios sinápticos que se producen durante el desarrollo del cerebro y con la experiencia”, pp. 112 y ss. Acerca de las interacciones de los sistemas de valores y las emociones, pp. 116 y ss.

⁶² *Infra*, 8.

⁶³ Acerca de la complejidad de lo mental, *vid.* Moya, C. J. *Filosofía de la mente*, Universidad de Valencia, 2004, pp. 17 y ss.

⁶⁴ La perplejidad a la que se refiere Pinker cuando habla de que “nuestra completa perplejidad acerca de los enigmas de la conciencia, el yo, la voluntad y el conocimiento puede que resulten de un desajuste entre la naturaleza misma de estos problemas y el aparato computacional con el que la selección natural nos ha dotado”, y que le lleva a concluir: “nuestro desconcierto ante los misterios seculares puede que sea el precio que pagamos por tener una mente combinatoria que abrió un mundo de palabras y oraciones, de teorías y ecuaciones, de poemas y melodías, de bromas y relatos, las cosas por las que vale la pena tener una mente”, *vid.* Pinker, S., *Cómo funciona la mente*, *cit.*, pp. 719, 83, 667 y ss.

⁶⁵ Como dicen Edelman, G. M./Tononi, G., “ser no es describir”. *El universo de la conciencia. Cómo la materia se convierte en imaginación*, *cit.*, p. 264.

⁶⁶ Sobre el “yo neural”, Damasio, A.R., *El error de Descartes. La emoción, la razón y el cerebro humano*, traduc. por Ros, J., Crítica, Barcelona, 1996, pp. 218 y ss. Sobre las particularidades de sus propuestas respecto de las de Edelman, *loc. cit.*, p. 225.

⁶⁷ A ello se opone Searle, J. R., *Mentes, cerebros y ciencia*, *cit.*, p. 98.

⁶⁸ Roxin, C. *Derecho Penal. Parte General, T. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, *cit.*, p. 811.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 808. Por el contrario, entendemos aquí que la solución propuesta por Roxin no podría ser aceptada por un determinista.

una opción intermedia, compatibilizadora de ambos, y rechaza el determinismo y la sobredeterminación causal entre estados mentales y acción, de acuerdo con un realismo moderado y una epistemología de base biológica que reconoce la existencia de la libertad de la voluntad aunque su emergencia sea enigmática.

Cuestión distinta, no incompatible con la opción indeterminista, es la de la existencia de factores individuales y/o sociales que condicionan la libertad de la voluntad, de decisión o de acción, factores a tener en cuenta por el legislador y que constituyen los elementos formales de delimitación y graduación de la culpabilidad.

4. Elementos formales de la culpabilidad

Fundamentada materialmente la culpabilidad en el libre albedrío, *el concepto material de culpabilidad se estructura en torno a la capacidad de control de los impulsos por el sujeto, a su capacidad para adecuar su comportamiento a la norma, y a si le es exigible una conducta conforme a Derecho*. En torno a estas referencias materiales, en parte fácticas, en parte valorativas, el legislador debe articular los elementos formales de la culpabilidad.

Al examinar los elementos o características previstas legislativamente —o que se puedan prever— para delimitar, excluir, atenuar o, lo que es más problemático, agravar la culpabilidad penal, se presenta de nuevo la cuestión de la libertad de la voluntad o libre albedrío en sentido fuerte, pero desde una óptica diferente. Ya no se trata de negar o afirmar la libertad de la voluntad sino de, reconocida esta, atender individualizadamente a los factores que puedan concurrir en el sujeto al tiempo del hecho: compulsiones internas o externas, situaciones extraordinarias, déficits volitivos, cognoscitivos o valorativos, etc., que de alguna manera pudieran incidir en el proceso de formación de la voluntad, de decisión o de actuación y, en su caso, en su culpabilidad jurídica, modulándola o excluyéndola. Entre estas características o elementos se hallan los que contemplan situaciones extraordinarias que inciden en el proceso de motivación y afectan a la culpabilidad (*coactus tamen voluit*), situaciones que se distinguen desde un punto de vista dogmático, jurídico penal, de las que excluyen la acción (*non agit sed agitur*). Se abre, por tanto, un abanico de elementos

o características diferenciadas a tener en cuenta por el legislador (y que los diferentes ordenamientos jurídicos concretan de forma no coincidente aunque puedan partir del mismo concepto material de culpabilidad) que contribuyen a delimitar o graduar la culpabilidad.

La descripción que sigue de los elementos de la culpabilidad no pretende ser agotadora sino tan solo situar las bases que nos permite ocuparnos después de los motivos y las emociones en que muchos de aquellos elementos consisten.

4.1. Elementos básicos de la culpabilidad

Elementos o características de la culpabilidad en sentido formal son *básicamente* los que afectan a la imputabilidad afirmándola, excluyéndola o limitándola, los relativos al conocimiento de la antijuricidad o posibilidad de comprensión de lo injusto y a la vencibilidad o invencibilidad del error de prohibición, y los que hacen referencia a las causas de exclusión de la culpabilidad en sentido estricto. Las concreciones legislativas de estos elementos varían de unos ordenamientos jurídicos a otros pero en el actual estado de la ciencia jurídica hay amplio acuerdo en que para imputar subjetivamente un hecho a su autor ha de tratarse de un sujeto imputable, capaz de comprender el significado antijurídico de su comportamiento y de auto-dirigirse de acuerdo con dicha comprensión, conocer que lo que hace se halla prohibido y no encontrarse en una situación tan extraordinaria que no pueda exigírsele un comportamiento adecuado a derecho. Por otra parte, se establecen asimismo mecanismos especiales de atenuación para los casos en que tales elementos no concurren plenamente (imputabilidad reducida o limitada, error de prohibición vencible o causas incompletas de exclusión de la culpabilidad).

4.2. Características especiales que afectan a la culpabilidad

También forman parte de la culpabilidad en sentido formal los elementos o características atinentes a la culpabilidad que se prevén en particulares tipos penales y que modifican, por razones de culpabilidad, la gravedad del delito. Encuentran cabida aquí

circunstancias o características típicas especiales a los que acude el legislador en términos no siempre aceptables. La naturaleza de los mismos es variada.

- a) Unas veces se trata de elementos configurados subjetivamente. Podemos incluir entre estos elementos la ejecución del asesinato “por precio, recompensa o promesa” (artículo 139. 2ª) si aceptamos que tal característica legislativa se funda en la vileza del móvil. El móvil del autor (obtener una satisfacción evaluable económicamente) no es relevante para el injusto del asesinato (ni incrementa el desvalor de acción, ni incrementa el desvalor de resultado)⁷⁰ sino para la culpabilidad del autor. Por otra parte, cuando se habla de la vileza del móvil se introduce en la discusión un elemento valorativo que aproxima también este a los elementos de la actitud interna (otra clase de elementos especiales de la culpabilidad a la que nos referiremos después), lo que pone de relieve que los diferentes componentes de la culpabilidad no son compartimentos estancos.

Algo semejante sucede con la circunstancia configuradora del asesinato introducida en el artículo 139. 1. 4ª por L.O. 1, de 30 de marzo de 2015: “para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra”.⁷¹ Estas circunstancias —porque en rigor son dos— se configuran a partir de un elemento final, pero de un elemento final extratípico, no referido a la ejecución de la muerte, por lo que no afectan al injusto. Al tratarse de una finalidad extratípica, no cabe entender que incrementan el desvalor subjetivo final de acción. El elemento, configurado subjetivamente, habla indirectamente de la actitud interna del sujeto reflejada en el hecho, del especial desprecio hacia la vida de quien actúa con tales fines, y de la especial culpabilidad

del autor. Por ello, estas circunstancias se deslizan peligrosamente desde un elemento configurado subjetivamente hacia un elemento de la actitud interna, y devienen cuestionables desde una perspectiva político criminal.⁷²

- b) Los llamados elementos de la actitud interna o espiritual del autor (*Gesinnung*) son elementos que hacen referencia a la contextura moral del sujeto.⁷³ Se trata de elementos prioritariamente valorativos atinentes a la disposición espiritual interna del sujeto reflejada en el hecho. Pertenecen a la culpabilidad aquellos elementos que solo presentan esa dimensión interna valorativa (los llamados *propios elementos de la actitud interna*). Entre ellos cabe mencionar el desprecio al que alude la fórmula “temerario desprecio hacia la verdad” de los delitos contra el honor.⁷⁴ Pertenecen en parte al injusto y en parte a la culpabilidad aquellos elementos a los que, a la dimensión valorativa, se adhiere una descripción o referencia fáctica atinente a la lesión del bien jurídico (los llamados *impropios elementos de la actitud interna*). Entre los impropios elementos de la actitud interna se halla, por ejemplo, el ensañamiento en la regulación del asesinato (artículo 139.1.3ª del Código penal español). El ensañamiento reclama legislativamente la inhumanidad del autor. Tal exigencia, entendida como actitud interna inmisericorde, restringe el marco de la agravación de lo injusto que se basa en el aumento deliberado del dolor de la víctima. Por tanto, el ensañamiento pertenece en parte al injusto y en parte a la culpabilidad.⁷⁵ Los elementos de la actitud interna son siempre problemáticos desde la perspectiva del Estado de derecho. Dada su indeterminación, introducen un alto grado de inseguridad y pueden dar lugar a una jurisprudencia desigual y a un deslizamiento peligroso

⁷⁰ Sobre el criterio delimitador de los elementos subjetivos que pertenecen al injusto de los que pertenecen a la culpabilidad, *infra* 5.

⁷¹ En este sentido, a propósito del derecho alemán, *vid.* Jescheck, H.-H./Weigend, T. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 508.

⁷² Sobre ello, Alonso Álamo, M., “La reforma del homicidio doloso y del asesinato por L.O. 1 de 2015”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 117, pp. 39 y ss.

⁷³ Sobre tales elementos, Roxin, C. *Derecho Penal. Parte General, T. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, cit., pp. 314 y ss. Jescheck, H.-H./Weigend, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 508 y ss.

⁷⁴ *Íd.* al respecto De Pablo Serrano, A., “Entre la tipicidad y la antijuridicidad: Los elementos de valoración global del hecho. Su aplicación a los delitos contra el honor”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 117, pp. 151 y ss.

⁷⁵ Alonso Álamo, M. *El ensañamiento*, Comares, Granada, 2015, pp. 81 y ss.

hacia un derecho penal de la actitud interna.⁷⁶ Y son especialmente problemáticos cuando se acude a ellos no para atenuar sino para agravar la culpabilidad.

- c) Otras veces puede tratarse, en fin, de elementos de la culpabilidad configurados objetivamente, elementos que con razón han recibido duras críticas por parte de la doctrina.⁷⁷ Son elementos que operan con presunciones y que deben ser rechazados especialmente cuando se acude a ellos con fines agravatorios. En las legislaciones penales modernas tienden a desaparecer. En consecuencia, debe ser aplaudida la supresión del viejo delito de parricidio en el que el parentesco operaba como característica objetiva de la culpabilidad.

Por tanto, los diferentes elementos del tipo de la culpabilidad plantean problemas diversos, especialmente cuando se acude a ellos con fines agravatorios: los elementos subjetivos por la dificultades para conceptualizarlos con arreglo a criterios psicológicos y/o normativos; los elementos de la actitud interna, por su vaguedad e indeterminación; los elementos objetivos por operar con presunciones inaceptables.

4.3. Circunstancias generales que afectan a la culpabilidad

En los ordenamientos jurídicos que cuentan con circunstancias generales, como el español, pertenecen también formalmente a la culpabilidad las circunstancias atenuantes o agravantes que la gradúan, como la circunstancia atenuante de “obrar por estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante” (artículo 21. 3ª), y “la de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2º del artículo anterior” (bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u

otras que produzcan efectos análogos) (artículo 21. 2ª). Además, el Código penal español trata como si fueran circunstancias atenuantes las eximentes incompletas (artículo 21. 1ª). En consecuencia, las causas de exclusión de la imputabilidad y las causas de exclusión de la culpabilidad en sentido estricto, cuando no concurrieran todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos, se consideran como si fueran atenuantes. Sin embargo, acarrearán una disminución extraordinaria de la pena (artículos 21. 1ª y 68). Hemos de entender que tal disminución extraordinaria de la pena se fundamenta en una disminución de la culpabilidad también extraordinaria.⁷⁸

Por lo que se refiere a las circunstancias agravantes generales, pertenece a la culpabilidad la de “ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa” (artículo 22. 2ª), siempre que se acepte, como sostuvimos a propósito de la configuradora del asesinato, que la agravante se funda en la vileza del móvil. Agrava también la culpabilidad, por las razones que luego se expondrán, la circunstancia de “cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad” (artículo 22. 4ª).⁷⁹ Por otra parte, como dijimos a propósito del asesinato, el ensañamiento, previsto asimismo como circunstancias agravante general, (artículo 22. 5ª: “aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a esta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito”), posee una doble naturaleza jurídica: en parte pertenece al injusto, en parte a la culpabilidad.

Si acudimos a nuestra historia legislativa cabe destacar, entre otras, las atenuantes de haber precedido inmediatamente provocación o amenaza adecuada de parte del ofendido, la de vindicación próxima de una ofensa grave, y la de obrar por motivos morales, altruistas o

⁷⁶Roxin, C., *Derecho Penal. Parte General, T. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, cit., p. 315, recordando a Welzel, H., *Derecho Penal Alemán*, cit., p. 116: “este es el punto de mayor peligro para la infiltración de un Derecho penal del ánimo”. Crítico también Jescheck, H.-H./Weigend, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 509.

⁷⁷Vid. Jescheck, H.-H./Weigend, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 506 y ss. En relación con el derecho español, Torio López, “Estudio de la reforma de los delitos contra la vida (parricidio-asesinato)”, en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal. Semana de Derecho Penal en memoria del profesor Julián Pereda*, S. J., Universidad de Deusto, Bilbao, 1983, pp. 91 y ss.

⁷⁸Nos referimos, claro es, a las eximentes incompletas atinentes a la culpabilidad, no a las que disminuyen el injusto.

⁷⁹*Infra* 5. y 8.1.

patrióticos de notoria importancia, de *motivos elevados* los calificaba la doctrina, (circunstancias atenuantes 5ª, 6ª y 7ª del artículo 9 del viejo Código penal que fueron suprimidas en 1983), y la agravante de desprecio de sexo (que fue asimismo suprimida en 1983 del elenco de circunstancias del artículo 10. 16ª del viejo Código penal), si bien esta circunstancia era referida al injusto por la jurisprudencia y la doctrina dominantes.

Y si acudimos a los proyectos de reforma, cabe recordar que el proyecto de 1980 pretendió introducir en nuestra legislación los “móviles” abyectos y fútiles entre las circunstancias agravantes generales (artículo 28, 4ª) y entre las configuradoras del asesinato (artículo 156, 2ª), *motivos bajos* que se contraponían a los motivos elevados antes citados. La Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983 contemplaba también la circunstancia agravante de “obrar por motivos singularmente abyectos o fútiles en delitos contra las personas” (artículo 24, 4ª). Afortunadamente, estas referencias a los motivos abyectos y fútiles no se mantuvieron en los proyectos posteriores.⁸⁰

4.4. Criterios de determinación de la pena atinentes a la culpabilidad (culpabilidad para la medición de la pena versus culpabilidad para la fundamentación de la pena)

Son también elementos que afectan a la culpabilidad aquellos criterios o pautas que la ley da al juez para que fije la pena concreta y que consisten en elementos personales o subjetivos referibles directamente a la culpabilidad. En rigor no son propios elementos de la culpabilidad, ni básicos ni circunstanciales, sino elementos de determinación de la pena dentro del marco penal abstracto establecido en la ley. Pero, en tanto presentan naturaleza subjetiva, hacen referencia

a los motivos del sujeto, a sus sentimientos, a su actitud interna, etc. presentes al tiempo del hecho, pueden ser considerados como elementos de medición de la pena atinentes a la culpabilidad.

Según el § 46. I. del Código penal alemán, la culpabilidad es la base de la medición de la pena. A la luz de lo establecido en el § 46. II. del citado Código penal, el concepto de culpabilidad posee un significado más amplio en la determinación de la pena que en la teoría del delito ya que en dicho párrafo se tienen en cuenta momentos anteriores y posteriores al hecho.⁸¹ Pero en la medida en que también se toman en cuenta elementos subjetivos, como los motivos y fines del autor presentes al tiempo del hecho, no hay duda de que estos contribuyen a delimitar y graduar la culpabilidad del autor a efectos de la pena que se haya de imponer: la pena ha de cumplir con sus fines dentro de la medida de la culpabilidad.

Roxin distingue entre culpabilidad para la fundamentación de la pena y culpabilidad para la medición de la pena. A su juicio, la culpabilidad para la fundamentación de la pena comprende la imputabilidad y la posibilidad de conocimiento de la prohibición. Por su parte, la culpabilidad para la medición de la pena depende sobre todo de los factores que establece el § 46 del Código penal alemán.⁸² Entre los factores previstos en el citado artículo tienen una particular significación para la culpabilidad los motivos y los fines del autor, en especial los racistas, xenófobos o inhumanos, la actitud interna (*Gesinnung*) reflejada en el hecho, la voluntad con que se realiza el hecho. También ha de atender el juez, según lo establecido en dicho párrafo, a la vida anterior del autor, o sus condiciones personales o económicas.

En rigor, la culpabilidad para la fundamentación de la pena y la culpabilidad para la medición de la pena no son compartimentos estancos. Roxin, después de deslindar como realidades diversas la culpabilidad

⁸⁰ Las mismas circunstancias pueden aparecer como circunstancias generales o como características de agravación específicas. Si acudimos al derecho comparado destacables son, por ejemplo, los móviles bajos en la regulación del asesinato en el Código penal alemán (§ 211); los motivos abyectos y fútiles previstos como circunstancias agravantes generales y como cualificativas del homicidio en el Código penal italiano (artículos 61, párrafo primero, 1. y 577, párrafo primero, 4.); los motivos ignominiosos (infames, abyectos) (“*motivo torpe*”) y fútiles previstos en el Código Penal de Portugal (artículo 132, del homicidio cualificado), y en el de Brasil (artículo 121. § 2.º I y 121. § 2.º II, de los homicidios cualificados, y con carácter general en el artículo 61 que contiene criterios para la determinación de la pena por el juez a los que la ley denomina circunstancias agravantes). También cabe mencionar la disminución de la pena del homicidio prevista en el artículo 121. § 1.º del Código penal de Brasil si el autor comete el delito “impelido por motivo de relevante valor social o moral, o bajo el dominio de violenta emoción seguida a la injusta provocación de la víctima”.

⁸¹ Jescheck, H.-H./Weigend, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 956.

⁸² Roxin, C., *Derecho Penal. Parte General, T. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, cit., p. 814.

para la fundamentación de la pena y la culpabilidad para la medición de la pena, admite abiertamente que “no están completamente aisladas una de otra”. Se refiere por ejemplo a supuestos de atenuación por imputabilidad reducida, y a la concurrencia de determinadas características típicas de la culpabilidad (como “desconsideradamente” o “por brutalidad”) estimando que estas, “aunque no tengan nada que ver con la aseQUIBILIDAD normativa”, designan grados elevados de culpabilidad.⁸³ Sin embargo, si partimos de los presupuestos materiales de la culpabilidad aquí sostenidos, eximentes incompletas y elementos típicos subjetivos de la culpabilidad —incluso si son elementos de la actitud interna, valorativos— afectan al concepto material de culpabilidad pues este no depende de la aseQUIBILIDAD normativa sino de los condicionamientos con que actúa el sujeto. La *culpabilidad para la fundamentación de la pena* es culpabilidad por el hecho aislado teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en el autor en el momento de la acción, en particular aquellas que tienen que ver con el carácter del sujeto, forjado a partir de disposiciones congénitas y condicionamientos sociales, y las que puedan condicionar en mayor o menor medida la libertad de la voluntad y la libertad de actuación al tiempo del hecho.

Propios elementos para la fundamentación de la pena son los relativos a la imputabilidad y a la posibilidad de conocimiento de la prohibición. También son propios elementos (negativos) para la fundamentación de la culpabilidad las causas de exclusión de la culpabilidad en sentido estricto, las llamadas causas de exculpación, toda vez que su presencia impide apreciar la culpabilidad porque mediatizan y condicionan de forma extraordinaria la libertad, como sucede con el estado de necesidad exculpante, cuando el conflicto se plantea entre bienes jurídicos de igual valor —artículo 20. 5º— y con el miedo insuperable —artículo 20. 6º— del Código penal español.

A nuestro juicio, también fundamentan la pena por razones de culpabilidad aquellas características típicas y aquellas circunstancias generales que en las legislaciones que las contemplan dan lugar, por razones de culpabilidad,

a un marco penal propio, *antepuesto al de los criterios de determinación de la pena por el juez* (por ejemplo, las eximentes incompletas y las atenuantes que disminuyen la culpabilidad o las características configuradas subjetivamente presentes en determinados tipos penales y que no afectan al injusto sino a la culpabilidad).

Por el contrario, son *meros criterios para la medición de la pena* (y es aquí donde puede hablarse de un concepto más amplio de culpabilidad) los que operan a partir del marco penal establecido por el tipo o del que resulte de aplicar las reglas de determinación de la pena en atención a las circunstancias generales. En el Código penal español, el margen de arbitrio de los jueces o tribunales se limita, cuando no concurren ni atenuantes ni agravantes, a aplicar la pena establecida por la ley para el delito cometido “en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho” (artículo 66. 6ª del Código penal). Más explícito es el Código penal portugués que, en la línea de lo establecido en el § 46 del Código penal alemán y, también, con el no reconocimiento legislativo de *genuinas* circunstancias modificativas del delito, establece en su artículo 71 que en la determinación de la medida de la pena dentro de los límites fijados por la ley se atenderá a la culpabilidad del autor y a las exigencias de prevención atendiendo, entre otros criterios y por lo que aquí interesa destacar, a la intensidad del dolo o de la culpa, a los sentimientos manifestados en la comisión del delito y los fines y motivos que lo determinaron, a las condiciones personales del autor y a su situación económica, a la conducta anterior y posterior al hecho, a la falta de preparación para mantener una conducta lícita, manifestada en el hecho, cuando esa falta deba ser censurada a través de la aplicación de la pena. Especialmente nos importa destacar la referencia a los sentimientos manifestados en el hecho y a los fines y motivos que lo determinan.⁸⁴ Estas referencias, al igual que las del § 46 del Código penal alemán a la actitud interna (*Gesinnung*) y a los motivos y fines del autor, son elementos de la culpabilidad a tener en

⁸³ *Ibidem*, p. 814.

⁸⁴ Por otra parte, son motivos que producen una atenuación especial de la pena, según lo previsto en los artículos 72 y 73, haber actuado bajo la influencia de una amenaza grave o bajo influencia de persona de quien dependa o a quien se deba obediencia, o haber sido determinada la conducta del agente por motivos honrosos, por la solicitud de la propia víctima o por provocación injusta u ofensa inmerecida.

cuenta en la medición de la pena cuando no han sido tomadas ya en cuenta en el tipo penal aplicable.⁸⁵

5. ¿Cómo delimitar las características de la culpabilidad de las características subjetivas que gradúan el injusto?

Apenas se discute hoy la teoría de los elementos subjetivos del injusto. Con razón dice Roxin que el problema no es ya el de la existencia de tales elementos sino el de “su delimitación de los elementos subjetivos especiales de la culpabilidad”.⁸⁶ A su juicio, el criterio rector de la delimitación es el de si la característica se refiere al bien jurídico protegido, o si coopera a caracterizar “la acción típica, la forma de su menoscabo o tendencias relevantes para el injusto”: en todos estos casos la característica subjetiva en cuestión pertenecerá al tipo de lo injusto. Por el contrario, será elemento de la culpabilidad el que “no se refiere al tipo delictivo, sino que únicamente describe motivos, sentimientos y actitudes internas independientes de aquel (y agravantes por regla general)”.⁸⁷

Estos criterios son también decisivos para la delimitación de las circunstancias generales que modifican el injusto de las que modifican la culpabilidad. Tales criterios excluyen la posibilidad de que afecten al injusto aquellas características y circunstancias subjetivas basadas en *finés y motivos* del autor relacionados con un bien jurídico distinto del directamente protegido en el concreto tipo penal que venga en aplicación. No puede hablarse en estos casos de un mayor desvalor de resultado en atención a la pluralidad de bienes jurídicos afectados.

Circunstancias generales como la de obrar por motivos discriminatorios (artículo 22, 4ª del Código penal español) y características típicas especiales como las basadas en la finalidad de autor de cometer otro delito, evitar que se descubra, etc. (así, artículo 139. 1. 4ª y artículo 166. 2. b), pueden ser examinadas a la luz de lo que acabamos de decir. El análisis, como vamos a ver, lleva a rechazar que estas circunstancias incrementen el desvalor de resultado, confirmando la tesis de Roxin.

Podría entenderse que la circunstancia de obrar por motivos discriminatorios incrementa el injusto por el ataque adicional a la igualdad que se añadiría al ataque al bien jurídico protegido por el delito al que la circunstancia se adhiere. Pero *de lege lata*, en la medida en que la circunstancia, tal como está prevista en la ley, gravita en torno a los motivos del autor, ni se fundamenta en el ataque a la igualdad ni agrava lo injusto del hecho. Partiendo de los motivos discriminatorios que llevan al delito (por ejemplo, a unas lesiones o a un homicidio) no se dispensa protección a la igualdad (como bien jurídico adicional al protegido por el tipo penal concretamente aplicable). Los motivos reprobables del autor no impregnan ni contaminan la acción hasta el punto de incrementar lo injusto del hecho. *De lege ferenda* podría formularse una agravante en términos distintos a los actuales que atendiera al ataque a la igualdad y no a los motivos discriminatorios. Pero en la regulación actual más bien parece que se trata de una circunstancia configurada subjetivamente que afecta a la culpabilidad.

Las características típicas especiales basadas en la finalidad de autor plantean problemas similares. Así, la circunstancia 4ª del artículo 139.1., del asesinato, (“para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra”) no incrementa, a nuestro juicio, el desvalor de resultado. En el supuesto de que se mate para facilitar la comisión de otro delito, ni se requiere que ese otro delito se empiece a ejecutar, ni puede entenderse que es el peligro adicional para otro bien jurídico el fundamento de la agravación. Lo único que se exige legislativamente es la finalidad del autor de cometer otro delito. En el supuesto de que se mate para evitar ser descubierto, es igualmente la finalidad del autor, y no el ataque al interés del Estado a la persecución de los delitos, el núcleo de la agravación. Por tanto, la circunstancia no se funda en el mayor desvalor de resultado. Tampoco puede aceptarse que en estos supuestos se incremente el desvalor subjetivo final de acción. A la vista de la regulación pudiera entenderse que se desvalora especialmente la acción homicida cuando concurren dichas finalidades, pero al tratarse de finalidades extratípicas, es decir, que no afectan a

⁸⁵ Destaca su relevancia también para la prevención. De Figueiredo Dias, J., *Direito penal português. Parte Geral, II. As consequências jurídicas do crime*. Aequitas/ Editorial Notícias, Lisboa, 1993, pp. 250 y ss.

⁸⁶ Roxin, C., *Derecho Penal. Parte General, T. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, cit., p. 311.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 312.

la comisión del hecho ni al bien jurídico protegido a través del tipo del asesinato, no se incrementa el desvalor de acción ni, por tanto, el injusto (salvo que se acepte que estamos ante un inadmisibles exceso del legislador).

Se trata, por tanto de un elemento de la culpabilidad configurado subjetivamente y que implícitamente habla de la motivación y de la actitud interna del sujeto que se refleja en el hecho. El fin, esto es, aquello para lo que se actúa, informa sobre los motivos, aquello por lo que se actúa, y de la contextura moral del sujeto. El sujeto muestra un singular desprecio hacia la vida cuando mata para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra. Es significativo que la ley no distinga si el delito que se quiere encubrir es grave, menos grave o leve: lo que en definitiva tiene en cuenta es la actitud del sujeto de desprecio hacia la vida, y este será tanto mayor cuanto más leve sea el delito que se quiere evitar que se descubra o cuya comisión se quiere facilitar.

Las consideraciones anteriores son igualmente válidas *mutatis mutandi* para la circunstancia prevista en el artículo 166. 2. b) del Código penal en relación con las detenciones ilegales y secuestros cuando no se da razón del paradero del detenido o secuestrado (“que el autor hubiera llevado a cabo la detención ilegal o secuestro con la intención de atentar contra la libertad o la indemnidad sexual de la víctima, o hubiera actuado posteriormente con esa finalidad”).

6. ¿Está justificado agravar la culpabilidad mediante características típicas subjetivas de agravación y mediante circunstancias agravantes generales?

Las características típicas y las circunstancias que agravan por razones de culpabilidad se justifican con dificultad. Partiendo de una concepción de la culpabilidad como motivabilidad normal por la norma, circunscrita a los elementos que condicionan la atribuidibilidad del injusto a su autor, sostiene Mir Puig que toda la fundamentación de la gravedad del hecho corresponde al injusto penal y que las circunstancias

agravantes no pueden elevar la imputación personal.⁸⁸ Mir Puig hace tal aseveración refiriéndose a las circunstancias agravantes generales, todas las cuales agravan, a su juicio, lo injusto penal del hecho. Podríamos preguntarnos si esto mismo debería ser sostenido respecto de las características de agravación especiales, presentes en determinados tipos penales, que han venido considerándose elementos de la culpabilidad (integrantes del llamado tipo de la culpabilidad), toda vez que la imputación personal, entendida como condición de atribución del injusto penal, tampoco podría ser aumentada en estos casos *creando* “un nuevo desvalor que no provenga ya del injusto penal”.⁸⁹ El examen del derecho positivo no permite responder afirmativamente a esta cuestión. El Código penal no solo reconoce elementos que disminuyen la culpabilidad penal o la excluyen sino también elementos (basados en fines, motivos, móviles, actitud interna del autor, etc.) que la agravan, estableciendo incluso un marco penal singularmente severo. Significativas son al respecto las palabras de Roxin, quien, al tratar de delimitar los elementos típicos subjetivos pertenecientes a la culpabilidad de los elementos subjetivos del injusto, afirma: “cuando un elemento no se refiere al tipo delictivo, sino que únicamente describe motivos, sentimientos y actitudes internas independientes de aquel (*y agravantes por regla general*), se trata de elementos de la culpabilidad”⁹⁰ (la cursiva es nuestra).

En el Código penal español hallamos manifestaciones destacables de circunstancias agravantes generales y especiales atinentes a la culpabilidad y no al injusto del hecho. Así, la ejecución por precio, recompensa o promesa (artículos 22. 2ª y 139. 2ª), los motivos discriminatorios (artículo 22. 4ª), la finalidad de cometer otro delito o de evitar que se descubra (artículo 139. 4ª, del asesinato), la intención de atentar contra la libertad o la indemnidad sexual de la víctima, o la actuación con esa finalidad (en las detenciones ilegales y secuestros del artículo 166. 2. b). Por tanto, solo cabe enfrentarse críticamente a las circunstancias que agravan la culpabilidad desde una perspectiva *de lege ferenda*.

⁸⁸ Mir Puig, S. *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 648 y ss.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 649.

⁹⁰ Roxin, C. *Derecho Penal. Parte General, T. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, cit., p. 312.

A nuestro juicio, para sostener que no hay más desvalor que el que procede del injusto penal, no es preciso entender la culpabilidad como motivabilidad normal por la norma. También si partimos de un concepto individual de culpabilidad basado en la libertad de la voluntad, y graduable a la vista de todos los factores, personales y sociales, que concurren en el sujeto al tiempo del hecho, parece aconsejable restringirlos a la atenuación y la exculpación. Es por lo menos dudoso que la ley deba contemplar agravaciones por los motivos y las emociones del autor, incluso si fueran contrarios al orden de valores dominante y estuvieran aún bajo la esfera de control del sujeto. A ello nos referiremos más adelante.⁹¹

7. Bases psicológica y normativa de los elementos subjetivos y proceso de normativización de los elementos subjetivos: aspectos sustantivos y procesales

Díez Ripollés llamó la atención sobre el proceso de normativización de los elementos subjetivos de los tipos y situó dicha tendencia en el contexto general de la tendencia del Derecho penal a la normativización. Observó que los elementos subjetivos, en principio descriptivos, se han ido impregnando de referencias valorativas que les hace perder “su carácter descriptivo de una realidad psicológica”, y que este proceso se presenta no solo en “la naturaleza de los componentes asignados a los elementos subjetivos en su fase de *formulación*, sea por el legislador, sea de un modo mucho más concreto y preciso por la labor interpretativa doctrinal, sino que igual de decisiva resulta la fase de constatación procesal de esos elementos subjetivos, momento en el que se actualizan, junto a los factores ya concurrentes en la fase de formulación, otros nuevos peculiares del contexto procesal”.⁹² Díez Ripollés reivindica una perspectiva psicológico-individual en la intelección de los elementos subjetivos por considerar que es la más respetuosa con la dignidad de la persona, la que introduce más seguridad

y permite limitar mejor el arbitrio de los jueces que de otra forma podría llegar a ser excesivo, y la más acorde con las convicciones generales de la sociedad porque “el modo de aproximación a los hechos es en nuestra sociedad actual el acorde con las ciencias y metodología empíricas”.⁹³

Estando de acuerdo con tales aspiraciones, y en que el intérprete, juez, o doctrina científica, deberían abstenerse de valorizar allí donde la ley le da un elemento descriptivo, el problema a nuestro juicio es la presencia en las leyes penales de elementos subjetivos-valorativos, como por ejemplo los elementos de la actitud interna, o de fórmulas que no se conforman con la descripción de una base psicológica sino que requieren una valoración adicional, como sucede con los supuestos de inimputabilidad o con la evitabilidad del error de prohibición,⁹⁴ o de motivaciones o emociones del autor que, como vamos a tratar de mostrar, se nutren de un momento valorativo inescindible.

Díez Ripollés reconoce que una cierta normativización es en último término necesaria, también si se adopta una perspectiva psicológico-individual, para superar la inaccesibilidad de los elementos subjetivos a la constatación empírica, esto es, para salvar la “distancia entre la inaccesible verdad material de los elementos subjetivos y tal procedimiento experimental”. Pero tal normativización es metodológica, no material: “la legitimación normativa de la que se habla es una genérica, es decir, referida a todo elemento subjetivo, que no pretende por ello expresar, respecto a un concreto elemento subjetivo, un determinado componente valorativo a añadir a sus componentes descriptivos para que tal componente adquiera su plenitud de significado”.⁹⁵

Semejante reducción metodológica de la dimensión valorativa de los elementos subjetivos, que de hecho la restringe al ámbito del proceso, se aviene mal con el derecho positivo, en el que no solo los siempre discutibles elementos de la actitud interna presentan elementos valorativos. También elementos básicos como la imputabilidad o la conciencia de la antijuricidad requieren *internamente* junto a la

⁹¹ *Infra* 8.1.

⁹² Díez Ripollés, J. L., *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pp. 23 y ss., 25 y ss.

⁹³ *Ibidem*, pp. 305 y ss.

⁹⁴ Destaca también la perspectiva normativa en el conocimiento de la antijuricidad, Muñoz Conde, F., en el prólogo a la obra de Díez Ripollés que acabamos de citar, pp. 12 y ss.

⁹⁵ Díez Ripollés, J. L., *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas, cit.*, pp. 323 y ss.

dimensión psicológica, fáctica, una dimensión valorativa, normativa. Que la ley debe contener elementos normativos y subjetivo-normativos solo si es absolutamente indispensable es algo generalmente aceptado. Pero la pregunta acerca de hasta dónde le es dable al derecho prescindir totalmente de los elementos valorativos en las formulaciones legislativas es difícil de responder. Pues la cuestión es que motivos y emociones relevantes para el derecho penal poseen una dimensión psicológica y una dimensión valorativa, y que esta dimensión valorativa que los estudios de psicología se encargan de destacar no puede ser ignorada por el derecho.

8. Motivos y emociones

Procede, pues, centrar la atención en motivos y emociones, dado que informan diferentes elementos, características o circunstancias legislativas atinentes a la culpabilidad. No se trata ahora de examinar de forma agotadora los elementos de la culpabilidad en que aparezcan motivos y emociones. Nuestra pretensión es más modesta y limitada: constatada la presencia entre los elementos de la culpabilidad de motivos y emociones, trataremos de conceptualizar estos y de examinar a su luz una muestra representativa de los motivos y emociones previstos legislativamente.

Son dos los niveles de incidencia de motivos y emociones en la discusión sobre la culpabilidad jurídico penal. En primer lugar, desde la perspectiva que ahora nos ocupa, la de los elementos formales de la culpabilidad, es claro que motivos y emociones inciden en la toma de decisión y la condicionan. Es más, como señaló Damasio y numerosos estudios psicológicos han venido a corroborar, las emociones son indispensables para la toma racional de decisiones, con independencia de que sesgos cognitivos y heurísticas afectivas conduzcan a errores sistemáticos que limiten la toma racional de decisiones.⁹⁶ Desde esta perspectiva se comprende que las emociones sean tomadas en cuenta a la hora de establecer y determinar legislativamente los elementos formales de la culpabilidad. Las

emociones pueden favorecer una decisión razonable, como sucede con el miedo “saludable”. Pero también pueden favorecer una decisión en favor de un delito, como en el actuar bajo un miedo “insuperable”. En la actuación delictiva realizada bajo un estado emocional más o menos intenso, la racionalidad de la decisión no está necesariamente ausente. Si entendemos la racionalidad de acuerdo con criterios internos, esto es, desde la perspectiva del sujeto, la decisión es racional en atención a las circunstancias concurrentes siempre que el sujeto haya mantenido su capacidad de elección (*coactus tamen voluit*) y reaccionado ante un estímulo tras la evaluación-valoración, por muy fugaz que esta sea, consciente o inconsciente. Pero hay casos en los que no se puede aceptar la racionalidad en la toma de decisión: aquellos casos límite en los que el sujeto —por ejemplo por su adicción al alcohol o a las drogas, por una enfermedad mental, o porque se halla bajo un trastorno mental transitorio— es totalmente incapaz de comprender la significación antijurídica de su comportamiento o de determinarse de acuerdo con dicha comprensión.

En segundo lugar, el reconocimiento de la base neural de las emociones obliga a reabrir el problema de la fundamentación de la responsabilidad y de la culpabilidad en la libertad de la voluntad o libre albedrío en sentido fuerte. Esta segunda vertiente (en rigor, la primera desde un punto de vista lógico) obliga a volver sobre la cuestión que habíamos dejado (acaso provisionalmente) resuelta: la de la existencia de la libertad de la voluntad.

Veamos primero cómo despliegan su eficacia motivos y emociones en los elementos formales de la culpabilidad, antes de retomar, al final, el problema de la libertad de la voluntad.

8.1. Motivos, emociones y elementos formales de la culpabilidad

A menudo las leyes penales contemplan conjuntamente motivos y emociones. Esto es fácilmente explicable. Por un lado, las emociones están vinculadas

⁹⁶Damasio, A. R. *El error de Descartes. La emoción, la razón y el cerebro humano*, cit. p. 10. A ello se refiere ampliamente Kahneman, D., *Pensar rápido, pensar despacio*, traduc. por Chamorro Mielke, J., Debate, Barcelona, 2012, “... la emoción está ahora en nuestra comprensión de juicios y elecciones intuitivos mucho más presente que en el pasado...” “... los juicios y decisiones son directamente regidos por sentimientos de agrado y desagrado con escasa deliberación y razonamiento” p. 25, pp. 147 y ss. y p. 186 donde da cuenta del desarrollo de Slovic de la “heurística del afecto” y su relación con los planteamientos de Damasio.

a estímulos precedentes, como, por ejemplo, los que producen el arrebato. Tales estímulos pueden consistir en otras emociones, como los celos que llevan al arrebato. Por otro lado, determinados motivos pueden tener su origen en sentimientos más o menos arraigados. Por ejemplo, los motivos discriminatorios pueden estar vinculados (aunque no necesariamente) al sentimiento de odio hacia una raza, religión, etc.

Las leyes penales ponen el acento, unas veces, en la emoción como tal y/o en los estímulos que la generan (como, por ejemplo, el obrar “impulsado por miedo insuperable”, del artículo 20. 6º del Código penal, o el obrar “por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante”, del artículo 21. 3ª del Código penal); otras veces, dan prioridad a los motivos, motivos que remiten a emociones o a sentimientos del autor (como, por ejemplo, cometer el delito “por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”, del artículo 22. 4ª del Código penal, motivos que suelen vincularse al llamado discurso del odio si bien la ley no lo exige así y bien pudieran responder los motivos discriminatorios a otros sentimientos distintos del odio).

Pero a pesar de esta evidente interconexión, motivos y emociones pueden y deben ser examinados de forma independiente. Ambos son considerados hoy como procesos básicos que forman parte de los recursos adaptativos del ser humano.⁹⁷

El término “motivación”, señala Palmero, se utiliza “cuando queremos describir las fuerzas que actúan sobre, o dentro de, un organismo, para iniciar y dirigir la conducta de éste”.⁹⁸ El concepto de motivación alude a un proceso dinámico interno que, como tal, es variable o cambiante. La variabilidad motivacional se manifiesta tanto en términos cuantitativos (en

intensidad), como cualitativos (selección de la dirección para la ejecución de una acción), y comprende tanto las diferentes respuestas conductuales de diferentes personas ante un mismo estímulo, como las diferentes manifestaciones conductuales ante un estímulo mostradas por una misma persona en momentos diferentes.⁹⁹

Las fuentes de la motivación, de las que manan los estímulos que activan al individuo, pueden ser internas y ambientales: “la conducta es motivada conjuntamente por la interacción de los eventos internos y los eventos ambientales”. Entre las fuerzas internas destaca, siempre siguiendo a Palmero, la historia genética (“la selección natural puede haber favorecido la existencia y mantenimiento de ciertos motivos básicos que se encuentran íntimamente relacionados con la supervivencia”), la historia personal (experiencia que se acumula desde el nacimiento), y las variables psicológicas (basadas en que “los seres humanos somos diferentes y únicos”, lo que se refleja en el plano motivacional en que el individuo se procura lo que convenga a sus necesidades psicológicas). Variables biológicas, neurofisiológicas, y psicológicas intervienen en el proceso de motivación del agente.¹⁰⁰ También estímulos ambientales motivan el comportamiento. Todo ello permite hablar hoy de la interacción en el comportamiento motivado de factores biológicos, del aprendizaje, y de factores cognitivos, además de factores ambientales.¹⁰¹

El estímulo inicia el proceso motivacional pero, como dice Palmero, siendo el estímulo una “variable imprescindible y necesaria”, no es una “variable suficiente”. Se requiere además la percepción, la cual posibilita que el sujeto advierta la presencia del estímulo, y la evaluación-valoración. Ambas (la percepción del estímulo y la evaluación-valoración) pueden ser conscientes o no conscientes.¹⁰²

Importa aquí llamar la atención especialmente sobre la dimensión evaluativa y valorativa del proceso motivacional. Mediante la evaluación el sujeto

⁹⁷ Palmero, F./Martínez Sánchez, F. (coord.), *Motivación y emoción*. Mc Graw Hill. Madrid, 2010, *pássim*.

⁹⁸ Palmero, F. “El proceso de motivación”, en *Motivación y emoción*, Palmero, F./Martínez Sánchez, F. (coord.), *cit.*, p. 2.

⁹⁹ Sobre todo ello, ampliamente, *vid.* Palmero, F. “El proceso de motivación”, en *Motivación y emoción*, Palmero, F./Martínez Sánchez, F. (coord.), *cit.*, pp. 1 y ss.

¹⁰⁰ Ampliamente, Palmero, F., “El proceso de motivación”, en *Motivación y emoción*, Palmero, F./Martínez Sánchez, F. (coord.), *cit.*, pp. 8 y ss.

¹⁰¹ Palmero, F., *op cit.*, p. 11.

¹⁰² Palmero, F. “El proceso de motivación”, en *Motivación y emoción*. Palmero, F./Martínez Sánchez, F. (coord.), *cit.*, pp. 14 y ss.

analiza objetivos o fines y los medios disponibles para su consecución. Mediante la valoración el sujeto pondera las ventajas e inconvenientes de las posibilidades a su disposición. La confluencia en la evaluación y en la valoración de variables biológicas, cognitivas y afectivas, el mayor peso de unas u otras según que la actuación sea o no consciente, la presencia de sesgos cognitivos y de heurísticas afectivas, no excluyen la libertad de la decisión. La decisión tomada tras el proceso evolutivo-valorativo será una decisión racional desde la perspectiva del sujeto. El sujeto tendrá razones para actuar que, desde su particular punto de vista, serán buenas razones.

También el proceso emocional es un proceso complejo en el que intervienen factores diversos, neurológicos, afectivos y cognitivos, además de culturales. Martínez Sánchez, después de destacar que las emociones pueden desencadenarse tanto por procesos intrapersonales como por procesos interpersonales, señala acerca de los antecedentes de la emoción: “a nivel neurobiológico, una emoción puede generarse por causa de la actividad de ciertas estructuras cerebrales y neurotransmisores, en respuesta a la información percibida y procesada. Desde un punto de vista afectivo pueden explicarse en función de procesos sensoriales-perceptivos; por último, diversos factores cognitivos pueden también desencadenarlas como consecuencia de procesos de evaluación y valoración. Finalmente, la cultura ejerce también un importante papel mediador sobre los acontecimientos inter e intrapersonales que anteceden a una emoción, ya que muchos de ellos son aprendidos socialmente”.¹⁰³ Tras el estímulo externo o interno que desencadena el proceso emocional y tras un proceso de evaluación y valoración “se produce la activación emocional, compuesta por una experiencia subjetiva o sentimiento, una expresión corporal o comunicación no verbal, una tendencia a la acción o afrontamiento, así como

por cambios fisiológicos que dan soporte a la respuesta global del sistema”.¹⁰⁴ Las emociones presentan una doble dirección motivacional. Por un lado, se desencadenan a partir de estímulos externos o internos; por otro lado, hacen surgir en el sujeto que las experimenta una tendencia a la acción.

Por otra parte, las emociones poseen, tal como se advierte en lo que se acaba de exponer, una característica dualidad. Moya señala que las emociones son estados mentales “mixtos” que poseen propiedades cualitativas o fenoménicas (*qualia*) y propiedades representacionales, analíticas. Emociones y sentimientos se caracterizan a la vez, afirma, “por cierta actitud hacia un contenido y por cierta cualidad sentida”.¹⁰⁵ Dejemos esto de momento solo señalado, pues hemos de volver después sobre ello al examinar las emociones desde la perspectiva de la libertad de la voluntad.¹⁰⁶

Se suele distinguir entre emociones básicas (entre las que se hallaría el miedo, la ira, la tristeza, el asco, o la alegría) y emociones secundarias o sociales (como la vergüenza, el orgullo, la envidia o los celos), cada una de ellas con rasgos propios conductuales, fisiológicos y expresivos.¹⁰⁷ Sin embargo, no hay total acuerdo acerca de cuáles sean las emociones básicas, pretendidamente universales. Y también se discute si puede haber emociones básicas distintas en las diferentes culturas,¹⁰⁸ en cuyo caso ya no serían tan básicas.

Se discute también “qué es lo que cuenta como emoción”. Así, se ha sugerido que las emociones son episódicas y de corta duración y que una emoción persistente no es, en rigor, tal, como la cólera prolongada que es más bien “inclinación a enojarse bajo ciertas circunstancias”.¹⁰⁹ A veces se usan indistintamente términos como “sentimiento”, “emoción” o “pasión”. Pero otras veces, aun reconociendo las dificultades a las que se enfrenta el lenguaje cuando pretende concretar estos conceptos, se hacen esfuerzos

¹⁰³ Martínez Sánchez, F. “La emoción”, en *Motivación y emoción*. Palmero, F./Martínez Sánchez, F. (coord.), cit., pp. 34 y ss.

¹⁰⁴ *Ibidem*. pp. 61 y 35 y ss.

¹⁰⁵ Considerándolos estados mentales derivados toda vez que podemos encontrar emociones y sentimientos “cuyo componente fenomenológico es inespecífico cuando se lo aísla del contenido”, vid. Moya, C. J., *Filosofía de la mente*, cit., pp. 17 y ss.

¹⁰⁶ *Infra*, 8.2.

¹⁰⁷ Martínez Sánchez, F., “La emoción”, en *Motivación y emoción*, Palmero, F./Martínez Sánchez, F. (coord.), cit., p. 29, y Palmero, F./Martínez Sánchez, F. (coord.), *Motivación y emoción*, cit., pássim.

¹⁰⁸ Calhoun, C./Solomon, R. C., (comp.). ¿Qué es una emoción? Lecturas clásicas de psicología filosófica, traduc. por Caso, M. Fondo de Cultura Económica, México, 1992, p. 33.

¹⁰⁹ Calhoun, C./Solomon, R. C., (comp.). ¿Qué es una emoción? Lecturas clásicas de psicología filosófica, cit., p. 31.

por distinguirlas y precisarlas, sin que haya coincidencia entre quienes se han ocupado del tema.¹¹⁰ Aquí vamos a partir de que las emociones son procesos epistémicos y de corta duración; de que los sentimientos son emociones duraderas, que se prolongan en el tiempo; y de que las pasiones son emociones intensas que pueden ser más o menos duraderas.

La relevancia de las emociones para la culpabilidad jurídico penal —cualquiera que sea su duración o intensidad— dependerá de su concurrencia en el momento decisivo de la acción, toda vez que momento de la culpabilidad penal es el de la acción. La presencia en dicho momento de una emoción más o menos intensa es, sin duda, relevante para la imputación subjetiva del hecho a su autor. La emoción influye en la libertad de decisión y de actuación. La respuesta emocional es una respuesta mediada tanto afectiva como cognitivamente. Pero la presencia de sesgos cognitivos y heurísticas afectivas no excluye la posibilidad de control de la emoción, por lo que puede hablarse de actuación libre más o menos condicionada en función de los factores o circunstancias que concurren en el autor al tiempo del hecho. En el proceso de afrontamiento que tiene lugar tras la evaluación que sigue a la experiencia subjetiva de la emoción, juega un decisivo papel el aprendizaje, la cultura y el esfuerzo cognitivo y conductual.¹¹¹ Partiendo de tales premisas, deviene fundamental la educación emocional y sentimental que posibilita (salvo situaciones patológicas y/o extremas) el control de las emociones y su conformación de acuerdo con valores. Como dice Camps, “el cultivo de las emociones es la condición de la ética pública”.¹¹²

El reconocimiento de que las emociones pueden ser educadas y controladas tiene singular importancia por la incidencia que las mismas pueden tener en el autor de un delito al tiempo del hecho y la graduación

de su culpabilidad a partir de los elementos de la culpabilidad previstos legislativamente referidos a emociones. A este respecto debe considerarse decisiva la evaluación —valoración del objeto por el sujeto— que realiza una acción delictiva bajo la influencia de una emoción, y no las valoraciones de terceros —singularmente del juez—. Como dice Solomon, las emociones son racionales en el sentido de que siguen un patrón regular, el de la propia “personalidad”, y de que “pueden ser explicadas en términos de un conjunto coherente de causas”.¹¹³

Hemos de estar prevenidos ante aquellas concepciones cognitivo-evaluativas de las emociones que pudieran conducir, como veremos que sucede en ocasiones, a interpretaciones inadmisibles de la ley. Según la concepción cognitivo-evaluativa de las emociones, estas comportan la evaluación de un objeto o situación, pueden mover a la acción conforme a valores y en este sentido pueden ser educadas y controladas.¹¹⁴ Las emociones dice, Nussbaum, involucran creencias y evaluaciones y esto en sentidos diversos: de un lado, las emociones contienen la evaluación de un objeto por el sujeto; de otro lado, las emociones mismas pueden ser valoradas y así establecer si la emoción de un sujeto es o no es razonable atendiendo a si ha partido de creencias verdaderas o falsas.¹¹⁵ A ello habría que añadir la valoración que el legislador hace de una emoción, atendiendo a pautas valorativas culturales, morales, etc. de acuerdo con criterios de racionalidad, en el momento de su reconocimiento legislativo. El reconocimiento, por ejemplo, del miedo, a efectos de excluir o disminuir la culpabilidad, o del odio, que se halla detrás de los motivos discriminatorios, a efectos de agravar la culpabilidad, presupone una valoración de diferente signo de motivos y emociones por parte del legislador. Algo semejante sucede en las legislaciones que han tenido en cuenta —o siguen

¹¹⁰ Para otras distinciones y precisiones conceptuales, *vid.* Camps, V., *El gobierno de las emociones*, Herder, Barcelona, 2011, pp. 23 y ss.; Marina, J. A. *El laberinto sentimental*, Anagrama, Barcelona, 1996, pp. 34 y ss.

¹¹¹ Martínez Sánchez, F. “La emoción”, en *Motivación y emoción*. Palmero, F./Martínez Sánchez, F. (coord.), *cit.*, pp. 58 y ss.

¹¹² Camps, V., *El gobierno de las emociones*, *cit.*, p. 273.

¹¹³ Solomon, R. C., en: ¿Qué es una emoción? *Lecturas clásicas de psicología filosófica*, Calhoun, C./Solomon, R. C., (comp.), *cit.*, p. 334.

¹¹⁴ Tales concepciones se contraponen a las concepciones mecanicistas para las que las emociones son fuerzas, impulsos, etc. que escapan al control del agente, impulsan ciegamente a la acción y no están mediadas por la evaluación o la razón. Una destacable exposición de las teorías mecanicistas y de las cognitivo-evaluativas de las emociones, puede verse en González Lagier, D., *Emociones, responsabilidad y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 25 y ss. y *pássim*.

¹¹⁵ Nussbaum, M. C., *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*, trad. por Zadunaisky, G., Katz, Buenos Aires, 2006, pp. 46, 39 y ss., la misma, *Paisajes del pensamiento. La inteligencia de las emociones*, traduc. por Maira, A. Paidós, Barcelona, 2008, pp. 44 y ss.

teniendo en cuenta— motivos elevados (morales, altruistas...) o motivos bajos (abyectos...). Dejando aparte la crítica que cabe dirigir al reconocimiento legislativo de elementos vagos e indeterminados, lo que importa ahora destacar es la proyección del juicio valorativo del legislador en el reconocimiento de determinadas emociones y, por vía indirecta, también de motivos que pueden hablar de emociones o de sentimientos del autor.

Ahora bien, cualquiera que haya sido la valoración que haya llevado al legislador a otorgar relevancia penal a una determinada emoción a efectos de graduar o excluir la culpabilidad del autor, la apreciación de la emoción —su concurrencia— en el caso concreto depende de la dinámica interna del propio proceso emocional del sujeto al tiempo del hecho, sin que deban proyectarse las valoraciones sociales dominantes acerca de tal emoción si ellas no han sido expresamente descritas en la ley restringiendo así su ámbito de aplicación. Significa esto que la presencia de una emoción reconocida legislativamente, como el arrebató, deberá dar lugar a la apreciación de la atenuante 3ª del artículo 21 del Código penal con independencia de que el arrebató o el estímulo poderoso que lo ha producido sea más o menos loable, o conforme con la norma socio-cultural dominante. Para su apreciación debería bastar con que la emoción, y la tendencia a la acción que lleva aparejada, incidan en la capacidad de control del sujeto, porque con ello se cumpliría la *ratio* de la atenuante. *De lege lata*, mientras la ley contemple sin limitaciones el arrebató producido por un estímulo poderoso, el ámbito de aplicación de la atenuante no puede ser restringido exigiendo para su apreciación que se adecúe a determinados valores o pautas culturales que el sujeto debía tener en cuenta. El legislador no ha seleccionado ni restringido los estímulos que conducen al arrebató exigiendo que sean razonables o atendibles de acuerdo con las pautas culturales dominantes.

A nuestro juicio, se incurre en un error conceptual y metodológico cuando, partiendo de que las emociones mismas pueden ser valoradas, se pretende extraer

consecuencias de ello para la praxis jurisprudencial, atribuyendo al juez —o arrogándose el juez— la valoración de las emociones, en detrimento de la valoración que el propio sujeto ha hecho del objeto que ha desencadenado el comportamiento emocional. Sucede esto cuando se rechaza la apreciación como circunstancia atenuante del arrebató impulsado por los celos, por ejemplo en contextos de violencia de género, por entender que los estímulos que los han producido son repudiados por la norma socio-cultural dominante y que la actuación del autor no se mueve dentro de un cierto sentido ético.¹¹⁶

Pero lo cierto es que, en la regulación de la mencionada circunstancia, en absoluto se requiere que la causa o estímulo desencadenante del arrebató, la obcecación u otro estado pasional de entidad semejante sea conforme con la ética o con la conciencia social imperante; tan solo se requiere que sea poderoso, lo que parece que debe entenderse en el sentido de que pueda producir una emoción intensa, capaz de disminuir la capacidad de culpabilidad del sujeto; y a tal efecto será decisiva la evaluación-valoración del sujeto por fugaz que esta sea, no la valoración que pueda hacer el juez a la vista de las normas éticas, morales o culturales dominantes.

Cuando un sujeto, por su deficiente proceso de aprendizaje y socialización, no es capaz de evaluar y valorar adecuadamente el estímulo que percibe y cae en un estado de arrebató, es incorrecto proyectar *a posteriori* sobre él los valores sociales imperantes que, en su deficiente proceso de aprendizaje, no ha podido introyectar. En la medida en que el arrebató vinculado a un estímulo poderoso haya interferido en la toma de decisión podrá considerarse atenuada la culpabilidad del agente incluso cuando ese estímulo poderoso no coincida con la norma socio-cultural imperante.

Por tanto, es preciso distinguir entre aquellos valores que el sujeto ha introyectado en el proceso de aprendizaje y que, conjuntamente con las bases neurofisiológicas y afectivas, afloran a nivel cognitivo en el proceso emocional, de las pautas socio-culturales

¹¹⁶ Siguiendo a Kahan y a Nussbaum, destaca Peñaranda Ramos las ventajas de la concepción evaluativa de las emociones por cuanto conduce a “distintos resultados según cuales sean las valoraciones que el derecho esté dispuesto a asumir”, *vid.* Peñaranda Ramos, E., *Estudios sobre el delito de asesinato*, B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2014, p. 52. Pero esto, que puede ser aceptado a efectos de una mejor regulación *de lege ferenda* de las emociones relevantes para el derecho penal, no puede aceptarse para restringir o ampliar el alcance de una regulación introduciendo valoraciones externas al proceso emocional en sí, que no hayan sido tenidas en cuenta ni expresa ni tácitamente por el legislador.

dominantes en la sociedad y que el juez pudiera atender. Y hay que diferenciarlos también de los valores que a la sociedad o al Estado importa preservar y que pueden llevar al legislador a otorgar mayor o menor relevancia jurídica a determinadas emociones o sentimientos. Pues, en efecto, la intelección de las emociones desde una perspectiva cognitivo-evaluativa debe entenderse siempre desde el punto de vista del sujeto concreto. Es la evaluación y valoración del objeto por el propio sujeto lo que forma parte internamente del proceso emocional y lo que debe considerarse decisivo a efectos de la culpabilidad del autor. De esta forma, sin desconocer la importancia de la evaluación-valoración en el proceso emocional, se le sitúa correctamente: en el momento del surgimiento de la respuesta emocional y de su motivación a la acción, considerando las circunstancias que concurren en el autor al tiempo del hecho. Mantener otra cosa sería hacer responder al sujeto por una culpabilidad en cabeza ajena. O, más aún, por entender que su respuesta emocional procede “del hecho inexcusable de no haberse procurado una educación”.¹¹⁷

Por ello, parece procedente entender la concepción cognitivo-evaluativa de las emociones en un sentido estricto y, a la vez, integrador.¹¹⁸ Esto significa aceptar que en el proceso emocional hay una valoración del objeto por el sujeto, que tal proceso de valoración está mediado por la educación y el aprendizaje, y que las emociones no son irracionales. Pero también en el proceso emocional concurren a la vez factores neurobiológicos y afectivos, y que esta conjunción de factores puede contribuir a que en la situación concreta la capacidad de control de la acción por parte del sujeto se vea más o menos afectada. Para esta concepción mixta, integradora, de las emociones, la dimensión evaluativa se entiende, en sentido estricto, referida a la valoración del objeto por el sujeto y no a la valoración que los demás, singularmente los jueces, puedan hacer de los estímulos desencadenantes del proceso emocional.

Las emociones afectan a la capacidad de control del sujeto, pueden limitarla e incluso excluirla. Es por ello que tiene singular importancia la intensidad de la emoción, lo que dependerá del estímulo, de la percepción del mismo por el sujeto y de la evaluación-valoración que realice. González Lagier expresa la dificultad que encierra el control de las emociones cuando afirma que dicho control es indirecto y menos fiable que el de las acciones, y propone diferentes vías de control: la revisión de nuestras creencias, la manipulación del contexto y la revisión de nuestros deseos y fines.¹¹⁹ Pero en el complejo proceso emocional, la tendencia a la acción o afrontamiento mediada por la evaluación y valoración es susceptible de control por el sujeto, posibilidad de control que será mayor o menor en función del aprendizaje, la educación y el peso de los factores neurobiológicos y afectivos.

Tratándose de exigir responsabilidad penal, decisivo es si, al tiempo del hecho, el sujeto ha podido controlar, y en qué medida, los impulsos y emociones que le llevan a la acción. A este respecto, será importante conocer si estaba en condiciones de llevar a cabo correctamente la evaluación y valoración propia del proceso emocional.

Es interesante examinar hasta qué punto la intensidad de los estímulos que desencadenan el proceso emocional y el control de la emoción misma son tenidos en cuenta por el legislador penal cuando regula determinadas circunstancias o eximentes atinentes a la culpabilidad. Puesto que no podemos ser exhaustivos, vamos a fijar la atención en tres de los supuestos en que el Código penal español se hace eco de motivos y emociones: el miedo (a), el arrebato, la obcecación y otros estados pasionales (b), los motivos discriminatorios que cabría vincular al sentimiento de odio (c), para terminar extrayendo las conclusiones oportunas *de lege ferenda* (d).

- a) El miedo es una de las emociones que se suelen calificar de básicas. El miedo es un estado emocional complejo y graduable que puede afectar a

¹¹⁷ Como sostuvo la Corte Suprema de Pensilvania y recuerda M. C. Nussbaum: “Supóngase entonces que admitimos el testimonio de que el acusado se enoja fácilmente, es violento y vengativo; ¿a dónde nos llevaría? ¿Son estas excusas suficientes o siquiera atenuantes de un crimen? Por cierto que no, porque son el resultado de una falta de autocontrol, del hecho inexcusable de no haberse procurado una educación”, *vid.* Nussbaum, M. C., *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*, cit., p. 34.

¹¹⁸ Sobre la concepción integradora de las emociones, González Lagier, D., *Emociones, responsabilidad y Derecho*, cit., pp. 53 y ss., 77 y ss., y 148 y ss.

¹¹⁹ González Lagier, D. *Emociones, responsabilidad y Derecho*, cit., pp. 127 y ss.

Culpabilidad jurídico-penal, motivos y emociones. La existencia enigmática de la libertad de la voluntad

diferentes elementos del delito: a la capacidad de acción, a la imputabilidad y a la culpabilidad en sentido estricto. Puede dar lugar a una eximente completa o incompleta, o a una atenuante cualificada. Incluso puede tenerse en cuenta por la vía de una atenuante analógica (artículo 21. 7ª del Código penal español) cuando no concurrieran los requisitos para su apreciación como eximente incompleta ni como atenuante del artículo 21. 3ª (“obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad”).

La regulación del artículo 20. 6º del Código penal, que declara exento de responsabilidad penal a quien “obre impulsado por miedo insuperable”, capta solo el estado emocional no patológico que interfiere en el proceso de motivación del autor y, consecuentemente, en su libertad de decisión. Pero el miedo puede presentarse de forma intercurrente con una anomalía o alteración psíquica, o dar lugar a un trastorno mental transitorio, completo o incompleto.¹²⁰

La doctrina penal tradicional ha diferenciado las situaciones de ausencia de acción, en las que el sujeto no actúa sino que es actuado (*non agit sed agitur*), de las situaciones en las que el sujeto coaccionado, sin embargo quiere (*coactus tamen voluit*). A estas últimas se ha venido refiriendo el llamado miedo insuperable previsto en el artículo 20. 6º del Código penal, en el entendimiento de que bajo un miedo intenso, *insuperable*, el sujeto mantiene un residuo de voluntad que le permitiría optar entre posibilidades diversas de acción. El sujeto, a pesar de la interferencia del miedo en su proceso de motivación, sin embargo, quiere. Dado que el miedo es una realidad psicológica graduable, podría haber, sí, situaciones de miedo intenso

que paraliza, en las que el sujeto quedara petrificado, aterrorizado, y que podrían llegar a excluir la acción. Pero cabrían otros supuestos, los captados por la fórmula del artículo 20. 6º, en los que, siendo el miedo insuperable, subsistiera la capacidad de acción.

No vamos a discutir aquí la justificación filosófica del miedo insuperable,¹²¹ sino que queremos fijarnos en el miedo desde una perspectiva psicológica. Los estudios de psicología describen los diferentes comportamientos de miedo que pueden ser desencadenados por una situación o estímulo. Sabemos que diferentes sujetos reaccionan a los estímulos de forma diferente, en función de ciertas disposiciones neurofisiológicas y del aprendizaje a través de las relaciones interpersonales. Sabemos que en la forma e intensidad de la respuesta influye el grado de maduración del sujeto, sus frustraciones, la capacidad para la solución de conflictos, sus condicionamientos anteriores, etc. Sabemos que situaciones diferentes pueden originar una emoción idéntica en una persona determinada. Y sabemos también que un mismo sujeto puede reaccionar de manera diferente ante un estímulo según cual sea su estado psicofísico actual.¹²² El miedo es una emoción básica o primaria que puede estar ligada a estímulos desencadenantes muy variados. Desde el punto de vista del proceso emocional, señalan Carpi/Guerrero/Palmero, “la emoción de miedo se produce cuando existe un estímulo, evento o situación que, tras la valoración realizada por un individuo —sea consciente o no consciente—, resulta significativamente relacionada con la amenaza física, psíquica o social al organismo así como a cualquiera de las metas valiosas que este persigue; o, lo que es lo mismo: relacionada con la posibilidad más o menos probable y certera

¹²⁰ Sobre la problemática relación de la eximente de miedo insuperable con las restantes eximentes del Código penal, Higuera Guimerá, J.-F., *La eximente de miedo insuperable en el Derecho Penal común y militar español*, Bosch, Barcelona, 1991, pp. 105 y ss.; Cuerda Arnau, M. L. *El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 158 y ss.; Quintanar Díez, M. *La eximente de miedo insuperable*, Edersa, Madrid, 1998, pp. 129 y ss.; Varona Gómez, D. *El miedo insuperable: Una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*. Comares, Granada, 2000, pp. 268 y ss. Acerca de la diseminación del miedo por los diferentes elementos del delito, Alonso Álamo, M. “El miedo. Su incidencia en los diferentes elementos del delito”, *Universitas vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ed. Universidad de Salamanca, 2007, pp. 31 y ss.

¹²¹ Al respecto, destacando su justificación ligada al valor de libertad, Varona Gómez, D. *El miedo insuperable: Una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, cit., pp. 7 y ss., especialmente, pp. 57 y ss.

¹²² Sobre todo ello, Delay, J./Pichot, P., *Manual de Psicología*, 5ª ed., traduc. por Montserrat Valle, L., Barcelona, 1976, pp. 117 y ss. y 133 y ss.

de que perderá algo importante para él. Así, el proceso de valoración asociado a esta emoción tiene, por un lado, connotaciones de pérdida y de ocurrencia futura y, por otro lado, tiene características de inmediatez”.¹²³ Los mismos autores nos informan de que los defensores de la existencia de emociones básicas proponen para su caracterización criterios basados en la expresión, en la respuesta fisiológica y en la valoración relacionada con una meta.¹²⁴ La mayor o menor intensidad del miedo, la incapacidad de controlarlo, están en función de factores neurobiológicos y del aprendizaje de acuerdo con el cual el sujeto, ante la percepción del estímulo, realiza la evaluación y valoración.

El requisito de la insuperabilidad del miedo, del artículo 20. 6º del Código penal, debe interpretarse a la luz de lo que acabamos de decir. El miedo debe ser insuperable para el sujeto en cuestión (no para el hombre medio situado en el lugar del autor), pudiendo variar enormemente de unos sujetos a otros la posibilidad de superar el miedo en función de factores neurobiológicos, del aprendizaje, etc., e, incluso, en cada sujeto puede variar dependiendo del estado psíquico-físico del sujeto al tiempo de percibir el estímulo desencadenante. Tal interpretación, que se opone a las tesis objetivistas,¹²⁵ es conforme con la estructura de la emoción de miedo, con el juicio individualizador de culpabilidad y

el concepto personal de culpabilidad que aquí se mantiene, y con la intelección de la eximente de miedo insuperable desde la perspectiva del principio de la inexigibilidad de una conducta distinta a la realizada y adecuada a la norma.

- b) La circunstancia atenuante de “obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad” (artículo 21. 3ª del Código penal) presenta una formulación legislativa estructuralmente semejante a la del miedo insuperable. Exige la presencia de causas o estímulos poderosos, y que estos produzcan arrebató, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad. La fórmula, que en lo fundamental procede del Código penal de 1848,¹²⁶ evidencia la sabiduría del legislador histórico al conectar las emociones a poderosos estímulos previos. A diferencia del miedo que exime de responsabilidad, la atenuante tercera contempla emociones y pasiones desencadenadas por estímulos poderosos que, sin embargo, no llegan hasta el punto de afectar plenamente a la capacidad de comprensión del sujeto o de autodirigirse normalmente, lo que, de producirse, podría fundamentar la apreciación de un trastorno mental transitorio.¹²⁷ La circunstancia requiere, eso sí, una afectación de la capacidad de culpabilidad de cierta entidad.

¹²³ Carpi, A./Guerrero, C./Palmero, F., “Emociones básicas”, en *Motivación y emoción*, Palmero, F./Martínez Sánchez, F. (coord.), cit., p. 242.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 233, y pp. 238 y ss. sobre el proceso de valoración y el valor adaptativo de las emociones.

¹²⁵ Rechazamos las teorías objetivas que sostienen que la insuperabilidad del miedo debe establecerse con arreglo al criterio del hombre medio situado en el momento de los hechos y en las circunstancias del autor. Acerca de las diferentes teorías y a favor también de las tesis subjetivas, Quintanar Díez, M. *La eximente de miedo insuperable*, cit., pp. 58 y ss. y 94 y ss.

¹²⁶ El Código penal de 1848 establecía en su artículo 9. 7ª: “la de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebató y obcecación”. En 1883 se añaden los estados pasionales en el artículo 9. 8ª del entonces vigente Código penal (“la de obrar por estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación, u otro estado pasional de semejante entidad”), al tiempo que se suprimen la atenuante de haber precedido inmediatamente provocación o amenaza adecuada de parte del ofendido (artículo 9. 5ª), y la de vindicación próxima de una ofensa grave (artículo 9. 6ª). Referencias histórico-legislativas en Palomo del Arco, A. “Los estados pasionales”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial*, VII, 1995, pp. 178 y ss., Cortés Bechiarelli, *Arrebató u obcecación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 37 y ss. y 81 y ss., Matallín Evangelio, Á., *La circunstancia atenuante de arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 49 y ss.

¹²⁷ Trastorno mental transitorio que asimismo puede apreciarse como incompleto por la vía del artículo 21. 1ª. Si a ello añadimos que emociones y estados pasionales pueden fundamentar también la apreciación de la atenuante como muy calificada, podemos convenir en que a efectos penales las emociones y las pasiones son susceptibles de apreciación escalonada, gradual, en atención a su intensidad y al grado de afectación de la capacidad de culpabilidad del agente, *vid.* Carmona Salgado, C. “Los estados emotivos y pasionales como causa de atenuación: sus incidencias y delimitaciones con la circunstancia de trastorno mental transitorio”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981, pp. 441 y ss., nota 13. En relación con los celos, por ejemplo, el Tribunal Supremo distingue en sus sentencias entre la celopatía inserta en el síndrome paranoico que puede dar lugar a la apreciación del trastorno mental transitorio completo o incompleto, según su intensidad, y la celotipia o reacción vivencial desproporcionada que puede dar lugar a una atenuante pasional simple o calificada, también según su intensidad. Así, Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2015 que cita otras.

El arrebatado (emoción de corta duración, efímera) y la obcecación y otros estados pasionales (entendidos como emociones intensas de más o menos duración) han de proceder de estímulos intensos, poderosos, que afecten a la capacidad de culpabilidad del agente. La jurisprudencia del Tribunal Supremo habla de que “el estímulo ha de ser tan importante que permita explicar (que no justificar) la reacción concreta que se produjo”.¹²⁸ El grado de afectación que cause un estímulo depende en alta medida, como sabemos, de la evaluación-valoración que efectúe el sujeto del objeto, lo cual está mediatizado por todos los factores, congénitos y adquiridos en el proceso de aprendizaje, que concurran en el sujeto al tiempo del hecho. Las emociones no son irracionales. Cuando hablamos de la racionalidad de las emociones lo entendemos en el sentido de Solomon antes mencionado¹²⁹ de que las emociones siguen el patrón regular de la propia “personalidad”. No lo entendemos, por tanto, en el sentido de que sean razonables con arreglo a criterios externos, esto es, que no sean repudiadas por la norma socio-cultural imperante. Tampoco en el sentido de que sean indispensables para la toma racional de decisiones.¹³⁰

Como ya quedó dicho, constituye un error conceptual y metodológico hacer depender la apreciación de la atenuante —como viene haciendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo— de que los estímulos que desencadenan la emoción o la pasión no estén en contradicción con el orden de valores dominante en la sociedad. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2011 confirma la desestimación de la circunstancia atenuante de arrebatado u obcecación, tanto por vía directa como por analogía, sosteniendo que “los estímulos no han de ser reprochados por las normas socio-culturales que rigen la convivencia social”, y que “es preciso también que en el entorno social correspondiente no sean tales

estímulos repudiados por la norma socio-cultural imperante, lo que significa que la actuación del agente se ha de producir dentro de un cierto sentido ético ya que su conducta y sus estímulos no pueden ser amparados por el derecho cuando se apoyan en una actitud antisocial reprobada por la conciencia social imperante”. Recientemente, el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de noviembre de 2015 reafirma el rechazo de la atenuante argumentado que “estaríamos privilegiando injustificadas reacciones coléricas que, si bien se mira, son expresivas de un espíritu de dominación que nuestro sistema jurídico no puede beneficiar con un tratamiento atenuado de la responsabilidad criminal”.¹³¹

Podría cuestionarse la actual formulación legislativa de la atenuante. Podría plantearse *de lege ferenda* la restricción de la atenuante excluyendo la apreciación de emociones y pasiones que pugnen con las valoraciones sociales dominantes o exigiendo, por ejemplo, la provocación previa por parte de la víctima, haciendo recaer el peso de la atenuante en el factor desencadenante de la emoción más que en la emoción misma.

Sin embargo, la evolución legislativa ha ido por otro camino. Es interesante recordar que en 1983 se suprimen la circunstancia atenuante de “haber precedido inmediatamente provocación o amenaza adecuada de parte del ofendido”, y la de haber ejecutado el hecho “en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor del delito, su cónyuge, sus ascendientes, descendientes, hermanos legítimos, naturales o adoptivos, o afines en los mismos grados”; y que en aquel momento se consideró que tales circunstancias —a las que se añadía la de “obrar por estímulos tan poderosos que, naturalmente, hayan producido arrebatado u obcecación”— eran en alta medida tautológicas (como rezaba la Exposición de Motivos de la L.O. 8 de 25 de junio de 1983 que las suprimió) y se

¹²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2015 que cita otras.

¹²⁹ Solomon, R. C., en ¿Qué es una emoción? Lecturas clásicas de psicología filosófica, Calhoun, C./Solomon, R. C., (comp.), cit., p. 334.

¹³⁰ En el sentido de Damasio cuando dice que “determinados aspectos del proceso de la emoción y del sentimiento son indispensables para la racionalidad”; Damasio, A. R., *El error de Descartes. La emoción, la razón y el cerebro humano*, cit. p. 10.

¹³¹ Sobre la doctrina jurisprudencial, Salvador Concepción, R., “Análisis jurisprudencial de la atenuante de arrebatado en el delito de violencia doméstica”, *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 12/2012, y antes, con especial atención a la exigencia de cierta intensidad en los estímulos y a su carácter ético o al menos abyecto, vid. Palomo del Arco, A. “Los estados pasionales”, cit., pp. 200 y ss.

debían simplificar en torno a los “estados emotivos”. Desde luego, no parece aconsejable una vuelta a aquellas circunstancias y, menos aún en los términos en que estaban formuladas. Pero tampoco parece aceptable *de lege lata* restringir el ámbito de la vigente circunstancia de arrebató, obcecación y otros estados pasionales exigiendo por vía interpretativa que respondan a estímulos adecuados a lo tolerable socialmente. Esto debería precisarlo la ley, una ley que hoy se conforma con que los estímulos sean poderosos, lo que debe entenderse como capaces de producir en el sujeto concreto la emoción o la pasión que le incapacita, siguiera sea parcialmente, para comprender el significado antijurídico de su comportamiento o para autodirigirse según dicha comprensión.

- c) La cuestión se plantea en términos algo diferentes en la circunstancia agravante de obrar por motivos discriminatorios del artículo 22. 4^a del Código penal (“cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”).

De un lado, la fórmula legislativa no contiene una referencia expresa a una emoción sino que descansa exclusivamente sobre los motivos que han impulsado al sujeto a la acción. Sabemos que en el comportamiento motivado intervienen factores diversos (biológicos, cognitivos, ambientales...) y que el comportamiento motivado va precedido de la evaluación-valoración del sujeto. Sabemos también que el comportamiento motivado se inicia por un estímulo. En el origen de los motivos discriminatorios puede hallarse un sentimiento de odio. Pero la ley nada dice acerca del sentimiento o de la emoción subyacente al comportamiento motivado, de manera que nada impediría apreciar la circunstancia en situaciones en que no concurriera el odio sino, por ejemplo, un sentimiento

de asco. No obstante, el reconocimiento legislativo de la agravante está estrechamente vinculado al auge del discurso del odio¹³² y —hay que añadir tras la reforma de 2015 que incorpora las razones de género— al auge del derecho penal de género.

Por otro lado, la agravante plantea problemas especiales desde una perspectiva político criminal. Partimos de que el legislador penal debería abstenerse de regular circunstancias agravantes fundadas en emociones o sentimientos del autor. Dado que los sentimientos son inciertos, dependientes de valoraciones personales del sujeto, están condicionadas por la biología y la biografía, y solo se pueden llenar de contenido a través de la experiencia, siempre distinta, de los otros, el legislador no debería acudir a los mismos para *agrarar* la culpabilidad sino, a lo sumo, para excluirla o atenuarla. Ahora bien, el artículo 22. 4^a no contempla una emoción o un sentimiento. Como queda dicho, no hace gravitar la circunstancia sobre el odio u otras emociones o sentimientos, sino sobre los motivos del autor, concediendo eficacia agravatoria a motivos reprobables que pueden responder a razones diversas. Es, por tanto, lo reprochable de un proceso de motivación que discurre con arreglo a pautas valorativas que el derecho rechaza lo que fundamenta la agravación de la responsabilidad. Pero, al igual que hemos dicho a propósito de los sentimientos, el legislador también debería abstenerse de agravar la culpabilidad y la pena en atención a los motivos del autor, por muy reprobables que estos sean. Desde una perspectiva político criminal, es cuestionable que por razones de culpabilidad se pueda desbordar el marco de la pena fijada en atención a la gravedad del injusto.¹³³ Díaz López propone una sugerente interpretación de la agravante de obrar por motivos discriminatorios, que posibilitaría su comprensión desde la perspectiva de la agravación de la culpabilidad, sosteniendo que su fundamento radicaría no en la mayor responsabilidad penal

¹³² Vid. así, Díaz López, J. A., *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4^a CP*, Civitas/ Thomson Reuters, Pamplona, 2013, pp. 242 y ss.

¹³³ Vid. *supra* 6. También Peralta, J. M., *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 193.

por una culpabilidad que se añade al desvalor del injusto, sino en que, al tratarse de un motivo inaceptable para el ordenamiento jurídico, se le atribuye al sujeto todo el injusto, lo que significa que la circunstancia operaría como una especie de causa de justificación a la inversa: no hay para el sujeto justificación o disculpa (lo que no impide que pueda tener reducida la imputabilidad).¹³⁴ Sin embargo, el examen del derecho positivo muestra que hay supuestos en que por razones de culpabilidad se establecen penas que desbordan las señaladas atendiendo a la gravedad del injusto. Sucede así, como ya hemos visto, en los tipos penales que contienen elementos típicos subjetivos atinentes a la culpabilidad.¹³⁵ Por tanto, la exigencia político criminal de que la pena no desborde, por razones de culpabilidad, el marco de la gravedad del injusto, no se cumple en el derecho positivo. En rigor, si se quiere ser respetuoso con dicha exigencia el legislador debería abstenerse de contemplar motivos y emociones como *agravantes* de la culpabilidad incluso si el autor mantiene en alta medida el control o dominio sobre los mismos. Esto implicaría reformular la agravante ahora descansando, no en los motivos del autor, sino en el peligro adicional para la igualdad, es decir en el ataque a un bien jurídico que se añade al ataque al bien jurídico protegido en el tipo delictivo que venga en aplicación (el mayor desvalor de resultado).¹³⁶

A diferencia de lo que observamos en la regulación del arrebató, obcecación y otros estados pasionales, en la que la ley se limita exigir que procedan de causas o estímulos poderosos, pero sin concretar estos (estímulos que, por ejemplo, pueden consistir en una emoción como los celos), en la formulación de la agravante de discriminación la ley sí da pautas o concreciones de los motivos que llevan a la acción: motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza

o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad. Tales concreciones pueden responder a sentimientos, como el odio, pero también a “razones de género”, etc. Con tal descripción, el juicio desvalorativo del legislador acota el ámbito de lo reprochable. Podemos decir que el legislador incorpora la norma sociocultural imperante (reconocida incluso constitucionalmente) de la no discriminación y del interés a ser tratado como igual. En ello difiere la formulación de la agravante de la atenuante 3ª del artículo 21 a propósito de la cual ya hemos señalado que no hay base legal que permita restringir la apreciación del arrebató o del estado pasional a los casos en que el estímulo que los desencadena sean conformes con los valores éticos o culturales dominantes. En los motivos discriminatorios no es el proceso emocional del sujeto cuanto el proceso motivacional y los motivos reprochables el objeto de la regulación. Ello explica que se tomen en cuenta criterios de racionalidad externa, objetiva.

Pero el proceso de motivación es eminentemente individual. Por ello el juez ha de atender, en el juicio individualizador en el que la culpabilidad consiste, a la posibilidad del sujeto de hacer suyos los criterios de racionalidad externa, esto es, al grado de internalización de los valores imperantes que el sujeto haya podido alcanzar en su personal proceso de aprendizaje.

- d) Son varias las consecuencias que cabe extraer *de lege ferenda* del examen de la regulación legal de motivos y emociones. Sintéticamente cabe destacar:

Que a efectos de la relevancia penal de una emoción es decisiva la evaluación-valoración del estímulo por el sujeto, y ello está en relación con el carácter, en el que concurren factores biológicos, neurofisiológicos, ambientales, desempeñando el proceso de aprendizaje un papel esencial.

¹³⁴ Vid. Díaz López, J. A., *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4º CP, cit.*, pp. 386 y ss. Peñaranda Ramos, E. Prólogo a Díaz López, J. A. *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4º CP, cit.*, pp. 20 y ss.

¹³⁵ Sobre ello, *supra* 4.2.

¹³⁶ Alonso Álamo, M., “Protección penal de la igualdad y Derecho penal de género”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 95, 2008, p. 51.

Que, dada la dimensión cognitivo-evaluativa de las emociones entendida desde la perspectiva de la valoración del agente, si se quiere restringir el alcance de una emoción exigiendo que el estímulo que la desencadena sea conforme con las valoraciones culturales y éticas dominantes, ello ha de contemplarlo expresamente la ley. No es cuestión que pueda quedar en manos del juez.

Que motivos y emociones (en su caso: debidamente delimitadas con elementos incorporados a la regulación) deberían contemplarse legislativamente solo para atenuar o excluir la culpabilidad, nunca para agravar, si se acepta que por razones de culpabilidad no puede imponerse una pena superior a la que corresponde imponer en atención a la gravedad del injusto, y se constata, en el caso de las emociones, su carácter íntimo e incierto.

8.2. *Emociones y libertad de la voluntad: ¿desatando el nudo del mundo?*

Destacada la significación positiva de las emociones en la toma racional de decisiones (Solomon, Slovic) pero también su significación negativa por cuanto pueden limitar o excluir la capacidad del sujeto de comprender el injusto o de autodirigirse de acuerdo con tal comprensión, importa volver sobre la cuestión fundamental de la existencia del libre albedrío y, más precisamente, sobre la relación de las emociones con la libertad de la voluntad.

González Lagier plantea la cuestión de si somos responsables de nuestras emociones, como cuestión distinta a la de si somos responsables por las acciones que realizamos bajo el influjo de una emoción. A su juicio, para sostener que somos responsables por nuestras emociones es necesario que las podamos controlar y que podamos convenir en que las emociones pueden ser objeto de normas. Ambas cuestiones son respondidas afirmativamente por el citado autor. Un estado emocional, afirma, es un estado de cosas

parcialmente dentro del control del agente, si bien el control de las emociones es indirecto y “menos fiable” que el de las acciones. Él mismo sugiere vías para el posible control de las emociones, tales como la revisión de nuestras creencias, la manipulación del contexto y la revisión de nuestros deseos y fines,¹³⁷ esto es, la educación emocional. Si a ello se añade que las normas penales contemplan las emociones y les atribuyen eficacia eximente, atenuante (y agravante, lo que a nuestro juicio no es tan aceptable) se comprende que dicho autor acabe concluyendo que hay responsabilidad emocional, toda vez que las emociones limitan el control de nuestras acciones pero pueden ser educadas.¹³⁸

Dejando aparte la cuestión de la posible circularidad de un argumento que se apoya en la existencia de normas que contienen emociones para afirmar que las emociones pueden ser objeto de normas, cuando se habla de responsabilidad emocional en los términos que acabamos de exponer, la cuestión se plantea en un nivel intermedio (llamémosle nivel 2), situado entre la cuestión de la responsabilidad por las acciones que se basan en emociones (que sería el nivel 3) y la cuestión de si las emociones están determinadas a nivel neurológico (nivel 1). Es precisamente en este primer nivel en el que ahora queremos fijar la atención.

La cuestión es si la base neural de las emociones determina de tal forma la voluntad que, con independencia de que las emociones sean educables a través del proceso de aprendizaje, fuera preciso convenir en la inexistencia de la libertad de la voluntad.

Esto es lo que sostiene Roth cuando afirma que la voluntad “está completamente determinada por factores neurobiológicos, genéticos y del entorno, así como por las experiencias psicológicas y sociales positivas y negativas, en particular las que se producen en etapas tempranas de la vida, que dan lugar a cambios estructurales y fisiológicos en el cerebro”, y que hay que rechazar el libre albedrío en sentido fuerte (la libertad de la voluntad) y aceptar a lo sumo el libre albedrío en sentido débil (la libertad de actuación): el hombre solo es libre en el sentido de que “puede actuar en función de su voluntad consciente

¹³⁷ González Lagier, D., *Emociones, responsabilidad y Derecho*, cit., pp. 126 y ss. y 129 y ss. Acerca de las dificultades para colocar la expresión de las emociones bajo el control de la voluntad y las explicaciones desde la perspectiva de la selección natural, vid. Pinker, S. *Cómo funciona la mente*, cit., pp. 532 y ss.

¹³⁸ *Ibidem*, pp. 148 y ss., todo ello en el marco de una concepción compleja de las emociones, ni puramente mecanicista, ni puramente cognitivo-evaluativa sino que participa de ambas, de las teorías mecanicistas y de las cognitivo-evaluativas, vid. también *loc. cit.*, pp. 49 y ss.

e inconsciente”.¹³⁹ O cuando afirma que no hay decisiones puramente racionales sino que lo que llamamos toma racional de decisiones se lleva a cabo “en el marco de un procesamiento límbico emocional”,¹⁴⁰ por lo que, en definitiva, no hay libertad de la voluntad y solo cabría hablar de libertad de actuación.

Sin embargo, que las emociones tengan una base neural no implica la inexistencia de la libertad de la voluntad. Si bien es cierto que, como dice Roth, nadie, “ni los filósofos, ni los psicólogos, ni los neurobiólogos, pueden explicar cómo funciona el libre albedrío en el sentido fuerte”,¹⁴¹ en el estado actual de la ciencia tampoco hay base, parece, para negar su existencia.

Ya hemos dicho que, de acuerdo con Moya, las emociones son estados mentales mixtos, esto es, se nutren de propiedades representacionales, analíticas, y de propiedades cualitativas o fenoménicas (*qualia*).¹⁴² Por cuanto son poseedoras de propiedades representacionales (comportan la percepción, la valoración de objetos por el sujeto con la participación de creencias, deseos, etc., y tendencia a la acción), las emociones son estados mentales que se hallan en el centro de la discusión del problema mente-cuerpo. Por cuanto son poseedoras de propiedades cualitativas o fenoménicas, el control de la expresión de una emoción es problemático, pero la posibilidad no está del todo excluida;¹⁴³ ello es compatible con que haya respuestas emocionales que escapen al control consciente del individuo.¹⁴⁴ Además, la experiencia emocional es esencialmente íntima, individual. Solo podemos

saber lo que otro *siente* proyectando nuestra propia experiencia, necesariamente distinta, sobre ese otro.¹⁴⁵ Podemos hablar de la emoción de otro pero no podemos experimentar la emoción de otro.¹⁴⁶ Damasio habla de las dificultades para saber qué son los procesos neurales por los que *sentimos* una emoción y de su relación con el complejo problema de la conciencia.¹⁴⁷ Se comprende que, al referirse al problema de los *qualia* (la experiencia del color, del calor, del dolor, del ruido...), Edelman y Tononi lo consideran como quizás el “más desalentador” de los problemas de la conciencia. Sin embargo, le otorgan un valor fundamental cuando se refieren a la difícil tarea de “desatar el nudo del mundo”.¹⁴⁸ No nos corresponde entrar en la cuestión de cómo surgen los *qualia* a partir de ciertos tipos de actividad cerebral.¹⁴⁹ Según Edelman y Tononi, los *qualia* que experimenta cada persona descansan en el propio fenotipo, en la propia corporeización y “si bien podemos construir una teoría científica sensata de la conciencia que explique cómo la materia se convierte en imaginación, esa teoría no puede reemplazar la experiencia: ser no es describir”. Hay algo singular y distinto, que escapa a la descripción de los procesos neurológicos y que permite decir que ni todo es descripción, ni somos prisioneros de la descripción.¹⁵⁰ Igualmente cabe decir que la libertad de la voluntad existe aunque no sepamos cómo surge, y que esa existencia es real aunque enigmática.

Podría verse algo de voluntarismo en la defensa del libre albedrío, voluntarismo denunciado por Belmonte

¹³⁹ Roth, G., “La relación entre la razón y la emoción y su impacto sobre el concepto de libre albedrío”, en *El cerebro: Avances recientes en neurociencia*, Rubia, F. J. (ed.), Editorial complutense, Madrid, 2009, p. 114.

¹⁴⁰ *Ibidem*, cit., p. 114.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 114.

¹⁴² Moya, C. J., *Filosofía de la mente*, cit., pp. 17 y ss.

¹⁴³ S. Pinker plantea la cuestión desde la perspectiva de la selección natural, preguntándose si hay algo en las expresiones emocionales que de forma inherente haga costoso colocarlas bajo el control de la voluntad, *vid.* Pinker, S. *Cómo funciona la mente*, cit., pp. 532 y ss.

¹⁴⁴ Recordemos que también el subproceso evaluativo puede ser consciente y no consciente, *vid.* Martínez Sánchez, F. “La emoción”, en *Motivación y emoción*, Palmero, F./Martínez Sánchez, F. (coord.), cit., p. 39.

¹⁴⁵ Con base en las investigaciones de Wittgenstein y de Kenny, señala Castilla del Pino: “cuanto digamos acerca del sentimiento de otro, de su mera posesión, del grado con que lo experimenta, no pasa de ser una inferencia inmediata y, en consecuencia, una serie de conjeturas nunca resoluble”, *vid.* Castilla del Pino, C., *Teoría de los sentimientos*, 6ª ed., Tusquets, Barcelona, 2001, pp. 26 y ss.

¹⁴⁶ Como dice Castilla del Pino, hablar de lo que se siente es “hablar de lo que se piensa acerca de lo que se siente”, Castilla del Pino, C., *Teoría de los sentimientos*, cit., p. 65.

¹⁴⁷ Damasio, A. R., *El error de Descartes. La emoción, la razón y el cerebro humano*, cit., pp. 154 y ss.

¹⁴⁸ Citando la afortunada expresión de Schopenhauer para referirse a la relación mente-cuerpo, que a Edelman y Tononi gusta recordar, *vid.* Edelman, G. M./Tononi, G. *El universo de la conciencia. Cómo la materia se convierte en imaginación*, cit., pp. 14, 191, 193 y ss.

¹⁴⁹ *Id.* Edelman, G. M./Tononi, G., *El universo de la conciencia. Cómo la materia se convierte en imaginación*, cit., pp. 195 y ss.

¹⁵⁰ *Id.* Edelman, G. M./Tononi, G., *El universo de la conciencia. Cómo la materia se convierte en imaginación*, cit., pp. 264 y ss. sobre “Gerald Edelman y la cartografía del reingreso”, *vid.* Searle, J. R., *El misterio de la conciencia. Intercambios con D. C. Dennett y D. J. Chalmers*, cit., pp. 45 y ss.

al tiempo que señala que la total libertad de decisión se ve contradicha por datos científicos que evidencian, por ejemplo, inmadurez “en el desarrollo cortical de los circuitos de control de conductas impulsivas en los adolescentes, o conductas descontroladas por alteración de áreas corticales específicas”.¹⁵¹ En situaciones patológicas, de deficiente desarrollo evolutivo, o de deficiente proceso de aprendizaje, la libertad de decisión, y, en las situaciones más extremas, la libertad de la voluntad, pueden estar excluidas o limitadas. Esto no puede ser cuestionado, como tampoco que las neuropruebas hayan de tener cada vez más importancia en el ámbito del proceso.¹⁵² Pero de ello no se deriva la inexistencia de la libertad de la voluntad. Antes bien, hay razones para sostener —más allá de todo voluntarismo— que en situaciones ordinarias, en el caso normal de la racionalidad, se abren brechas entre los estados mentales y la acción y que allí emerge el libre albedrío,¹⁵³ y razones para sostener que la libertad de la voluntad se manifiesta cuando se trata de desatar “el nudo del mundo”.

¹⁵¹ Belmonte, C., *Desenmarañando el cerebro. Los caminos de las neurociencias*. Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales, Madrid, 2014, p. 20.

¹⁵² Sobre las “neuropruebas”, recientemente, González Lagier, D., “Neuropruebas” y filosofía”, *Jueces para la democracia*, nº 84, 2015, pp. 67 y ss. Ya Hassemmer señalaba que el Derecho penal, “su ciencia y *praxis*”, nunca ha rechazado los conocimientos de las ciencias naturales sobre el objeto “culpabilidad”, *vid.* Hassemmer, W “Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal”, *cit.*, p. 12. Destacan también la importancia de la confluencia del Derecho y las Neurociencias en “cuestiones generales de prueba”, Pardo, M. S./Patterson, D., “Fundamentos filosóficos del Derecho y la neurociencia”, traduc. por Coca Vila, I., y García Bel, M., *InDret*, 2/2011, p. 3.

¹⁵³ Searle, J. R., *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, *cit.*, pp. 27 y ss. y 83 y ss., él mismo, *Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, *cit.*, pp. 33 y ss.



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal



· INACIPE ·
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES