

50

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

HIS PRÆVIDE ET PRO

Revista

Julio 2022

50

Revista Penal

ESPECIAL XXV ANIVERSARIO

Penal

Julio 2022



tirant
lo blanch



tirant
lo blanch

Revista Penal

Número 50

Sumario

Doctrina:

– Editorial. El número 50, todo un hito, por <i>Juan Carlos Ferré Olivé</i>	5
– ¿Es el feminicidio un delito de odio?, por <i>Mercedes Alonso Álamo</i>	9
– El ámbito de validez extraterritorial del (nuevo) régimen jurídico alemán de sanciones contra las empresas, por <i>Kai Ambos</i>	20
– La pena de muerte en América Latina. El abolicionismo en los Códigos, las ejecuciones extrajudiciales y algo más, por <i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i>	31
– Consecuencias menos visibles (u ocultas) de la condena en el sistema español, por <i>José Luis de la Cuesta Arzamendi</i>	53
– La víctima en Derecho penal y su pertenencia a distintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial, por <i>Norberto J. De la Mata Barranco</i>	64
– Compliance anticorrupción, por <i>Juan Carlos Ferré Olivé</i>	91
– 25 años de Revista Penal y de política criminal: el ocaso del principio “ <i>societas delinquere non potest</i> ”, por <i>Luigi Foffani</i>	103
– Sistema acusatorio, principio acusatorio, acusación y objeto del proceso penal, por <i>Juan Luis Gómez Colomer</i>	110
– La complicidad psíquica: entre el todo y la nada, por <i>M^a del Carmen Gómez Rivero</i>	130
– La corrupción como amenaza a la seguridad nacional, por <i>José L. González Cussac</i>	152
– El fundamento de la categoría dogmática de la culpabilidad (un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción), por <i>Carlos Martínez-Buján Pérez</i>	162
– Evolución y características actuales del Derecho penal económico, por <i>Alessandro Melchionda</i>	184
– El principio de legalidad como instrumento y límite de las reformas penales, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	199
– Emergencia sanitaria y (des)protección penal de vida y salud, por <i>Juan Terradillos Basoco</i>	209
Sistemas penales comparados: Cambios fundamentales del Derecho Penal en los últimos 25 años: 1997/2022, (Fundamental changes in Criminal Law in the last 25 years: 1997/2022).....	227

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE

am

Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Alessandro Melchionda. Univ. Trento
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Isabel I^o, Burgos), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)	Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Frederico de Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Simona Metrangolo (Italia)	Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELEFONO: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



El fundamento de la categoría dogmática de la culpabilidad (un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción)

Carlos Martínez-Buján Pérez

Revista Penal, n.º 50 - Julio 2022

Ficha técnica

Autor: Carlos Martínez-Buján Pérez

Adscripción institucional: Catedrático de Derecho penal. Universidad de A Coruña

Title: The foundation of the dogmatic category of guilt (A study in light of the significant conception of action)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL FUNDAMENTO MATERIAL GENÉRICO DE LA CATEGORÍA DE LA CULPABILIDAD. III. EL FUNDAMENTO MATERIAL ESPECÍFICO DE LOS ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD. 3.1. Elementos incluidos en la culpabilidad: la exclusión de la imputabilidad. Consecuencias. 3.2. El fundamento de la conciencia de la antijuridicidad y del error sobre la prohibición. 3.3. El fundamento de la exigibilidad penal individual y de las causas de inexigibilidad o exculpación. IV. UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LA CATEGORÍA DOGMÁTICA DE LA CULPABILIDAD DESDE LA TEORÍA DE LAS NORMAS

Summary: I. INTRODUCTION. II. THE GENERIC MATERIAL BASIS OF THE CATEGORY OF GUILT. III. THE SPECIFIC MATERIAL BASIS OF THE ELEMENTS OF GUILT. 3.1. Elements included in guilt: the exclusion of imputability. Consequences. 3.2. The foundation of the conscience of the illegality and the error on the prohibition. 3.3. The foundation of individual criminal enforceability and of the causes of unenforceability or exculpation. IV. SYSTEMATIC LOCATION OF THE DOGMATIC CATEGORY OF GUILTY FROM THE THEORY OF NORMS

Resumen: El presente trabajo persigue ofrecer algunos apuntes sobre el fundamento de la categoría dogmática de la culpabilidad, teniendo presentes las premisas de la concepción significativa de la acción (y del delito) elaborada por Vives Antón. Ello presupone distinguir entre el fundamento del *principio de culpabilidad*, de un lado, y el fundamento de la culpabilidad, concebida como *categoría dogmática* de la teoría del delito, de otro. En sintonía con las afirmaciones de Vives, el fundamento de la categoría dogmática de la culpabilidad tiene que situarse, en principio, en la idea de la exigibilidad por parte del Estado de un comportamiento adecuado a Derecho al sujeto infractor, a la vista de las circunstancias del caso concreto que se examina. Así las cosas, me propongo desentrañar cuáles son los criterios que determinan esa exigibilidad a partir de las premisas de la concepción significativa, efectuando un desarrollo natural de la posición de Vives. A tal efecto, la tarea de exponer dicha fundamentación se descompone en dos vertientes: por una parte, se analiza el fundamento material genérico de la categoría dogmática de la culpabilidad, común a todos sus elementos, basada en la idea de la exigibilidad; por otra parte, se examina cuál es el fundamento material específico de cada uno de los elementos que cabe incluir en dicha categoría, en el seno de la cual (excluida la imputabilidad, que pasa a ser el presupuesto de la antijuridicidad subjetiva) incluye la conciencia de la antijuridicidad (y su reverso, el error sobre la prohibición) y la exigibilidad penal individual (y su reverso, las causas de inexigibilidad o exculpación).

Palabras clave: concepción significativa de la acción, principio de culpabilidad, categoría dogmática de la culpabilidad, exigibilidad, imputabilidad, conciencia de la antijuridicidad, error sobre la prohibición, exigibilidad penal individual, causas de inexigibilidad o exculpación.

Abstract: The present work aims to offer some notes on the basis of the dogmatic category of guilt, keeping in mind the premises of the significant conception of the action (and of the crime) elaborated by Vives Antón. This presupposes distinguishing between the basis of the principle of guilt, on the one hand, and the basis of guilt, conceived as a dogmatic category of the theory of crime, on the other. In line with the statements of Vives, the foundation of the dogmatic category of guilt must be situated, in principle, in the idea of the requirement by the State of an appropriate behavior according to Law to the offending subject, in view of the circumstances, of the specific case under examination. Thus, I intend to unravel what are the criteria that determine that enforceability from the premises of the significant conception, carrying out a natural development of Vives' position. To this end, the task of exposing said foundation is broken down into two aspects: on the one hand, the generic material foundation of the dogmatic category of guilt, common to all its elements, based on the idea of enforceability, is analyzed; On the other hand, it examines what is the specific material foundation of each of the elements that can be included in said category, within which (excluding imputability, which becomes the presupposition of subjective unlawfulness) I include conscience, of unlawfulness (and its reverse, the error on the prohibition) and individual criminal enforceability (and its reverse, the causes of inexigibility or exculpation).

Key words: significant conception of the action, principle of guilt, dogmatic category of guilt, enforceability, imputability, awareness of unlawfulness, error on the prohibition individual criminal enforceability, causes of unenforceability or exculpation

Rec.: 18/05/2022 **Fav.:** 02/06/2022

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo persigue ofrecer algunos apuntes sobre el fundamento de la categoría dogmática de la culpabilidad, teniendo presentes las premisas de la concepción significativa de la acción (y del delito) elaborada por Vives Antón¹, premisas que personalmente he venido asumiendo para la realización de anteriores trabajos relativos a otras categorías e instituciones jurídico-penales y, en particular, los trabajos referentes al principio de culpabilidad².

Ello presupone distinguir entre el fundamento del *principio de culpabilidad*, de un lado, y el fundamento de la culpabilidad, concebida como *categoría dogmática* de la teoría del delito, de otro. Dado que del primero de esos fundamentos me he ocupado en los referidos trabajos, baste con recordar aquí que, por una parte, en ellos llegaba a la conclusión de que el fundamento del principio de culpabilidad reside en la libertad de acción y que, por otra parte, esta libertad no puede ser el fundamento de la categoría dogmática de la culpabilidad.

En sintonía con las afirmaciones de Vives, en los mencionados trabajos me limité a señalar que el fun-

damento de la categoría dogmática de la culpabilidad tiene que situarse, en principio, en la idea de la exigibilidad por parte del Estado de un comportamiento adecuado a Derecho al sujeto infractor, a la vista de las circunstancias del caso concreto que se examina. En particular, cabe traer a colación la afirmación de este penalista cuando escribe que “la libertad no es, en mi opinión, fundamento de la culpabilidad, sino presupuesto de la acción misma”, aclarando a continuación paladinamente que “en el ámbito de la culpabilidad [scil., concebida como categoría dogmática del delito] se da por supuesto que es posible (técnicamente) obrar de otro modo y lo que se ventila es hasta dónde es exigible (posible deónticamente) hacerlo, esto es, bajo qué condiciones empíricas hablamos de un comportamiento como ‘libre’ en un sentido tal que nos permita imputárselo a su autor. No está, pues, en discusión, en sede de culpabilidad, sino el problema político-criminal (o, dicho de otro modo, el problema político-constitucional y también político a secas) de algunos de los presupuestos y límites del castigo”³. En síntesis, para Vives la pretensión de reproche (que sigue a las pretensiones de relevancia y de ilicitud) consiste en un reproche jurí-

1 Vid. VIVES ANTÓN, 1996, pp. 313 ss. (2ª ed., 2011, pp. 325 ss.).

2 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, *LH Queralt*, 2021-a, pp. 293 ss., y *LH Corcoy*, 2022, pp. 691 ss. De hecho, el presente trabajo debe entenderse como una continuación de esos trabajos anteriores, en los que parto de la base de diferenciar entre el fundamento del principio de culpabilidad, de un lado, y el fundamento de la categoría dogmática de la culpabilidad, de otro, según aclaro a continuación en el texto.

3 VIVES, 1996, p. 313, y 2ª ed., 2011, p. 325. Esta idea de situar el acento en lo que el Estado está legitimado para exigir (en lugar de situarlo en lo que el ciudadano puede, o no, hacer) ha sido explícitamente acogida —y como veremos ampliamente desarrollada— por MARTÍNEZ GARAY (2005, p. 389) partiendo asimismo de los postulados de la concepción significativa.

dico que el Estado dirige al sujeto que ha realizado una acción penalmente típica e ilícita (antijurídica), pese a que le era jurídicamente exigible obra de otro modo⁴.

Y me limito a reproducir tales afirmaciones puesto que, en realidad —como ha subrayado acertadamente Martínez Garay⁵—, Vives no concreta en dichos lugares los parámetros conforme a los cuales debe establecerse dicha exigibilidad, esto es, no se adentra en explicar cuál es el contenido material específico de la culpabilidad.

Así las cosas, en el presente trabajo me propongo desentrañar cuáles son los criterios que determinan esa exigibilidad a partir de las premisas de la concepción significativa, efectuando un desarrollo natural de la posición de Vives, quien, si bien es cierto que, al exponer el contenido de la pretensión de reproche, no aporta unos criterios explícitos para identificar la exigibilidad, sí ofrece, empero, en diversos pasajes de su obra algunas indicaciones genéricas sobre el contenido material de la culpabilidad.

Sentado lo que antecede, la tarea de exponer dicha fundamentación se descompondrá en dos vertientes: por una parte, se analizará el fundamento material genérico de la categoría dogmática de la culpabilidad, común a todos sus elementos, basada en la idea de la exigibilidad; por otra parte, se examinará cuál es el fundamento material específico de cada uno de los elementos que cabe incluir en dicha categoría.

II. EL FUNDAMENTO MATERIAL GENÉRICO DE LA CATEGORÍA DE LA CULPABILIDAD

Ante todo, debo reiterar (con algunas aclaraciones ulteriores que efectúo ahora) lo que expuse en mis ante-

riores trabajos sobre la función que atribuyo a la libertad de voluntad a la hora de caracterizar la culpabilidad. Al concebir dicha libertad como *libertad de acción* (en el sentido propuesto por VIVES), hay que tener presente que tal libertad no es, en rigor, un mero presupuesto de la categoría de la culpabilidad, habida cuenta de que se erige ya en un presupuesto de todo el sistema penal, que opera con anterioridad a todas las categorías del delito y, en su caso, a los principios concretos que informan esas categorías. Dicha libertad de acción es, por tanto, una condición de posibilidad para poder hablar ya de una *acción humana* regulada mediante *normas*. En suma, la libertad no es ciertamente el fundamento de la categoría dogmática de la culpabilidad y ni siquiera es un presupuesto exclusivo de ella; no obstante, antes de entrar a examinar dicho fundamento, parto ya de la base de que el ser humano es libre para realizar acciones y es capaz de autodeterminarse por razones.

Ni que decir tiene entonces que desde esta última perspectiva coincidí con todos aquellos autores que (con independencia de la concreta caracterización de la libertad y de su función para la fundamentación del sistema penal) asumen también la premisa de que el hombre es libre en la realización de sus conductas⁶ y, por consiguiente, me aparto ya diametralmente de quienes consideran que el hombre carece de tal libertad, apoyándose en una concepción puramente preventiva de la culpabilidad, que construye el juicio de atribución individual del hecho al autor exclusivamente como una imputación de responsabilidad desde perspectivas funcionales, sin que se otorgue papel alguno a la constatación empírica de un estado individual preexistente de libertad⁷.

4 VIVES, 1996, p. 486 s., y 2ª ed., 2011, p. 494.

5 Cfr. MARTÍNEZ GARAY, 2005, p. 169, n. 103, quien, por lo demás, como queda dicho, asume esta idea general de caracterizar la categoría dogmática de la culpabilidad partiendo de la exigibilidad del comportamiento adecuado a Derecho, en atención a las circunstancias personales del autor en la situación concreta, como una idea común a todos los elementos de la culpabilidad (p. 386).

6 En particular, interesa destacar que la libertad así concebida se revela, por lo pronto, como un límite ontológico en la construcción de la categoría de la culpabilidad. En este sentido, concuerdo con la opinión de SILVA SÁNCHEZ (2010, pp. 682 s.), quien parte de la premisa de que en el plano del “deber ser dirigido a un destinatario concreto” (manifestado en un *querer*) existe un límite ontológico a cualquier construcción normativa de la teoría del delito, integrado por el “poder del destinatario” de la norma, aclarando explícitamente que ese *poder* del destinatario “es la libertad (...) el mínimo suficiente para afirmar que existe alguna posibilidad de que el sujeto se oriente según el *deber* establecido por la norma”.

En la moderna doctrina española merece ser destacada asimismo la original construcción de ALONSO ÁLAMO (2016, pp. 16 ss.), quien, partiendo de la base del *naturalismo biológico* de SEARLE, aboga por un ontologismo de los estados mentales que permite afirmar la existencia de la libertad de voluntad o libre albedrío en sentido fuerte, una libertad poseedora de una realidad neurobiológica que realice el libre albedrío, como algo diferente a lo que esta penalista denomina mera “libertad de acción” (o “libertad de obrar” en el sentido que le da SCHOPENHAUER), concebida esta como un mero constructo social, o sea, como mera autoconciencia de nuestra libertad. Evidentemente, dicha construcción de ALONSO (más allá de la divergencia filosófica) viene a coincidir con la que aquí preconizo en el dato de que la libertad de voluntad es presupuesto no solo de la culpabilidad sino de la capacidad jurídico-penal de acción (p. 10 y n. 20), en el dato de que es incompatible con el determinismo y con un Derecho penal de la prevención (p. 17) y en el dato de que la fundamentación material de la libertad de voluntad es independiente de la cuestión de que se pueda probar en la situación concreta si el sujeto pudo no obrar de otro modo (p. 19). Vid. además ALONSO ÁLAMO, 2018, pp. 4 ss., y 2019, pp. 18 ss.

7 En la doctrina española fue GIMBERNAT quien, por primera vez, propuso la sustitución del principio de culpabilidad por un principio de necesidad de la pena (fundamentando la pena exclusivamente en la prevención general), sobre la base de la teoría de la mo-

Ahora bien, hay que insistir asimismo en el dato de que la afirmación de que el hombre es libre para realizar sus acciones nada aporta todavía sobre el *auténtico* fundamento o contenido material de la categoría de la culpabilidad⁸.

Pues bien, con relación a esto último hay que llamar la atención acerca de la circunstancia de que en diversos pasajes de sus *Fundamentos del sistema penal* Vives lleva a cabo algunas precisiones básicas que, sin duda, son relevantes a la hora de dilucidar el fundamento de la categoría dogmática de la culpabilidad.

En efecto, por una parte, expresamente admite que el comportamiento humano está condicionado por las circunstancias psicológicas y sociales de la persona, de tal forma que se halla supeditado a determinados estímulos, y que todo ello debe incidir en la exigencia de responsabilidad criminal. En este sentido, paladinamente explica VIVES que el reconocimiento de la libertad de acción “no impide referir el comportamiento humano a motivos: al contrario, sólo porque no está prefigurado

causalmente, puede decirse que el comportamiento humano normal es motivable por normas y, en consecuencia, interpretable como acción”⁹.

De ahí que, pese a lo que parece dar a entender MARTÍNEZ GARAY¹⁰, a partir de los postulados propuestos por VIVES puede llegarse también a la conclusión que esta penalista obtiene (y que, en principio, yo considero asimismo adecuada), a saber, que la diferencia entre el comportamiento humano culpable y el que no lo es reside en la *normalidad* o *anormalidad del proceso motivador*¹¹, aunque con respecto a estos conceptos deban realizarse ulteriores precisiones desde diversas perspectivas.

Así, en primer lugar, hay que aclarar que el concepto de *motivabilidad normal* debe ser concebido simplemente como el conjunto de fuerzas causales motivadoras percibidas por el sujeto, sin que ello tenga que ver con el concepto de *motivabilidad por la norma*, en el sentido de la aptitud que posee el autor para ser motivado conforme a lo que dispone la norma (que es el

tivación y partiendo de la imposibilidad de demostrar, por medios empíricos, el libre albedrío. Vid. GIMBERNAT ORDEIG, 1990, pp. 142 ss. y 175 ss. (trabajo publicado ya en 1970). Posteriormente otros autores (v. gr. LUZÓN PEÑA, 1979, pp. 38 s., 1982, pp. 93 ss.; MUÑOZ CONDE, 1975, pp. 50 ss., y 1980, en sus primigenias concepciones) se adhirieron a ella. Frente a construcciones de esta índole (y a otras materialmente próximas como la que se desprende de la basada en la prevención general positiva en el sentido de JAKOBS, desarrollada en la doctrina española por GÓMEZ-JARA, 2005, pp. 414 ss.) cabe oponer principalmente el argumento de la dificultad que surge para extraer el conjunto de garantías que se derivan del principio de culpabilidad (vid. por todos críticamente de modo convincente ya CORDOBA, 1977, pp. 33 ss., y CEREZO, 1982, pp. 181 ss.; vid. además, SILVA 1992, p. 412, subrayando, de un lado, que existen casos de exclusión de la culpabilidad que no se explican desde perspectivas puramente preventivas, y, de otro lado, que no se puede prescindir de consideraciones garantísticas en la fundamentación de la exclusión de la culpabilidad). En particular, comparto la idea de que la concepción de la culpabilidad de JAKOBS, como mera atribución según las necesidades preventivo-generales, resulta de todo punto inadmisibles desde el momento en que sustituye la culpabilidad del sujeto basada en las circunstancias individuales del hecho por un juicio externo (normativo-sistémico) de responsabilidad llevado a cabo por el órgano judicial, fundamentado en las circunstancias y medios existentes tras el hecho, de tal manera que se produce una intolerable instrumentalización del ser humano al servicio del funcionamiento de los intereses sociales de estabilización del sistema, desembocándose en una violación de la dignidad humana y, consecuentemente, en una vulneración de un principio constitucional. Vid., por todos, en la doctrina alemana ROXIN/GRECO, AT, I, —P.G.— § 19/33; y en la española LUZÓN PEÑA, P.G., L. 26/30. Y algo similar cabe predicar de otras concepciones, como la de KINDHÄUSER, para quien la culpabilidad no se fundamenta en el reproche de un suceso real al sujeto, sino en el acto comunicativo de negación de la norma que se supone en un acontecimiento real (1995, pp. 725 ss.). Para una crítica de esta sustitución de la *realidad* por la *comunicación sobre la realidad* como sustrato ontológico del sistema penal, vid. SCHÜNEMANN, 2000, pp. 100 ss.

8 Fundamentar la categoría dogmática de la culpabilidad exclusivamente en el dato de que el sujeto es libre y que podría haber actuado de otro modo (en el sentido de las tesis tradicionales del libre albedrío) supone incurrir en una petición de principio, desde el momento en que no se especifican los criterios que sirven para identificar cuándo hay libertad y cuándo no, y, consecuentemente, no se explica por qué el sujeto libre se encuentra en la obligación de comportarse según lo debido. Del mismo modo, también implica una petición de principio fundamentar la categoría dogmática de la culpabilidad en la mera necesidad de pena (como es necesario castigar al sujeto, lo hacemos). Vid. por todos PUENTE RODRÍGUEZ, 2021, p. 306 y bibliografía citada en n. 192.

9 VIVES, 1996, p. 314, y 2ª ed., 2011, p. 326; vid. también CARBONELL, 1987, p. 28, ORTS/G. CUSSAC, P.G., pp. 321 ss. Sentado lo anterior, hay que recalcar que, para VIVES (2011, pp. 854 s.), la motivabilidad normal no puede ser, en cambio, el fundamento del *principio de culpabilidad*.

10 MARTÍNEZ GARAY, 2005-a, p. 171.

11 Sobre el concepto y la caracterización de *motivabilidad normal* como fundamento de la culpabilidad y, paralelamente, sobre la *anormalidad motivacional* como fundamento de la exclusión de la responsabilidad penal en el seno de esta categoría dogmática, vid., por todos, ya MIR, P.G., L.20/47 ss., para quien, no obstante, el aludido proceso motivador no tiene por qué presuponer la libertad de voluntad (vid. L.20/52, n. 43); desde el momento en que, de un lado, entiende que el sujeto es culpable porque pudo ser motivado y fue motivado normalmente (si bien el motivo representado por la norma no lograra imponerse a otros motivos), y, de otro lado, entiende la motivación no como objeto de una capacidad activa del sujeto, sino como el efecto que ejercen sobre él los motivos, y no exige para la imputabilidad la capacidad activa de motivarse (normalmente), sino la capacidad pasiva de ser influido (normalmente) por las normas.

significado que usualmente se atribuye a esta expresión en el marco de la concepciones *preventivas* de la culpabilidad) y menos aún en el sentido otorgado por los partidarios de la denominada *teoría de la motivación de la norma*¹².

En el marco de la concepción significativa del delito la caracterización de la *motivación normal* no posee el mismo alcance que se le ha venido otorgando a la *motivación de la norma* por el referido sector doctrinal, conformado a raíz de la contribución de GIMBERNAT¹³, sino que posee simplemente el sentido de influir en la motivación humana con el fin de disuadir a los destinatarios de la norma de la ejecución de acciones delictivas. Desde esta perspectiva es incuestionable que la norma penal (con la amenaza de la sanción) influye sobre la *conducta externa del destinatario*¹⁴; pero, mantener esta perspectiva no prejuzga la posición que se sustente sobre la propia esencia de la motivación, es decir, ello no implica paralelamente tener que asumir

la idea (defendida por algunos partidarios de la denominada *teoría de la motivación de la norma*) de que la norma penal posee la misión de configurar —como en la tesis de GIMBERNAT— la conciencia personal a través de su interiorización y de la formación del *superyó*¹⁵.

En resumidas cuentas, desde el punto de vista que aquí asumo, la inclusión de la referencia a la *motivabilidad normal* (o a expresiones equivalentes como “asequibilidad o accesibilidad normativa”¹⁶) posee exclusivamente la virtualidad de introducir en el juicio de reproche un elemento *normativo* esencial en un Derecho penal respetuoso con los postulados de un Estado social y democrático de Derecho: no se considera *justo* (singularmente con base en el principio constitucional de igualdad real ante la ley) seguir exigiendo el comportamiento debido a quien actúa sin una capacidad normal de ser motivado por la norma¹⁷.

12 En este sentido se manifiesta también MARTÍNEZ GARAY (2005, pp. 384 s., n. 44), cuando alerta sobre la necesidad de distinguir (y no confundir) entre *motivabilidad por normas* (“entendida como aptitud para motivarse o no en el sentido en que éstas disponen”) y *motivabilidad normal* (“entendida como descripción de las características del proceso de motivación que tiene lugar, con independencia de que la conducta resultante del mismo sea favorable o contraria a lo ordenado por la norma”). Vid. también anteriormente CARBONELL, 1987, p. 28.

13 Vid. GIMBERNAT, 1990, pp. 146 ss., así como los penalistas citados *supra* en n. 7.

14 Sobre esta función motivadora, vinculada a un entendimiento imperativo de la norma, vid. ya la atinada exposición de OCTAVIO DE TOLEDO, 1981 pp. 126 ss., quien aclara que se trata de una “motivación en contra de la realización del delito”, y no de una “motivación en contra del delito” (que significa poner en marcha un mecanismo interior, psíquico, del individuo, que le lleva a hacer suya la norma penal, a valorarla como correcta).

15 Vid. ya MARTÍNEZ-BUJÁN, 2001, pp. 1153 s.; de acuerdo con ello cfr. GÓRRIZ, 2005, p. 394, n. 1408. Sobre esta cuestión vid. además ya las juiciosas observaciones de OCTAVIO DE TOLEDO (1981, pp. 134 y 274), diferenciando con claridad entre la perspectiva puramente empírica (desde la que puede admitirse que la norma cumpla generalmente —aunque no en todo caso, por cierto— una función de “*internalización de valores*”) y la perspectiva de los fines que legitiman el Derecho penal.

Asimismo, procede subrayar que también en el seno de la corriente teleológico-funcional hay autores que, si bien parten de la base de que la norma despliega una función motivadora sobre la conducta externa del individuo, rechazan que la norma pueda cumplir la misión de forjar la conciencia ético-social del individuo desde la perspectiva de los fines legitimadores de la intervención del Derecho penal. Así, vid. ya MIR, 1986, pp. 56 s. Paradigmática al respecto es la opinión de SILVA, 1992, p. 357, quien aclara acertadamente que, si bien es indudable que la motivación mediante normas constituye el mecanismo fundamental a través del cual el Derecho penal cumple su misión de prevención general, esta “no puede pasar por forjar la conciencia ético-social del individuo, por formar en él una actitud interna de adhesión, de fidelidad al mismo”, en atención a lo cual concluye que “la única motivación de las normas penales que es relevante desde la perspectiva del cumplimiento de los fines que legitiman al Derecho penal es, pues, la motivación entendida como intento de incidencia sobre la conducta externa de los ciudadanos, sin interferir en su conciencia”. Eso sí, en la 2ª ed., 2010, pp. 585 s., añade SILVA la peculiaridad de que, si bien sigue manteniendo que la misión de la norma de conducta es influir sobre los ciudadanos —mediante los mecanismos de la prevención general disuasoria— para que se abstengan de la realización de delitos, no observa una “radical incompatibilidad” entre este punto de vista y la aceptación de que, contempladas desde otra perspectiva, las normas pueden ser vistas como la expresión de determinadas expectativas sociales, en el sentido propuesto por JAKOBS, esto es, como expectativas de conducta institucionalizadas y estabilizadas contrafacticamente).

16 Vid., así, ROXIN/GRECO, AT, I, —P.G., I— § 19/34, concibiendo la “asequibilidad normativa” como una disponibilidad del sujeto para la llamada de la norma en el momento de la realización del hecho, según su estado mental y anímico, cuando (aún) le era psíquicamente asequible poder obrar de forma adecuada a la norma, y aclarando que tal criterio se halla en la tradición de F. v. LISZT, cuando calificaba la imputabilidad como “determinabilidad normal por motivos”; vid. también ROXIN, 2017, pp. 9 ss. Vid. además en la doctrina española LUZÓN PEÑA, 2012, pp. 39 ss.; P.G., L. 26/39, quien subraya que la culpabilidad, además de libertad de decisión y actuación en el sujeto, requiere posibilidad de determinarse o motivarse normalmente por las normas penales (o accesibilidad normativa).

17 Cfr. MIR, P.G., L.20/49, partiendo de su —ya apuntado— enfoque preventivo del Derecho penal. Vid. además, de acuerdo con la justificación ofrecida por MIR, aunque a partir de diferentes premisas metodológicas, MARTÍNEZ GARAY, 2005-a, p. 171. Con todo, es importante matizar que, si bien para esta penalista la diferencia entre el imputable y el imputable reside ciertamente en la anormalidad de la motivación (referida en concreto —como veremos posteriormente— a la estructura del proceso psíquico, cognitivo y afectivo, de motiva-

En esta línea de pensamiento, conviene recordar, en segundo lugar, que en la doctrina española hace tiempo que, para fundamentar la culpabilidad, se había venido recurriendo ya a la idea de la igualdad *real* o *material*¹⁸ o, dicho con mayor precisión, al “criterio valorativo de que se ha de tratar lo desigual como desigual”, atendiendo a las particularidades que permiten distinguir entre sí los casos concretos y posibilitando, consiguientemente, una personalización del juicio de atribución del hecho típico a un sujeto que actuó en unas circunstancias determinadas¹⁹, idea que me parece plenamente compartible siempre que se añada que, por sí solo, dicho criterio valorativo no agota totalmente el fundamento de la categoría dogmática de la culpabilidad²⁰.

Y es que, efectivamente, según anticipé más arriba, por un lado, hay que convenir en que esta caracterización de la culpabilidad basada en el principio constitucional de la igualdad (y concebida como exigibilidad de una conducta conforme al Derecho a la vista de las circunstancias personales del autor en la situación con-

creta) puede ser considerada ciertamente como un ingrediente común a todos los elementos que se incluyen en la categoría dogmática de la culpabilidad, pero el contenido material completo de su fundamento ofrece perfiles diferentes en cada uno de tales elementos, como explicaré más abajo; por otro lado, hay que tener en cuenta que, sentado el hecho de que en la base de la categoría de la culpabilidad se halla necesariamente la idea de la igualdad material, ello no supone que el fundamento de la culpabilidad se agote en la igualdad, dado que para llegar a afirmar que un sujeto es culpable hay que tomar en consideración además otros principios garantísticos y las necesidades de prevención.

Así las cosas, antes de entrar a exponer la explicación sobre el fundamento específico de los diversos elementos que se integran en la categoría dogmática de la culpabilidad, hay que efectuar una aclaración previa sobre *el modo* en el que, en el seno de esta categoría, operan las consideraciones preventivas y las garantísticas²¹.

ción), la razón de ser de la ausencia de pena del inimputable (y, por tanto, el verdadero *fundamento* de la inimputabilidad) radica en el principio de igualdad (vid. claramente pp. 267 y 384 s.).

En cualquier caso, interesa resaltar que con esta fundamentación —ajena al libre albedrío— la categoría dogmática de la culpabilidad no se ve afectada por las aportaciones de las neurociencias vid. por todos FEIJOO 2012, p. 107, n. 61, y 2022, pp. 579 ss.; LUZÓN PEÑA, 2012, pp. 34 ss. Con todo, para una defensa de la libertad de voluntad con independencia de las aportaciones neurocientíficas (que ciertamente no conducen a posiciones concluyentes), vid. ALONSO ÁLAMO, 2016, pp. 12 ss., y 2019, pp. 20 ss.

Por lo demás, me interesa dejar constancia de que la fundamentación que aquí acojo sobre el fundamento de la culpabilidad (y sobre el principio de culpabilidad) me parece perfectamente compatible con la idea de tener en cuenta también los resultados que nos proporcionan las neurociencias con el fin de incorporarlos al acervo de conocimientos que configuran los particulares “juegos de lenguaje” de nuestro singular universo conceptual. Cfr. DEMETRIO CRESPO, 2012, p. 31, quien, más allá de las neurociencias, con carácter general, aboga (p. 4) por una “consideración abierta a otras ciencias, dejando espacio a aquellas posibilidades de cambio que sean oportunas en orden a un Derecho penal mejor y sobre todo más humanitario”, como p. ej., sucedería en lo concerniente a la interpretación de los preceptos que regulan las causas de inimputabilidad por anomalía o alteración psíquica, en la línea sugerida años atrás en nuestra doctrina por QUINTERO, 1999, p. 22. Y es que, efectivamente, comparto con DEMETRIO la afirmación de que el hecho de que en sede de culpabilidad nos hallemos ante una determinación normativa de la responsabilidad no quiere decir que deba tratarse, al mismo tiempo, de un juego que solo se atiene a sus propias reglas. Ahora bien, esto es reconocido asimismo por VIVES, quien, por un lado, no niega que la capacidad de acción exija cierta posibilidad de crear intenciones y voluntades, sucede simplemente que la determinación de la acción en sí misma considerada no va a depender ya solamente de la intención sino del código social establecido, merced al cual se extrae su sentido y su significado (vid. VIVES, 1996, p. 214); y, por otro lado, con la reorientación del problema de lo subjetivo que preconiza sobre la base de la concepción significativa de la acción, VIVES no rechaza incluso en modo alguno la importancia de la pericia psicológica para la constatación de los elementos subjetivos; simplemente niega que esa pericia sea del mismo género que el saber del físico, del biólogo o del neurofisiólogo o del traumatólogo (1996, pp. 257 s.).

18 En sede de culpabilidad se califica la igualdad de *material* para diferenciarla de la igualdad *formal*, que es la que corresponde a la categoría dogmática de la antijuridicidad, en la medida en que esta supone una declaración de contrariedad general de la conducta con relación a la norma, sin valorar las características personales del sujeto infractor. Vid. por todos PÉREZ MANZANO, 1990, p. 108; PRATS, 2001, p. 639.

19 Vid. ya TORÍO, 1985, pp. 287 ss. y, entre otros trabajos posteriores, LH Cerezo, 2002, p. 1022. Haciéndose eco de ello vid., entre otros, PRATS, 2001, p. 639; MARTÍNEZ GARAY, 2005, pp. 266 s. y 385, con amplias indicaciones adicionales de otros penalistas que parte de concepciones sistemáticas diferentes. Más recientemente, vid., por todos, PUENTE RODRÍGUEZ, 2021, p. 303, con ulteriores referencias doctrinales en n. 188.

20 Cfr. MARTÍNEZ GARAY, 2005, p. 386.

21 Frente a lo que da a entender PUENTE RODRÍGUEZ (2021, p. 303, n. 188, al hilo de la fundamentación que ofrece SILVA), me interesa aclarar que la inclusión de consideraciones preventivas (así como la de otras consideraciones garantísticas) en la fundamentación de la categoría de la culpabilidad no implica diluir o bajar el papel que desempeña la igualdad, dado que aquí parto de la base de que la igualdad se erige ya en el *presupuesto* o *pilar* (principio informador genérico, si se prefiere) en el que se asientan todos los ingredientes que contribuyen a conformar la culpabilidad, según explico a continuación en el texto. En sentido similar, vid. PÉREZ MANZANO, 1990, p. 108. De hecho, el propio PUENTE viene a reconocer después que la igualdad en sentido estricto posee ciertamente una clara repercusión en el

Y es que, en efecto, existen posiciones, denominadas mixtas o intermedias, que en la actualidad gozan de gran predicamento doctrinal, caracterizadas por incluir en la culpabilidad tanto consideraciones preventivas como garantísticas. Sin embargo, bajo esas denominaciones se cobijan tesis con un alcance muy diverso, lo cual obliga a esclarecer debidamente este aspecto.

Parto de la base de que, *prima facie*, me parece adecuada una caracterización de la categoría de la culpabilidad que aglutine prevención y garantías en el marco de una concepción que pueda ser calificada de mixta o intermedia. No obstante, es preciso concretar la manera en la que ambos aspectos deben ser integrados a la hora de conformar la culpabilidad.

Para ilustrar esta cuestión baste con citar dos tesis (una en la doctrina alemana, otra en la española) que han obtenido bastante repercusión en formulaciones posteriores y que se presentan usualmente como mixtas o intermedias. Se trata de dos concepciones diferentes entre sí y que, además, deben ser distinguidas de la que aquí sostendré.

La concepción de ROXIN se caracteriza por incluir en la categoría de la *responsabilidad* (propuesta primigeniamente por él) dos subcategorías, la culpabilidad en el sentido tradicional y la necesidad preventiva de pena, con la destacada particularidad de que ambas subcategorías se hallan en una relación de limitación recíproca y quedan tajantemente separadas, de tal manera que existirán causas que excluyen la culpabilidad en sentido propio y causas que excluyen la necesidad

preventiva de pena²². Sin embargo, con relación a esta concepción comparto la objeción de que la aludida tajante separación no es posible, como apuntaron ya, entre otros, AMELUNG²³ en la doctrina alemana, y SILVA²⁴ y LUZÓN PEÑA²⁵, en la española, quienes ponen de manifiesto además que es el propio ROXIN el que acaba por reconocer implícitamente que dicha separación no es factible en todo caso, puesto que el autor alemán viene a admitir que incluso en la inimputabilidad (a su juicio, arquetipo de la ausencia de culpabilidad en sentido propio) inciden también consideraciones de índole preventiva, de necesidad de pena²⁶.

En lo que atañe a la doctrina española, también se suele denominar intermedia o mixta a la concepción de MIR, según la cual la motivabilidad normal es ciertamente presupuesto de la culpabilidad, pero con la particularidad de que se revela como un simple *límite* (externo a la prevención) a la posibilidad de castigar al que actúa en situación de anormalidad motivacional y con la peculiaridad añadida (ya mencionada) de que el referido proceso de motivación —concebido como un conjunto de fuerzas causales motivadoras percibidas por el sujeto— no tiene por qué presuponer la libertad de voluntad²⁷. Sin embargo, ante esta formulación debo matizar, de nuevo, que, desde la perspectiva que aquí acojo, las consideraciones preventivas también contribuyen a conformar el contenido de la culpabilidad juntamente con las consideraciones garantísticas, de tal manera que la culpabilidad se construye como una decisión genuinamente mixta o sintética²⁸, y, por

ámbito de la imputabilidad; en cambio, en la esfera de las causas de exculpación dicha igualdad se ve tamizada por las *razones* legítimas que el sujeto implicado en la situación de conflicto pueda suministrar (2021, p. 304, n. 190).

Y, por supuesto, conviene insistir en que esta caracterización asume también el presupuesto (condición de posibilidad) de que el hombre es libre en la realización de su acción y que, por ello, esta se le puede reprochar penalmente. La imposición de la pena criminal tiene en cuenta consideraciones preventivas, pero solo será legítima cuando se puede afirmar “con razones suficientes que el hecho fue individualmente evitable para el autor”. Cfr. SCHÜNEMANN, 2002, p. 34.

22 Vid. ROXIN/GRECO, AT, I, —P.G.,I— § 19/1-7.

23 AMELUNG, 1991, pp. 104 ss.

24 SILVA, 1992, p. 410.

25 LUZÓN PEÑA, P.G., L. 26/26 y 44, quien matiza de forma clarividente que, ciertamente, cabe afirmar que el requisito de la culpabilidad, con sus exigencias garantísticas, sí puede operar como un límite frente a las excesivas exigencias de la prevención general (y de la especial), pero, si se someten estas exigencias preventivas a las limitaciones garantísticas, entonces las exigencias preventivas así limitadas coincidirán ya con los requisitos del principio de culpabilidad. Y, desde la perspectiva inversa, concebida la culpabilidad en la línea de la opinión aquí mantenida (como libertad de voluntad y posibilidad de motivarse normalmente), la constatación de la no necesidad de prevención general no supondrá un ulterior límite a la culpabilidad, sino que simplemente confirmará y reforzará la exculpación basada en la inexigibilidad individual.

26 En efecto, habitualmente se pasa por alto que ROXIN/GRECO (AT, I, —P.G.,I— § 19/4) llega a afirmar explícitamente que los aspectos preventivos se pueden constatar también, de manera más o menos pronunciada, en las que él denomina “causas de exclusión de la culpabilidad en sentido estricto” (inimputabilidad o incapacidad de culpabilidad y error de prohibición invencible) y que (AT, I, —P.G.,I— § 19/49) no existe una “rígida distinción” entre las citadas causas de exclusión de la culpabilidad en sentido estricto y las causas de exculpación (singularmente el exceso en la legítima defensa, § 33 StGB, y el estado de necesidad exculpante, § 35 StGB, basadas fundamentalmente en la ausencia de necesidad preventiva de castigo).

27 Cfr. MIR, L.20/49 y 52, n. 43.

28 Con relación a este último aspecto de la formulación de MIR ha matizado certeramente SILVA (1992, p. 410, n. 429) que, ciertamente, puede acogerse la referida idea de que el fundamento de la culpabilidad radica en que en un Estado democrático de Derecho no se considera justo llevar el deseo de la prevención hasta castigar a quien actúa sin culpabilidad (singularmente con base en el principio de

supuesto, recuérdese que, a diferencia también de MIR, aquí asumo la premisa de que la motivabilidad normal presupone la libertad de acción.

En resumidas cuentas, de lo que se acaba de exponer se infiere ya que la caracterización que me parece más adecuada es la que aúna consideraciones garantísticas y preventivas en una fundamentación genuinamente mixta o sintética²⁹. Entre los penalistas que asumen los postulados de la concepción significativa, dicha fundamentación mixta ha sido ampliamente desarrollada por MARTÍNEZ GARAY, a través de una argumentación que, en sus líneas fundamentales, debe ser compartida.

Así, de entrada hay que convenir en que el referido entendimiento de la culpabilidad, basado en la idea de la igualdad real, lleva aparejado inexorablemente el respeto a todo el conjunto de principios garantísticos (o límites al *ius puniendi*) que se incluyen en el genérico *principio de culpabilidad*, fundamentados en los principios y valores que inspiran una convivencia democrática en un Estado de Derecho que procure fomentar la igualdad real entre sus ciudadanos: entre esos principios cabe incluir, además del principio de igualdad en la dimensión de trato desigual a los desiguales, consideraciones de proporcionalidad, de humanidad de las penas, de no *desocialización*, de intervención mínima y de respeto a la dignidad humana³⁰.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, hay que compartir asimismo la idea de que la culpabilidad como categoría dogmática en un ordenamiento jurídico determinado no aparece configurada únicamente como una garantía (o conjunto de garantías) que limita el ejercicio del *ius puniendi* estatal, sino que además debe tener en cuenta las consideraciones de prevención general que contribuyen a definir los presupuestos y los límites

de las concretas causas de exculpación o inexigibilidad. Así, de la conjunción de las necesidades preventivas (variables en función de la percepción que los ciudadanos tengan de ellas) y de los principios garantísticos surge, como síntesis, la configuración concreta de la culpabilidad material en un ordenamiento jurídico dado³¹.

Eso sí, como indiqué más arriba, no se puede desconocer que esta caracterización de la culpabilidad como una decisión mixta o sintética propuesta por MARTÍNEZ GARAY, con base en los postulados de la concepción significativa, había sido ya formulada en la doctrina española por otros penalistas, partiendo de otras concepciones sistemáticas, quienes, a su vez, se inspiraron en anteriores aportaciones de la doctrina alemana³². Así cabe citar señaladamente a SILVA³³ —como reconoce la propia MARTÍNEZ GARAY³⁴—, mas también es preciso mencionar a PÉREZ MANZANO³⁵.

Por lo demás, en el primer trabajo que publiqué sobre la concepción significativa yo mismo me había adherido ya a la tesis de estos penalistas en el sentido de rechazar, de un lado, que la culpabilidad sea un simple correlato de una “necesidad preventiva” de pena y, de otro lado, que sea la mera expresión de una “garantía” en sí misma considerada (enfrentada a la finalidad de prevención) que, sirviese de “límite al *ius puniendi*”³⁶.

Asimismo, como ya puse de relieve en dicho trabajo³⁷, una caracterización semejante sobre la culpabilidad se hallaba también expuesta implícitamente en los *Fundamentos del sistema penal* de VIVES. En efecto, para entenderlo así hay que recordar las genéricas afirmaciones que realiza VIVES con relación a los valores que toda norma penal canaliza: tales valores pueden resumirse ciertamente en uno, que constituye el valor

igualdad real ante la ley), “pero resulta que en la determinación de quiénes son los que actúan sin culpabilidad y, por tanto, de a quiénes no es lícito castigar, se entremezclan consideraciones garantísticas y preventivas. Dicho de otro modo, la prevención es la que impide que el contenido de las causas de exclusión de la culpabilidad vaya demasiado lejos, la que marca los límites de lo inexigible”.

29 Sobre la inexistencia de contradicción entre culpabilidad y prevención vid. por todos ya ACHENBACH, 1991, pp. 134 ss., con indicaciones de trabajos anteriores.

30 MARTÍNEZ GARAY, 2005, p. 387.

31 Vid. MARTÍNEZ GARAY, 2005, p. 388, donde literalmente escribe: “las necesidades de prevención —que varían histórica y geográficamente, en función de la percepción que los ciudadanos tengan de las mismas— al pasar por el tamiz de estos principios o límites al poder estatal, generan como síntesis la configuración concreta de la culpabilidad material en cada sociedad y ordenamiento jurídico particulares”.

32 Vid. especialmente BAURMANN, 1987, pp. 186 ss., construyendo la categoría de la culpabilidad como una auténtica decisión “sintética” de fines.

33 Vid. SILVA, 1992, pp. 261 ss., 294 s. y 408 ss. Vid. además la adición de la 2ª ed., 2010, pp. 491 ss.

34 Cfr. MARTÍNEZ GARAY, 2005, p. 388, n. 48, quien afirma que su concepción material de la culpabilidad “presenta parecido” con la que expone SILVA.

35 Vid. PÉREZ MANZANO, 1990, pp. 114 ss., 140 y 210 ss., subrayando que la culpabilidad aparece como el resultado de una decisión mixta o sintética en la que han incidido indisolublemente, de un lado, consideraciones ligadas a las necesidades preventivas y, de otro lado, consideraciones garantísticas, como pueden ser la igualdad, la humanidad, la condescendencia ante debilidades humanas, etc. Vid. además PRATS, 2001, pp. 633 s.

36 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2001, pp. 1172 s. y n. 94.

37 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2001, pp. 1149 ss.

central de todo el Ordenamiento jurídico, a saber la *justicia*, pero evidentemente sobreentendiendo que la materialización de este valor central ha de satisfacer otros requerimientos, como son “seguridad jurídica, libertad, eficacia, utilidad, etc., que no son sino aspectos parciales de la idea central de justicia que el ordenamiento jurídico pretende instaurar” y que, desde la perspectiva de nuestro Derecho positivo, son valores “*internalizados*” en la Constitución española. Todos esos valores que se cobijan en el más amplio concepto de justicia “entran en juego a la hora de proceder a la exigencia de responsabilidades jurídico-penales”³⁸. Y conviene precisar que con esta afirmación VIVES estaba indicando que todos los valores citados habrán de tomarse en consideración no solo a la hora de dilucidar si la norma está racionalmente fundada (o sea, si es legítima), sino también llegado el momento de examinar si la norma está correctamente aplicada al caso concreto, a cuyo efecto la aludida pretensión general de justicia se descompone, a su vez, en diversas pretensiones de validez *parciales* más concretas, a saber: las pretensiones de validez *específicas* de la norma, a través de las cuales se analiza si en la norma penal puede encajar una acción humana relevante (típica), ilícita (antijurídica), reprochable (culpable) y necesitada de pena (punible). En definitiva, todos los valores mencionados habrán de ser tenidos en cuenta a la hora de elaborar las diversas categorías del sistema penal (o sea, a la hora

de articular las diversas “pretensiones de validez de la norma penal”³⁹.

Hay que resaltar, pues, que de este modo VIVES está admitiendo indudablemente que en la norma coexisten tanto contenidos garantísticos como contenidos funcionales o utilitarios, que obviamente se hallan en situación de permanente (e inevitable) tensión, una tensión que habrá de ser resuelta merced a una síntesis, que ofrece perfiles diferentes, dependiendo de la vertiente que se analice.

Aunque VIVES no ofrece mayores precisiones, a mi juicio resulta obvio que, a diferencia de la primera de las vertientes citadas (en la que el legislador pondera racionalmente en pie de igualdad los aspectos garantísticos y los funcionales para delimitar las conductas que deben ser penalmente prohibidas), en la segunda vertiente (aplicación de la norma al caso concreto) deben prevalecer las consideraciones valorativas de garantía individual, dado que la labor del intérprete (o aplicador) del Derecho debe estar guiada por el objetivo de garantizar que se respeten los límites impuestos jurídicamente al poder de castigar que ostenta el Estado, que, en mi opinión, se erigen en auténticos fines del Derecho penal y que, por ello, deben prevalecer en el conflicto con las necesidades preventivas, sin perjuicio de que, cuando tal conflicto no exista, es decir, cuando las necesidades de prevención desaparezcan, pueda, desde luego, mitigarse el rigor penal en todo caso⁴⁰. Con todo, ello no será óbice para que, a su vez, en sentido inverso

38 Cfr. VIVES, 1996, p. 482,

39 Vid. VIVES, 1996, pp. 482 ss. y 2ª ed., 2011, pp. 489 s. Sobre las correspondencias en este aspecto de la concepción de VIVES con la de la “relación dialéctica”, formulada en nuestro país por SILVA, vid. ya MARTÍNEZ-BUJÁN, 2001, pp. 1149 ss., y DPE. P.G., 5ª ed., pp. 61 s. y 69 ss.

Ni que decir tiene que la coexistencia de consideraciones garantísticas y funcionales o utilitarias en toda norma penal, y, por ende, en todas las categorías del sistema del delito, es algo que aparece ya impuesto por la propia idea del Estado democrático constitucional de Derecho, en el marco del cual el Derecho penal es ciertamente un instrumento de control social, pero de un control que se tiene que llevar a cabo conforme a determinados requisitos de legitimidad.

A las consideraciones que expuse en estos lugares, procede añadir aquí que la idea de apoyar el concepto de culpabilidad en una justificación social de la pena puede encontrarse asimismo en ROXIN/GRECO (AT, I, —P.G., I— § 19/41), con la particularidad —también coincidente— de que las necesidades preventivas nunca pueden justificar la imposición de una pena si el sujeto es inasequible a la llamada de la norma.

40 En sentido próximo, vid. MARTÍNEZ GARAY, 2005-a, pp. 69 ss., especialmente p. 76, donde, tras dejar sentado que en la argumentación dogmática las consideraciones valorativas de justicia no pueden ceder ante las mayores necesidades de represión que pueda provenir de exigencias sociales, matiza también que, en cambio, desde la perspectiva inversa la ausencia de necesidades de prevención no debe impedir que pueda producirse una relajación del rigor penal, aun cuando este rigor viniera exigido en principio por una interpretación estricta de las normas, acogiendo así los criterios de prevención en el sentido propuesto por ROXIN, los cuales no podrán ser utilizados para justificar un mayor rigor punitivo por encima de las garantías penales, pero sí para atenuar dicho rigor cuando la ausencia de necesidad preventiva lo permita.

Y es que en efecto, conviene no olvidar —algo que, en ocasiones, se pasa por alto— que, para ROXIN (ROXIN/GRECO, AT, I, —P.G., I— § 19/6), la exigencia de la necesidad preventiva como presupuesto adicional del castigo significa únicamente “una ulterior protección ante la intervención del Derecho penal, en cuanto que ya no sólo se limita lo preventivamente admisible mediante el principio de culpabilidad, sino que también se restringe la posibilidad de punición de la conducta culpable mediante la exigencia de que esta sea preventivamente imprescindible”, de tal modo que podrán existir incluso situaciones excepcionales (tanto en el caso de las causas de exculpación, como incluso en algunos supuestos de inimputabilidad y de error de prohibición) en las que, aun existiendo culpabilidad, la ausencia de necesidad de pena conduce a negar la responsabilidad. En una línea similar en la doctrina española, interpretando correctamente la posición de ROXIN, vid., p. ej., DÍEZ RIPOLLÉS, P.G., p. 447.

las necesidades preventivas permitan recortar en alguna medida la operatividad del error sobre la prohibición y el contenido de las causas de exculpación.

Muy próxima a esta concepción mixta que aquí se preconiza se encuentra ahora la actual caracterización de LUZÓN PEÑA, quien, tras partir del presupuesto de la libertad de decisión y actuación y de la accesibilidad normativa, aclara que el juicio de reproche individual se lleva a cabo conforme a criterios valorativos y teleológicos, “entre los que ciertamente se incluyen también criterios preventivo-generales además de principios y valores como los de libertad y libre desarrollo de la personalidad, justicia, dignidad, exigibilidad individual o valoración jurídica de la motivación”⁴¹. También puede inscribirse en esta idea ahora la actual posición de MUÑOZ CONDE, quien, partiendo de la base de que la posibilidad de actuar de otro modo es (de modo coincidente con lo que aquí sostengo) “un presupuesto del concepto de acción misma, pero no el fundamento material, exclusivo y único de la culpabilidad”, añade que el fundamento de la categoría dogmática de la culpabilidad se construye como un “concepto dialéctico”, que debe integrar las finalidades preventivas (generales y especiales) y respetar los límites extraídos de los principios constitucionales, de tal manera que no se puede castigar a aquellas personas que no pueden participar con sus semejantes en condiciones de igualdad en una vida en común pacífica y justamente organizada⁴².

Sin embargo, siguen existiendo posiciones reacias a este enfoque, como, paradigmáticamente, se puede comprobar en la concepción de Díez Ripollés, quien, partiendo de la base de que el fundamento material de la categoría dogmática de la culpabilidad reside en la capacidad de actuar de otro modo y de que se trata de una categoría fuertemente normativizada con ineludible presencia de componentes normativos que faciliten el análisis de determinados elementos fácticos personales, entiende que tales componentes normativos no son reconducibles a reflexiones sobre los fines de la pena, en la medida en que estas reflexiones no tienen lugar en el marco de la teoría del delito (ni siquiera en la categoría de la punibilidad), sino en la teoría de la

pena, donde se determina el merecimiento y la necesidad de imposición y ejecución de la pena⁴³.

Finalmente, con relación al fundamento genérico de la categoría de la culpabilidad cabría añadir a todo lo expuesto que, al lado de la invocación del principio de igualdad material, hay que tomar en consideración, desde luego, la idea de la legitimidad del Ordenamiento jurídico, idea que aporta una base *procedimental-democrática* para justificar la culpabilidad, en el sentido de que es el propio sujeto merecedor del reproche el que previamente ha participado en la creación de las leyes desde su *status* de *ciudadano* colegislador⁴⁴. Con todo, esta idea —plenamente compartible— alude más bien a la dimensión política o filosófico-jurídica de la culpabilidad, en lugar de a la dimensión estrictamente dogmática (jurídico-penal), que es la que he examinado en este epígrafe.

III. EL FUNDAMENTO MATERIAL ESPECÍFICO DE LOS ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD

3.1. Elementos incluidos en la culpabilidad: la exclusión de la imputabilidad. Consecuencias

Responder a la cuestión del fundamento material (específico) de los elementos de la culpabilidad requiere despejar, con carácter previo, otra cuestión, a saber: identificar cuáles son los elementos que quedan incluidos en la categoría dogmática de la culpabilidad. Y es que —como ya expuse en anteriores trabajos⁴⁵— comparto, ciertamente, con VIVES y con la opinión actualmente dominante la idea de que el dolo y la imprudencia no son formas de culpabilidad y que, por ende, quedan fuera de esta categoría dogmática, pero discrepo de la posición (mantenida por VIVES y por la doctrina dominante) que incluye la imputabilidad en la culpabilidad. En mi opinión, la imputabilidad debe extraerse de la culpabilidad para pasar a integrarse en la categoría de la ilicitud (o antijuridicidad subjetiva), como su presupuesto.

Por otra parte, es cierto que para VIVES las causas de inexigibilidad deben ser extraídas de la categoría

41 LUZÓN PEÑA, P.G., L. 26/41. Vid. además 2012, pp. 40 ss.

42 Vid. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, P.G., pp. 336 ss.

43 Díez Ripollés, P.G., pp. 449 s. No obstante, esta contundente conclusión no acaba de coonestarse bien con la previa afirmación realizada por este penalista cuando escribe que, si bien las circunstancias excepcionales personales que impiden reconocer la capacidad de actuar de otro modo se fundan “en gran medida en el conocimiento científico de sus intenso efectos sobre el comportamiento”, agrega que esto debe entenderse “sin perjuicio de que ello se pueda complementar con datos como la rareza estadística de su aparición, razones histórico-culturales o necesidades preventivas” (p. 448).

44 Sobre esta fundamentación *discursiva* o *deliberativa*, vid. en la doctrina alemana singularmente, por todos, GÜNTHER, 2005, pp. 105 ss., 245 ss. y *passim*; KINDHÄUSER, 2011, pp. 67 ss. En la española vid. por todos MARTÍN LORENZO, 2009, pp. 318 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, P.G., pp. 338 ss.; PUENTE RODRÍGUEZ, 2021, pp. 304 ss. Vid. además MAÑALICH, 2019, pp. 207 ss., con una convincente argumentación a favor de la conexión entre culpabilidad y democracia —definitoria de lo que califica como *la ideología de la culpabilidad*— y una refutación de las objeciones formuladas por penalistas como PAWLK (2012, pp. 107 s.) y SILVA (2011, pp. XVIII ss.).

45 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2019, pp. 108 ss. n. 3; 2019-a, pp. 609 ss.; 2020, pp. 769 ss. y 2021, pp. 47 ss.

de la culpabilidad para pasar a ser incardinadas en la ilicitud⁴⁶. Sin embargo, como ya indiqué asimismo en trabajos anteriores, entiendo que deben ser incluidas en la categoría de la culpabilidad⁴⁷.

Por consiguiente, aquí parto de la base de que en la categoría de la culpabilidad permanecen dos elementos: la conciencia de la ilicitud o de la antijuridicidad (y su reverso, el error sobre la prohibición por razones normativas) y la exigibilidad individual de conducta adecuada a la norma (y su reverso, las causas de inexigibilidad o de exculpación).

Así las cosas, puede iniciarse la respuesta a la cuestión planteada al inicio del presente apartado afirmando que, a la vista de la naturaleza jurídica (y ubicación sistemática) que aquí atribuyo a la imputabilidad (como presupuesto de la ilicitud), la fundamentación de los elementos de la culpabilidad que permanecen en esta categoría poseerá, por lo pronto, un rasgo común añadido al fundamento genérico descrito en el anterior apartado, esto es: tanto en la conciencia de la antijuridicidad (y su reverso, el error sobre la prohibición por razones normativas) como en la exigibilidad en sentido estricto (y su reverso, las excusas o causas de inexigibilidad en sentido estricto) no se trata ya de determinar si existe, o no, una alteración en la propia *estructura* (o constitución) de los procesos psíquicos (cognitivos y afectivos) de motivación, en virtud de lo cual el fundamento material *específico* de la desigualdad relevante debe buscarse en otros criterios ajenos a dicha alteración estructural psíquica.

Y, al hilo de esta consideración, me interesa aclarar que la fundamentación específica de las causas de inimputabilidad que expone MARTÍNEZ GARAY (anor-

malidad de la motivación, entendida como alteración en la estructura del proceso psíquico de motivación) viene a corroborar implícitamente mi tesis de ubicarlas sistemáticamente como presupuesto de la ilicitud. Ello es evidente, cuando menos, en los supuestos de errores o miedos condicionados o patológicos (que serán, desde luego, los casos más frecuentes de posible conflicto aparente de eximentes). Según reconoce acertadamente dicha penalista, en estos supuestos no estamos ante errores o miedos propiamente dichos, sino ante verdaderos casos de inimputabilidad, porque es la alteración psíquica la que provoca una incapacidad de comprender el significado del hecho realizado y la ilicitud de la norma y la que provoca asimismo la presión motivacional⁴⁸; de ahí que, en rigor, no exista un verdadero conflicto de eximentes, dado que es ya la alteración psíquica que da lugar a la situación de inimputabilidad la que produce el efecto de pérdida de contacto con la realidad y la que hace que carezca de todo sentido entrar a analizar si el sujeto obró con dolo o en situación de error o si conocía los presupuestos de otra eximente.

Ciertamente, esta penalista admite en algunos supuestos la posibilidad de un verdadero conflicto de eximentes, en cuyo caso propone recurrir al criterio de la subsidiariedad, entendiéndolo que los supuestos de inimputabilidad se encontrarían en una relación de subsidiariedad con respecto a las otras eximentes en conflicto, que serían de aplicación preferente⁴⁹.

Sin embargo, vaya por delante que, frente a esta posibilidad, cabe matizar que —como reconoce la propia MARTÍNEZ GARAY— los casos de conflicto serían mucho menos frecuentes y que, desde luego, es más di-

46 Vid. VIVES ANTÓN 1996, p. 487.

47 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2017, pp. 137 ss., y vid. *infra* epígrafe III.3.2. Aquí procede recordar que, si atendemos a los presupuestos de la concepción significativa, no hay obstáculo, a mi juicio, para que determinadas excusas recogidas en el CP español puedan operar como causas de exclusión de la culpabilidad, sobre la base de la idea de la inexigibilidad individual. Y es que, en efecto, en mi opinión, una cosa es que —como sostiene VIVES— no exista una diferencia ontológica, por razón de la materia, entre causas de justificación y excusas y que quepa afirmar que con el mismo fundamento material (v. g., la no exigibilidad) el legislador puede otorgar un permiso fuerte (una causa de justificación) o uno débil (una excusa), y otra cosa diferente es que deba deducirse de esta idea que todas las excusas deban ya automáticamente quedar situadas en la esfera de la pretensión de ilicitud. Con respecto a ello, habrá que estar al caso concreto para determinar los supuestos en que la inexigibilidad excluye ya la ilicitud (e incluso la ofensividad porque la inexigibilidad general excluye la antijuridicidad material) y aquellos otros en que excluye la culpabilidad. En vía de principio, tal determinación deberá apoyarse en la idea del carácter general del primer caso y el carácter personalizado o individual del segundo. Este criterio vendría a coincidir *mutatis mutandis* con el que propone MIR, con base en sus premisas metodológicas. Vid. MIR, P.G., L. 20/46 ss., quien, partiendo de que la culpabilidad presupone “motivabilidad normal” y que la inculpabilidad se basa en la “anormalidad de la motivación”, distingue ahora, de acuerdo con su nueva configuración de la estructura del delito, entre los supuestos de imposibilidad *absoluta* de motivación normativa que afectan a todo ser humano o al hombre medio ideal, en los que falta ya la antijuridicidad, y los que afectan al sujeto concreto, en los que no falta la antijuridicidad sino el primer requisito de la culpabilidad, o sea, la concreta prohibición al sujeto.

48 Vid. MARTÍNEZ GARAY, 2005, pp. 416 y 418. Vid. además, por todos, ALONSO ÁLAMO, 2018, p. 11: “desde el punto de vista del sujeto la imputabilidad requiere un agente mentalmente sano y capaz de comprender la norma y de responder a la motivación normativa” (cursiva en el original).

49 Vid. MARTÍNEZ GARAY, 2005, pp. 417 y 419. En concreto, menciona dos posibles casos: el del sujeto que actúa con sus facultades trastornadas, dándose además las condiciones de un estado de necesidad exculpante; o “el caso en el que el miedo insuperable llegue a determinar un trastorno mental momentáneo debido al pánico”.

ficil imaginar situaciones de concurrencia en los casos de eventuales errores⁵⁰.

Ahora bien, más allá de esta matización, entiendo que si el sujeto es realmente inimputable (por alteración de la estructura del proceso psíquico de motivación) no cabe establecer diferencia alguna entre errores condicionados y no condicionados a los efectos que analizo aquí: lo decisivo será que el inimputable no está en condiciones en ningún caso de obrar con dolo o con imprudencia, y, por tanto, carece de sentido en-

trar a analizar si ha incurrido, o no, en una situación de error⁵¹.

Y, del mismo modo que no posee capacidad para actuar con dolo, el inimputable nunca podrá cumplir el elemento subjetivo genérico (el impropriamente llamado “dolo” de la eximente, que, en rigor, es el reverso o la contrapartida del dolo) de toda causa de inculpabilidad o de justificación⁵². En efecto, si dejamos al margen algunos supuestos de la minoría edad⁵³, el inimputable carece en todo caso de capacidad para comprender ca-

50 Con todo, MARTÍNEZ GARAY (2005, p. 417) aclara que “quizá podrían darse casos en que el autor desconozca, a causa de la alteración de la estructura de sus procesos motivacionales, el significado de su conducta, y además las circunstancias externas sean tales que pueda suponerse que una persona sin ese trastorno habría caído igualmente en el error. También cabe imaginar casos en que resulte muy difícil determinar cuál es el presupuesto que se ha producido en la práctica, si el de una o el de la otra eximente”.

51 Así, repárese en que la argumentación que ofrece MARTÍNEZ GARAY, y que acabo de exponer en la nota anterior, no permite fundamentar debidamente la conclusión que esta penalista obtiene, dado que el mero hecho de que “las circunstancias externas sean tales que pueda suponerse que una persona sin ese trastorno habría caído igualmente en el error” no demuestra que el inimputable que se enjuicia en el caso concreto sea un sujeto que posee capacidad para incurrir en ese error, sino tan solo que concurren unas circunstancias externas que permiten inferir que un sujeto imputable, colocado en la posición del sujeto inimputable, habría incurrido también en error. Sucede, pues, algo semejante a lo que acontece con la ausencia del elemento subjetivo de una causa de justificación o de inculpabilidad, a la que me refiero a continuación en el texto.

Ciertamente, la argumentación de MARTÍNEZ GARAY sería válida si se demostrase que, a la vista de las susodichas “circunstancias externas”, cualquier persona que poseyese todo el saber público de la humanidad habría incurrido también en el error; pero en tal hipótesis, estaríamos ante un error *objetivamente* invencible que comporta ya la exclusión de la causalidad (o imputación estrictamente objetiva), faltando ya la primera categoría del delito (un tipo de acción relevante y ofensivo), derivada de la primera pretensión de validez de la norma penal. Por consiguiente, no habría necesidad de recurrir a la segunda (o a la tercera) categoría del delito para invocar la inimputabilidad del sujeto ni, por supuesto, para invocar un error personal o subjetivo de este.

52 Vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN, 2021, pp. 322 ss.

53 Como ya apunté en un trabajo anterior (Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2020, pp. 771 ss.), el caso de la menor edad es peculiar. Con todo, según expliqué en ese lugar, comparto la idea de que en el caso de niños de muy corta edad (o infancia temprana) cabría hablar, desde luego, de una auténtica situación *material* (no solo *formal* o *legal*) de plena inimputabilidad que les impide apreciar ya el conocimiento del significado del hecho (o sea, el presupuesto de la prohibición), al tratarse de un estado psíquico de falta de desarrollo de capacidades, equiparable a una oligofrenia profunda. A partir de esa infancia temprana cabría, ciertamente, poner en tela de juicio que exista una genuina situación *material* de completa inimputabilidad, dado que no habrá un estado de plena anormalidad psíquica, sobre todo en edades que se aproximan a los 18 años; y de ahí que en tales casos cabría calificar la situación del menor como un estado *material* de imputabilidad disminuida (vid. por todos LUZÓN PEÑA, P.G., L.27/2 y 34, y L. 29/26). Ahora bien, a mi juicio, incluso en estos casos resulta más adecuado entender que en el art. 19 CP el legislador está presumiendo *iuris et de iure* que los menores de 18 años no poseen la *capacidad* necesaria para ser castigados con las sanciones del CP y que, a los *efectos de este cuerpo legal*, deben reputarse legalmente (formalmente) inimputables —por más que quepa entender que *materialmente* no se hallan en una situación equiparable a las restantes causas de inimputabilidad recogidas en el CP—, y sin perjuicio de que, con arreglo a la LORPM y a los efectos de esta ley, en el caso de los mayores de 14 años y menores de 18 años esa situación de semi-imputabilidad dé lugar a una responsabilidad penal atenuada, en comparación con la que les correspondería a los mayores de edad (en sentido próximo, al menos desde la perspectiva material, vid. Díez RIPOLLÉS, P.G., pp. 474 ss. y 519).

De ahí que no pueda compartir la tesis de quienes (como LUZÓN PEÑA, P.G., L.27/34, y L. 29/26) afirman que el menor de edad realiza una conducta que reúne todos los elementos fundamentales del delito que exige el CP (incluyendo el dolo y la imprudencia) y que lo que sucede es que (con arreglo a las disposiciones del CP) concurre, simplemente, una causa personal de exclusión de la punibilidad en un hecho típico, antijurídico y culpable, basada en razones de política jurídica y de política criminal. Lo que tal vez pudiera sostenerse es que en el caso de menores de edad en los que no quepa hablar de una auténtica situación *material* inimputabilidad que les impida apreciar ya el conocimiento del significado del hecho, la exención de responsabilidad criminal se basa en la idea de la inexigibilidad individual (cimentada en la desigualdad relevante), y, por tanto, tal caso quedaría fuera de la antinormatividad, relegado a la categoría de la culpabilidad, perteneciendo, pues, al ámbito de la norma secundaria (o *sancionabilidad penal*); a este caso se refiere, según creo, ROBLES (2021, p. 122), al incluir en la inexigibilidad penal (subjetiva) “la inimputabilidad por razones normativas”, inexigibilidad que, con arreglo al concepto material de delito, dicho penalista incardina en el ámbito de la norma secundaria. Vid. sobre esto último, lo que expongo *infra* en el epígrafe IV.

En suma (con la única posible excepción acabada de apuntar), el fundamento de la exención en el caso de la menor edad con arreglo al CP debe reconducirse a la inimputabilidad y el fundamento de la responsabilidad penal específica con arreglo a la LORPM también debe basarse en la idea de la (semi) inimputabilidad, lo cual posee, por cierto, una base biológica indudable, a la vista del peso que en la adolescencia poseen las emociones en la toma de decisiones. La neurobiología lo explica por la hiperreactividad de la amígdala (que provoca

balmente los presupuestos fácticos u objetivos de la acción y situación justificantes o excusantes, así como de capacidad para querer actuar al amparo de ellas⁵⁴: por tanto, lo único que puede suceder es que en la actuación del inimputable concurren los requisitos objetivos o fácticos de la causa de justificación o de inculpabilidad, pero dicho sujeto nunca estará en condiciones de cumplir el requisito subjetivo, con lo que, según la solución que considero correcta, habría que descartar ya conceptualmente la posibilidad de aplicar la eximente (incluso en su versión incompleta)⁵⁵. De ahí que en tal hipótesis resulte imprescindible aplicar la causa de inimputabilidad, porque, de no entrar en juego esta, la ausencia del elemento subjetivo conduciría a castigar en todo caso la conducta (además, como delito consumado).

Por lo demás, conviene subrayar que la solución que acabo de apuntar (sobre ser la dogmáticamente obligada) no conduce a resultados metodológicos inadecuados ni a consecuencias político-criminalmente insatisfactorias.

Para entenderlo así, vaya por delante que, según la ordenación sistemática del delito que acojo (en el seno de la cual la imputabilidad es el presupuesto de la ilicitud o antijuridicidad subjetiva), el examen de la cualidad de inimputable es la primera operación intelectual que se lleva a cabo en la categoría de la ilicitud, con carácter previo, por tanto, a las formas de ilicitud (dolo e imprudencia) y a las posibles causas de exclusión de la ilicitud. Por consiguiente, la concurrencia de una causa de inimputabilidad hace que carezca de todo sentido entrar a analizar si el sujeto obró con dolo o al amparo de alguna causa de justificación.

MARTÍNEZ GARAY⁵⁶ cree que aplicar la exención por inimputabilidad no estaría protegiendo, sino perjudicando al inimputable y que, por ello, iría en contra de la idea que, en última instancia, sirve de fundamento a las causas de inimputabilidad, esto es, la igualdad como trato desigual de los desiguales, que comporta proteger especialmente la situación de inferioridad en la que se encuentran los sujetos que padecen estos trastornos frente a los demás, en la medida en que el inimputable no debe ser de peor condición que los sujetos imputables.

Sin embargo, de lo que expuse en páginas anteriores se infiere que esta objeción parte de una premisa que es, a mi juicio, incorrecta, a saber: que “las características de la situación son tales que sin tener en cuenta la anomalía o el trastorno mental hubiera debido aplicarse la exención”⁵⁷. En efecto, como queda dicho, en el caso de los inimputables que sufren una alteración psíquica o un trastorno mental la exención por aplicación de una causa de justificación o de inculpabilidad nunca sería ya conceptualmente posible, al no poder apreciar un requisito básico de estas eximentes, como es el elemento subjetivo genérico.

Por tanto, en modo alguno cabe ver vulnerado el fundamento de la exención por inimputabilidad, dado que, de no aplicarse esta, el sujeto debería haber sido castigado y, consecuentemente, carecen de sentido ya las dos primeras razones invocadas por MARTÍNEZ GARAY para entender que se perjudica al inimputable, esto es: que la situación de inimputabilidad debe hacerse pública en la sentencia y que debe someterse a la persona a un análisis exhaustivo de un análisis psicológico (además, ni que decir tiene que esta última medida

reacciones con mayor rapidez y virulencia ante cualquier situación), por el proceso de cambio de las conexiones neuronales en la zona que regula el estado emocional (la corteza prefrontal) y por la elevación de los niveles hormonales (afectando a la impulsividad y a la menor percepción del riesgo). Con el abandono de la pubertad (de los 9 a los 14 años) y la entrada en la adolescencia se produce un complejo reajuste cerebral con una profunda transformación física y química, que implica un cambio en las redes neuronales encargadas de codificar la información para la toma de decisiones de contenido ético: en particular, se ha descubierto que la mielina (sustancia que permite que la información pase con nitidez de unas neuronas a otras) no termina de codificarse plenamente incluso hasta los 21 años. En síntesis, cabe afirmar que el cerebro del adolescente es un cerebro biológicamente muy inmaduro en cuanto a los aspectos emocionales y, por ende, en lo concerniente a la toma de decisiones éticas.

Por lo demás, desde el punto de vista *procedimental-democrático* al que aludí más arriba cabría añadir que los menores de edad no están habilitados para participar plenamente en el ejercicio de autodeterminación colectiva a través del cual una comunidad democrática puede poner en vigor, revisar o suprimir pautas de comportamiento correcto perentoriamente vinculantes con independencia de su contenido. Cfr. MAÑALICH, 2019, p. 215.

54 De hecho, la propia MARTÍNEZ GARAY (2005, p. 417) reconoce que, ante todo, hay que comprobar que “se dan los requisitos objetivos y subjetivos propios de las causas de exclusión de la culpabilidad en cuestión, a pesar de la situación de trastorno mental del sujeto”, comprobación que le parece factible. Con todo, la explicación que arguye para admitir el concurso de eximentes no resulta convincente, dado que aduce que “quien padece una alteración psíquica (...) puede actuar también por los mismos motivos que las personas sin trastornos, como por ejemplo por miedo, o para defender determinados intereses” (p. 417, n. 88). Frente a esta explicación cabe oponer que el elemento subjetivo genérico de estas eximentes no consiste en los motivos sino, como explico en el texto, en conocer los presupuestos fácticos de la acción y situación justificante o exculpante y querer actuar al amparo de la eximente.

55 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2017, pp. 123 ss., y 2021, pp. 324 s. y 396 ss.

56 MARTÍNEZ GARAY, 2005, pp. 417 s.

57 MARTÍNEZ GARAY, 2005, p. 417.

tendría que adoptarse ya necesariamente para averiguar si el sujeto obró con el elemento subjetivo genérico de conocer la causa de justificación o de inculpabilidad y de querer actuar al amparo de ella).

En cuanto a la tercera razón esgrimida por dicha penalista, es cierto que al sujeto inimputable se le podrá aplicar una medida de seguridad, si se considera adecuado (art. 101 ss. CP), pero ello es algo completamente independiente del hecho de que además concorra *objetivamente* otra eximente: evidentemente, la imposición de la medida dependerá exclusivamente de si se aprecia peligrosidad en un sujeto que ha realizado un tipo de acción relevante y ofensivo.

Es más, la consecuencia indeseable podría producirse en la hipótesis inversa, habida cuenta de que la aplicación preferente de las otras exenciones mencionadas cerraría la vía a la imposición de las medidas de seguridad, impidiendo tratar la posible peligrosidad del inimputable⁵⁸, una imposición de medidas que, a mi juicio, simplemente requiere la realización de un tipo de acción relevante y ofensivo (primera categoría del delito) o, incluso, en algunos casos (verdaderos casos de ausencia de acción) la mera realización de un hecho objetivo externamente coincidente con lo que se describe en un tipo penal, aunque esa realización no constituya una genuina *acción* en sentido jurídico-penal⁵⁹.

3.2. El fundamento de la conciencia de la antijuridicidad y del error sobre la prohibición

Una vez identificado aquello que *no puede constituir* el fundamento material específico de la de la desigual-

dad relevante en el caso de la conciencia de la antijuridicidad y en el de la exigibilidad individual en sentido estricto (y de sus respectivos reversos, el error sobre la prohibición y las causas de inexigibilidad o exculpación), a saber, la anormalidad de la motivación, entendida como alteración en la estructura (o constitución) del proceso psíquico de motivación, veamos entonces cuáles son los criterios que integran ese fundamento específico en estos supuestos, que, a mi juicio, son los que —reitero una vez más— conforman exclusivamente los elementos pertenecientes a la categoría dogmática de la culpabilidad.

De conformidad con lo que acabo de exponer, hay que comenzar afirmando que el fundamento común a la conciencia de la antijuridicidad y a la exigibilidad individual en sentido estricto reside en que la desigualdad relevante se concreta en el *contenido* (y no en la estructura o constitución) de la motivación de un sujeto que, por tanto, no sufre una alteración o anomalía psíquica constitutiva. En otras palabras, a diferencia de lo que sucede en la imputabilidad, en la que la igualdad se dilucida atendiendo al sujeto concreto en sí mismo considerado, en la conciencia de la antijuridicidad y en la exigibilidad individual en sentido estricto la igualdad se determina atendiendo a las *circunstancias* que rodean al sujeto y a los motivos que este proporciona en ese contexto para explicar su conducta⁶⁰.

Sentado este fundamento común, la esencia específica de la conciencia de la antijuridicidad (y de su reverso, el error sobre la prohibición⁶¹) frente a la exigibilidad en sentido estricto (y su reverso, las causas

58 MARTÍNEZ GARAY (2005, p. 420) se hace eco de esta observación relativa a la prevención especial, pero considera que no es una razón suficiente para modificar su conclusión, en la medida en que esta razón no puede prevalecer sobre el respeto al principio de igualdad. Sin embargo, frente a esta respuesta debo reiterar mi punto de partida: nunca puede haber vulneración del principio de igualdad en el caso de que no se aplique una causa de justificación o exculpación a un sujeto que padece una alteración psíquica o un trastorno mental, puesto que este sujeto nunca puede cumplir el requisito subjetivo (básico) de dichas causas.

59 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2021, pp. 49 ss., con ulteriores indicaciones. En particular, sobre los requisitos necesarios para la imposición de medidas de seguridad en los casos en los que un sujeto sufra una anomalía o alteración psíquica, vid. JOSHI, 2017, pp. 646 ss., para quien dicho sujeto puede actuar sin acción, en error o justificadamente.

60 En sentido similar, vid. PUENTE RODRÍGUEZ, 2021, p. 304.

61 Obviamente, aquí parto de la premisa de adoptar la teoría de la culpabilidad, que es la que acoge el CP español y que es la que me parece más satisfactoria, cuando menos en el ámbito del Derecho penal nuclear (vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2017, pp. 65 ss.). Por tanto, el fundamento será diferente del que se ofrezca para el error sobre el tipo, dado que el error sobre la prohibición no afecta al dolo ni a la imprudencia del sujeto y opera como causa de exclusión (o atenuación) de la culpabilidad (vid. por todos ROXIN/GRECO, AT, I, —P.G.— § 21/4). De ahí que el criterio de la inevitabilidad o evitabilidad sea puramente subjetivo-individual en el caso del error sobre la prohibición, puesto que, por definición, no puede ser objetivamente invencible para el hombre ideal desde la perspectiva jurídica. Cfr. LUZÓN PEÑA, P.G., L.17/63, quien agrega, acertadamente, que por eso es dogmáticamente correcta, y no solo político-criminalmente preferible, la teoría de la culpabilidad. En igual sentido DÍAZ G.-CONLLEDO, 1999, pp. 344 s. y 349.

La aclaración que efectúo es pertinente, porque si se acogiese la teoría del dolo, existiría una amplia coincidencia entre ambas clases de error a la hora de establecer la respectiva fundamentación. Así, lo pone de relieve correctamente MARTÍNEZ GARAY (2005, p. 387, n. 47), subrayando su común vinculación al principio de responsabilidad subjetiva como exigencia de dolo o culpa y prohibición de la responsabilidad por el resultado. Añade a renglón seguido esta penalista que, incluso partiendo de la teoría de la culpabilidad, existe una innegable analogía, aludiendo, a título de ejemplo, a la problemática que suscita el tratamiento del error sobre los presupuestos (scil. fácticos) de las causas de justificación, la cual “es indicio de que no se trata de instituciones completamente desligadas una de otra”. Sin embargo, a mi juicio, la separación entre ambas clases de error (y su consiguiente fundamentación) debe ser tajante. Y, precisamente por ello, lo que

de exculpación o de inexigibilidad) estriba en que la conciencia de la antijuridicidad comporta que el sujeto que ha realizado una conducta típica e ilícita tiene además acceso al conocimiento de la norma infringida y cabe predicar de él, por ende, que es —según la expresión más empleada— normativamente asequible a ella; paralelamente, el error sobre la prohibición supone la imposibilidad de acceder al conocimiento de la norma, lo cual implica que el sujeto no sea normativamente asequible⁶², siempre, claro es, que el error hubiese sido invencible⁶³. En cambio, como explicaré más abajo con más detalle, la exigibilidad individual en sentido estricto se fundamenta en el dato de que el sujeto (que habiendo realizado una conducta típica e ilícita y conociendo, además, que esa conducta está prohibida por el Derecho o, al menos, siéndole exigible adquirir ese conocimiento) actúa sin que concurra motivo alguno que altere el desenvolvimiento de su proceso psíquico de deliberación; paralelamente, lo que sucede en las causas de exculpación o de inexigibilidad es que dicho sujeto, que ha realizado todo el *iter* delictivo descrito (y, por tanto, con conocimiento de la norma infringida), actúa bajo la presión de unas razones o motivos tan poderosos que comportan que el Ordenamiento jurídico renuncie a efectuar en última instancia el juicio de reproche.

Así las cosas, me parece interesante destacar que esta diferencia que se acaba de apuntar permite establecer una clara línea de demarcación entre ambos elementos integrantes de la categoría dogmática de la culpabilidad, cuando menos en un plano *analítico* o *sistemático-constructivo*, que implica además que el elemento de la conciencia de la antijuridicidad deba preceder necesariamente en un orden lógico-sistemático al elemento de la exigibilidad individual.

Dicha distinción enlaza con una idea apuntada por parte de un sector de la doctrina alemana y que ha sido ampliada y convincentemente argumentada en nuestra doctrina por MELENDO, sobre la base de distinguir dentro de la categoría dogmática de la culpabilidad dos subcategorías, a saber, la *culpabilidad en sentido propio o estricto* y la *reprochabilidad*. En la primera incluye este penalista la imputabilidad y la conciencia de la antijuridicidad (y su reverso, las causas de imputabilidad y el error sobre la prohibición, que serían las causas de inculpabilidad propiamente dichas), habida cuenta de que en la *culpabilidad* en sentido propio se trata de elementos que acaban de configurar el *objeto* de la valoración y del reproche (la conducta típica y antijurídica de un imputable que, además, tuvo conciencia de la antijuridicidad). En la *reprochabilidad* se incluirían las causas de inexigibilidad o exculpación, basadas en consideraciones puramente axiológicas de

sucede con el referido error sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación es que debe merecer el tratamiento del error sobre el tipo, a diferencia del error sobre los presupuestos jurídicos, que debe merecer el del error sobre la prohibición, debido a la diferente fundamentación que corresponde a uno y a otro.

62 Vid. por todos ROXIN/GRECO, A.T., I, —P.G. I— §, 21/6. En la doctrina española, vid. por todos: MIR, P.G., L. 21/23, quien aclara que el Derecho solo puede prohibir aquellos comportamientos que puedan evitarse mediante la motivación, y para que el sujeto pueda ser motivado por una norma penal es preciso que pueda saber que se halla ante un bien jurídico penal; LUZÓN PEÑA (P.G., L. 28/3), quien señala que la conciencia de la antijuridicidad es una condición imprescindible para la accesibilidad del sujeto a la norma jurídico-penal y, por tanto, para la posibilidad individual de normal motivación o determinación por la norma y consiguientemente de la reprochabilidad, con lo que, paralelamente, el error de prohibición se produce cuando el sujeto conoce todos los elementos fundadores de la prohibición y sin embargo —por un error inconsecuente con tal conocimiento y por tanto “no razonable” para el hombre medio ideal desde la perspectiva del Derecho— desconoce la valoración negativa y prohibición jurídica de esa conducta (L.17/49); en el mismo sentido DÍAZ G.-CONLLEDO, 1999, pp. 344 s.; SILVA, 2016, p. 129. Sobre el conocimiento de la antijuridicidad y el error de prohibición en la doctrina española es pionero y básico el trabajo de FELIP, 2000 (vid. también la reseña/comentario de DÍAZ G.-CONLLEDO, 2002).

63 Si el error fuese vencible, no se puede excluir plenamente la culpabilidad, pero sí atenuarla, según la medida de su reprochabilidad. Vid. por todos ROXIN/GRECO, A.T., I, —P.G., I— § 21/6 ss. En la doctrina española vid. por todos DÍEZ RIPOLLÉS, P.G., p. 486, quien, al exponer la teoría de la culpabilidad en su ortodoxia welzeliana, subraya que, a diferencia de lo que sucede en el error invencible (en el que “la falta de conocimiento actual y potencial de la antijuridicidad impide que se dé la culpabilidad”), en el vencible “la conciencia potencial de la antijuridicidad hace que la culpabilidad permanezca, sin perjuicio de que se pueda atenuar la responsabilidad por estimar que la reprochabilidad es menor”.

No obstante, con respecto a la clase de conocimiento que, a mi juicio, se requiere para determinar *la conciencia de la antijuridicidad*, vid. las aclaraciones que efectúo en MARTÍNEZ-BUJÁN, 2017, pp. 60 ss., donde explico que ha de tratarse de un conocimiento *actual*, aunque basta con un conocimiento *eventual* (como de forma clarificadora se recoge en el art. 7-1 de la Propuesta de Eurodelitos: “conoce la antijuridicidad quien en el momento de la realización del hecho considera al menos posible que su comportamiento se halle prohibido por el Derecho”), no siendo suficiente un sedicente conocimiento *potencial*, que, en rigor, no representa una forma especial de existencia del conocimiento de la ilicitud, puesto que, en realidad, constituye sencillamente ya la ausencia (evitable) de dicho conocimiento actual, dando lugar a la presencia del error de prohibición vencible (como, de nuevo, se indica acertada y paladinamente en el art. 7-2 de la Propuesta de Eurodelitos: “si al autor que actúa *sin conciencia de la antijuridicidad* le era posible y exigible adquirir su conocimiento, la pena a imponer será menor que la que le correspondería en caso de poseer dicho conocimiento”). Ampliamente, sobre el objeto y contenido del conocimiento de la antijuridicidad vid. FELIP, 2000, pp. 108 ss.

exigibilidad, de tal modo que, tras haberse determinado el objeto de la valoración, en la reprochabilidad se decide si la conducta típica y antijurídica de un sujeto imputable que posee conciencia de la ilicitud puede ser reprochada a la vista de si el sujeto tiene, o no, razones que merezcan ser jurídicamente reconocidas para realizarla; por tanto, las causas de inexigibilidad o exculpación presuponen una culpabilidad en sentido propio y lo que sucede es que el Ordenamiento jurídico prescinde (o renuncia a la comprobación) del reproche de culpabilidad (ya materialmente fundamentado) en ciertas situaciones específicas en las que considera que debe ser indulgente⁶⁴. Una distinción en cierto modo similar a la trazada por MELENDO se halla también en la propuesta de MAÑALICH, quien en el seno de las causas de exclusión de la culpabilidad, como género, diferencia dos subclases, designadas con las expresiones “causas de inculpabilidad” (en sentido estricto) y “causas de exculpación”: en las primeras el destinatario de la norma carece ya de capacidad, esto es, no está en posición de poder motivarse con arreglo a la norma (lo que denomina “incapacidad de acción”); en las se-

gundas el fundamento no se halla en la incapacidad del sujeto, sino en la expectativa de una motivación con arreglo a la norma, en el sentido de que no resulta esperable dicha motivación (lo que denomina “incapacidad de motivación”)⁶⁵. En una línea próxima se encuentra la posición de ALONSO ÁLAMO, quien, en el marco de la categoría de la culpabilidad, incluye, de un lado, la imputabilidad y la conciencia de la antijuridicidad, y, de otro lado, las “causas de exclusión de la culpabilidad en sentido estricto”, basadas en la idea de la exigibilidad⁶⁶.

Evidentemente, con respecto a esta distinción que adopto a efectos analíticos y que considero acertada, debo introducir el matiz que cabe extraer de lo apuntado en epígrafes anteriores, esto es: que la imputabilidad queda ya fuera incluso de la culpabilidad en sentido amplio (categoría dogmática de la culpabilidad), dado que, en mi opinión, constituye el presupuesto de la categoría de la ilicitud, habida cuenta de que en los supuestos de inimputabilidad el sujeto es ya *incapaz* de motivarse con arreglo a la norma⁶⁷.

64 Vid. MELENDO, 2002, pp. 581 ss. y 612, quien añade, acertadamente, que la referida distinción analítica no supondría, en ningún caso, una diferente vinculación con el principio de culpabilidad, pues en todos los supuestos estaríamos ante consecuencias de él. Es más, en la propia construcción del *objeto* del reproche podrían introducirse ya consideraciones de exigibilidad, como sucedería, v. gr., en la determinación de la vencibilidad del error sobre la prohibición, que, partiendo, ciertamente, del sustrato ontológico representado por la evitabilidad individual podría verse recortado normativamente por la exigibilidad/inexigibilidad de realización de todos los actos que este marco previo habría acotado.

65 Vid. MAÑALICH, 2019, pp. 220 ss. (vid. además con anterioridad *InDret*, 2013, pp. 9 ss. y 20 ss.), quien aclara que en las causas de inculpabilidad en sentido estricto la exclusión de la responsabilidad se basa en un determinado déficit en alguno de los presupuestos de existencia o ejercicio de la capacidad de razonamiento práctico jurídicamente definida como indispensable para una motivación con arreglo a la norma (es decir, “los presupuestos mínimos de la capacidad de motivación con arreglo a una norma”); en cambio en las causas de exculpación (como sucede singularmente en el estado de necesidad exculpante) la exención se fundamenta en la *subsistencia* de un déficit de motivación leal al Derecho, pero deja intacta la consideración del sujeto como *capaz* de motivarse con arreglo a la norma. Así las cosas, la exclusión de la culpabilidad en sentido estricto puede obedecer a una situación de inimputabilidad o a un error excluyente de la consciencia de la antijuridicidad del propio comportamiento: en concreto, explica MAÑALICH (en 2013, pp. 10 ss.) que, “característicamente”, quedan incluidas aquí “determinadas formas de alteración psíquica severa, así como la condición de menor de edad”, y, junto a éstas, también el error de prohibición (o de mandato), “en la medida en que el desconocimiento del carácter prohibido (u ordenado) de la acción no-omitida (o no-ejecutada) por el destinatario de la norma trae consigo su incapacidad situacional de formarse la intención de omitir la acción prohibida (o de ejecutar la acción ordenada) en pos del seguimiento a la norma”.

66 ALONSO ÁLAMO, 2018, pp. 11 ss.

67 De todos modos, aun en el caso de incluir la imputabilidad en el seno de la categoría dogmática de la culpabilidad, su delimitación con respecto a la conciencia de la antijuridicidad (y su reverso, el error sobre la prohibición) es clara si atendemos al fundamento apuntado al principio de este epígrafe, sobre la base de distinguir entre la *estructura o constitución* del proceso psíquico de motivación, de un lado, y su *contenido*, de otro.

En una línea similar entiende Díez Ripollés, P.G., p. 487, que, a diferencia de la inimputabilidad, en la que el sujeto carece desde un principio de la capacidad para comprender el carácter ilícito de su conducta o para obrar conforme a ese conocimiento, en el error sobre la prohibición (invencible) el sujeto tiene esa capacidad de comprensión inicial, pero no la ha podido materializar en la conducta concreta; por su parte, en el error vencible el sujeto tampoco ha podido materializar su capacidad en la conducta concreta pero *podía haberlo hecho*.

Desde esta perspectiva es desde la que hay que entender también —según creo— la posición de LUZÓN PEÑA (P.G., L. 28/4), cuando afirma que el error sobre la prohibición debe ser incluido entre las causas de exculpación, y no entre las “causas de exclusión de la culpabilidad” en sentido propio o estricto (al lado de la inimputabilidad). Lo incluye entre las causas de exculpación, porque, a diferencia de las causas de inimputabilidad (que excluyen ya de entrada la posibilidad de actuar de otro modo o de motivación por la norma), el error invencible existe no solo cuando al sujeto le sea totalmente imposible conocer la prohibición, sino también cuando le resulte extraordinariamente dificultoso, lo cual representa una característica común a las causas de exculpación en general, a saber: pese a existir normalidad psíquica en el sujeto (que en principio le permite el acceso a la norma), concurre una importante dificultad situacional para él, que excluye

3.3. El fundamento de la exigibilidad penal individual y de las causas de inexigibilidad o exculpación

Según esbocé ya en el apartado anterior, la exigibilidad penal individual en sentido estricto se fundamenta en el dato de que el sujeto (tras haber realizado una conducta típica e ilícita, conociendo, además, que esa conducta está prohibida por el Derecho o, al menos, siéndole exigible adquirir ese conocimiento) actúa sin que concurra motivo alguno que altere el desenvolvimiento de su proceso psíquico de deliberación; paralelamente, lo que sucede en las causas de exculpación o de inexigibilidad es que dicho sujeto, que ha realizado todo el *iter* delictivo descrito, actúa bajo la presión de unas razones o motivos tan poderosos que comportan que el Ordenamiento jurídico renuncie a efectuar en última instancia el juicio de reproche.

En lo que concierne, en particular, a las causas de inexigibilidad, comparto la opinión de un importante sector de la moderna doctrina española, que, siguiendo la caracterización propuesta en la doctrina alemana por FRISTER⁶⁸, considera que el fundamento de tales causas reside, efectivamente, en la valoración de las razones a las que obedece la comisión del hecho delictivo⁶⁹ o, dicho con mayor precisión, un fundamento que no se basa en la *estructura* de la motivación (que es, según expliqué, el fundamento de la imputabilidad), sino en el *contenido* de los motivos o razones que han guiado la actuación del sujeto y que supone una valoración parcial (en el sentido de ser personal) del conflicto desde la perspectiva del sujeto (o sea, tiene en cuenta las preferencias personales del sujeto en relación con los bienes en conflicto frente a los intereses de la sociedad), a diferencia de lo que sucede en la antijuridicidad, en el

seno de la cual se lleva a cabo una valoración *objetiva* de la situación de conflicto en la que se encuentran bienes o intereses, realizada desde la perspectiva neutral de un espectador no implicado y por ello con un alcance general *erga omnes*⁷⁰. Por lo demás, dicha valoración subjetiva o personal (valoración del individuo por sí mismo, y no como mero integrante de la sociedad) no solo se apoya en el reconocimiento de la fragilidad humana, sino en la idea de libertad de una sociedad liberal que —en el marco de un Estado de Derecho que reconoce como valor fundamental la individualidad y la autonomía de las personas— defiende ámbitos de libertad en los que cada individuo valora como bueno⁷¹ algo que no coincide con el bien social, prefiriendo la salvación de sus bienes o intereses vitales (o de las personas estrechamente vinculadas a él) en detrimento de otras personas⁷².

Ahora bien, comparto también la idea de que, del mismo modo que sucede con carácter general en todos los elementos de la culpabilidad, dicha valoración subjetiva o personal, si bien supone un juicio *personalizado* de atribución, no comporta, empero, la formulación de un juicio absolutamente individualizado, ni, por supuesto, un juicio sobre el autor (en lugar de un juicio sobre el hecho). En efecto, frente a quienes califican la culpabilidad como un “enlace personal irrepitable” con una “especificidad antropológica, psicológica y personal irreductible a cualquier otra pauta”⁷³, hay que convenir en que esa individualización absoluta no resulta posible, puesto que, sin ir más lejos, la determinación de si al autor le era exigible una conducta distinta a la que realizó requiere contar con un modelo que sirva de término de comparación (y no se puede comparar una conducta consigo misma), sin que ello quiera de-

o al menos perturba muy gravemente la capacidad individual de determinación o motivación normal por la norma y además en una situación de dificultad que no se valora negativamente (inexigibilidad penal individual o subjetiva) y que hace que el sujeto no sea penalmente reprochable (L. 28/1).

68 FRISTER, 1993, pp. 147 ss.

69 Esta es la conclusión final que sintéticamente recoge MARTÍNEZ GARAY, 2005, p. 454, citando explícitamente a FRISTER (ibid.), VARONA (2000, pp. 56 ss.) y MELENDO (2002, pp. 489 ss. y 609 ss., y 2002-a, pp. 876 ss.). Vid. además, entre otros, MARTÍN LORENZO, 2009, pp. 282 ss. y 338; LUZÓN PEÑA, 2014, pp. 233 ss. y 2019, pp. 572 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN, 2017, pp. 137 s.; ORTS/G. CUSSAC, P.G., pp. 400 y 416; PUENTE RODRÍGUEZ, 2021, p. 304 y n. 190.

70 De ahí que (frente a la inexigibilidad *general*, que excluye la antijuridicidad) quepa hablar de una inexigibilidad penal *subjetiva* o *individual*, que da lugar a que la conducta, aunque prohibida, se considere comprensible, explicable y por ello disculpable. Vid. por todos LUZÓN PEÑA, 2014, pp. 236 ss., quien, en la línea de la opinión que aquí mantengo, sintetiza su fundamento en un doble presupuesto, fáctico y normativo: una situación anormal de práctica imposibilidad o al menos enorme dificultad para el sujeto para determinarse o motivarse por la norma, y una valoración social y jurídica no totalmente negativa de la actuación en tal situación motivacional (pp. 238 s.).

71 Lo que no quiere decir que el Ordenamiento jurídico lo evalúe en términos positivos. En rigor, según acabo de indicar en la nota anterior, basta con que el Ordenamiento no efectúe una evaluación negativa del motivo. Cfr. LUZÓN PEÑA, 2019, p. 572, n. 3.

72 Cfr. MARTÍNEZ GARAY, 2005, pp. 433 ss. y n. 119, siguiendo la exposición de FRISTER. En términos similares vid. MARTÍN LORENZO, 2009, p. 351 y LUZÓN, 2019, pp. 572 s. y n. 3, quienes hacen hincapié en el carácter *deliberativo* de la persona imputable, carácter necesario para preservar el andamiaje existencial, de acuerdo con la orientación de la filosofía analítica del lenguaje, en la línea de autores como HABERMAS, K. GÜNTHER o KINDHÄUSER.

73 TORÍO, 1985, p. 287.

cir, obviamente, que se acoja un concepto *general* de culpabilidad⁷⁴.

Esta idea se ve reforzada desde la perspectiva de la concepción significativa del delito que acojo, con arreglo a la cual los elementos de la culpabilidad, al igual que sucede con todos los elementos subjetivos del delito, deben ser acreditados de acuerdo con un enfoque estrictamente normativo. Al margen de la concepción significativa, en un sentido análogo en cuanto a la conclusión se muestran otros penalistas, como GÜNTHER en la doctrina alemana, cuando afirma que la culpabilidad supone una *individualización normativa* (y no una meramente *explicativa*, dirigida a averiguar todos los factores y condiciones de la persona y de la situación en la que actuó), desde el momento en que los criterios utilizados para formular el juicio de culpabilidad se basan además, en última instancia, en consideraciones normativas que suministran las razones para declarar culpable, o no, a un sujeto de la conducta realizada⁷⁵. En sentido similar cabe destacar en la doctrina española a MELENDO, quien resume su posición concluyendo que, descartado un enfoque *psicologizante*, la necesaria normativización de la categoría culpabilidad evita entrar en complejos análisis motivacionales (que deben ser irrelevantes en este ámbito) y que, en particular, la verdadera razón de la impunidad en las causas de inexi-

gibilidad reside más en el *contexto* en el que se realizan determinadas acciones que la presión motivacional que una situación produce en un sujeto, de tal manera que para este no existía, socialmente, una alternativa razonable (sería) al rechazo del sacrificio⁷⁶. De ahí que, en fin, deba recalcar que me parece de todo punto pertinente la distinción —más arriba apuntada— que, a efectos puramente analíticos (o sistemático-constructivos), lleva a cabo este penalista entre *culpabilidad* en sentido estricto, de un lado, y *reprochabilidad* (cuyo núcleo es la exigibilidad), de otro.

IV. UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LA CATEGORÍA DOGMÁTICA DE LA CULPABILIDAD DESDE LA TEORÍA DE LAS NORMAS

Finalmente, en cuanto a la ubicación sistemática de la categoría dogmática de la culpabilidad desde una orientación material basada en la teoría de las normas, baste con añadir que, evidentemente, la culpabilidad debe quedar incluida en la más amplia categoría de lo que podemos convenir en denominar *sancionabilidad penal* en el ámbito de la norma secundaria⁷⁷.

En efecto, si —como considero adecuado— partimos de la base de que la teoría del delito debe ser concebida fundamentalmente como una teoría de la

74 Vid. PÉREZ MANZANO, 1990, p. 112; PRATS, 2001, pp. 638 s.; ampliamente MARTÍNEZ GARAY, 2005, pp. 378 ss. y bibliografía citada. Eso sí, no veo inconveniente en poder hablar de una culpabilidad *prioritariamente* (ya que no “absolutamente”) *individual* legislativamente delimitada y jurídicamente orientada. Vid. sobre esto último ALONSO ÁLAMO, 2021, pp. 86 ss., subrayando que, en última instancia, en el juicio final de imputación subjetiva el juez debe poder atender a todos los factores que concurren en el momento de realizar el hecho para fijar la pena dentro del margen (limitado) de arbitrio que le queda tras aplicar las reglas de determinación de la pena. En referencia concreta a la exigencia de miedo insuperable, vid. ALONSO ÁLAMO, 2018, pp. 20 ss., y 2019, pp. 42 ss.

Con respecto a la posición de esta penalista (en relación con la que aquí mantengo) me interesa insistir en que coincido con ella en la idea de rechazar un concepto general o social de culpabilidad y de acoger, por tanto, un concepto personalizado y subjetivo de culpabilidad. Ahora bien, la diferencia reside en que, sobre la base de las premisas de la concepción significativa, en mi opinión la *constatación* de los elementos de esa culpabilidad personalizada (conciencia de la antijuridicidad y exigibilidad individual) debe basarse en *criterios normativos (externos)* y no en criterios psicológicos internos, a la vista de la imposibilidad de probar los procesos internos. Por lo demás, es importante advertir de que, a diferencia de lo que aquí propongo, ALONSO incluye la imputabilidad en la culpabilidad; y, de hecho, su análisis se lleva a cabo en el ejemplo de las causas de inimputabilidad (2021, pp. 80 ss., vid. también 2018, pp. 11 ss., y 2019, pp. 34 ss.), con relación a las cuales existe en todo caso una indudable base fáctica de índole psicopatológica o biológica en el sujeto. En cambio, tal base no existe conceptualmente en una culpabilidad cuyo contenido es exclusivamente *exigibilidad*, como, por cierto, viene a reconocer la propia ALONSO (2018, p. 20), quien sobre la base entender que la exigencia de miedo insuperable se fundamenta en la idea de la exigibilidad, escribe que ello “le confiere un espacio propio, distinto del que ocupa el miedo en supuestos de inimputabilidad, en particular en el trastorno mental transitorio”. Sobre la naturaleza de la exigencia de miedo insuperable como causa de inexigibilidad penal individual (o causa subjetiva de exculpación), vid. por todos LUZÓN PEÑA, 2018, pp. 366 ss. con indicaciones.

75 GÜNTHER, 1998, pp. 339 ss., y posteriormente, 2005, pp. 121 ss., 2007, pp. 111 ss. Vid. además en la doctrina española MARTÍNEZ GARAY (2005, pp. 381 s.), quien, tras hacerse eco de la posición del penalista alemán, añade —a mi juicio, acertadamente— que ni siquiera es posible hablar de una individualización absoluta en la *explicativa*, dado que solo un ser omnisciente podría dilucidar el conocimiento completo de la conducta del sujeto.

Con respecto a la posición de GÜNTHER me interesa recalcar, como complemento a lo expuesto en la nota anterior, que, frente a la interpretación que efectúa ALONSO ÁLAMO (2021, p. 78), el penalista alemán no lleva a cabo una *despersonalización* o *des-subjetivización* de la culpabilidad, sino que lo que sucede es que recurre a criterios *externos (normativos)* para acreditar los *motivos* del sujeto a la hora de efectuar el juicio de reproche personal. De ahí que —según indico en el texto— llegue a una conclusión semejante a la que aquí obtengo, con independencia de los diferentes presupuestos filosóficos que en cada caso se acojan.

76 MELENDO, 2002, pp. 611 s. y 560 ss.

77 Vid. también en este sentido, por todos, SILVA, 1992, pp. 406 ss., y la adición de 2010 (2ª ed.), pp. 678 ss., con indicaciones.

infracción personal de un imperativo (la directiva de conducta) expresada en la norma, o sea, como una teoría de la antinormatividad (o de la antijuridicidad en sentido amplio), cabe establecer ante todo una primera distinción con dos categorías básicas: la antinormatividad o antijuridicidad (correlato de la norma primaria o norma de conducta) y la sancionabilidad (correlato de la norma secundaria o norma de sanción)⁷⁸.

La culpabilidad se revela entonces como uno de los dos subniveles o subcategorías de la sancionabilidad (al lado de la punibilidad), del mismo modo que en el seno de la primera categoría básica (la antinormatividad) hay que diferenciar, a su vez, otros dos subniveles o subcategorías, a saber: la antijuridicidad objetiva y la antijuridicidad subjetiva, que se fundamentan, respec-

tivamente, en las pretensiones de relevancia e ilicitud, reflejo del contenido gramatical (y valorativo) e imperativo de la norma.

Eso sí, hay que tener en cuenta que, según he explicado en las páginas anteriores, aquí parto de la base de que el contenido de la categoría de la culpabilidad queda reducido a la conciencia de la antijuridicidad y a la exigibilidad, en virtud de lo cual la culpabilidad únicamente queda excluida cuando existe un error inexcusable sobre la prohibición (por razones normativas) o una causa de inexigibilidad o exculpación. En cambio, la libertad de acción y la imputabilidad no pertenecen a la categoría de la culpabilidad, dado que son, respectivamente, presupuesto de toda norma y presupuesto de la antijuridicidad subjetiva o ilicitud⁷⁹.

78 Evidentemente, hay que reconocer que tal distinción no deja de ser relativa, puesto que la norma de sanción es, a su vez, una norma de conducta *para el juez* que tiene que aplicar la ley penal (cfr. SILVA, 2010, p. 584), mientras que —como queda dicho— no es norma de conducta *para los ciudadanos* (cfr. ROBLES, 2021, p. 76).

79 El planteamiento que se recoge en el texto, construido sobre los dos ejes de la norma primaria y la secundaria, se sostiene desde otras concepciones sistemáticas que configuran también la teoría del delito sobre la base de la teoría de las normas: una norma directiva de conducta y una norma de sanción. Vid. de forma paradigmática SILVA, 2010 (2ªed.), pp. 505 ss. y la adición de pp. 584 ss. y 678 ss., distinguiendo entre antinormatividad y sancionabilidad. La diferencia con la construcción de este penalista reside, básicamente, en el contenido de la subcategoría de la punibilidad, en la cual él incluye la imputación del (desvalor de) resultado a la conducta desaprobada: ciertamente, SILVA reconoce (en sintonía con lo que aquí mantengo) que el resultado pertenece a la antijuridicidad (objetiva), que, para él, posee, como su presupuesto (la norma de valoración), una ubicación *transcategorial*; sin embargo, el resultado no queda incardinado en el ámbito sistemático de la norma primaria (antinormatividad), sino en el de la norma secundaria o norma de sanción. En otras palabras, a su juicio una cosa es la comprobación de la antijuridicidad objetiva como sustrato de la antinormatividad (que permite excluir ya los procesos en los que no se da un riesgo objetivamente desaprobado o existe una *vis absoluta* o *vis compulsiva máxima*) y otra es la imputación del resultado a la conducta ya desaprobada (resultado concebido como expresión de la efectiva ofensividad de la conducta peligrosa, esto es, realización de la tipicidad *ex post*, sea en su modalidad de lesión, sea en su modalidad de peligro), algo que se inserta en la lógica de la sancionabilidad, regida únicamente por la necesidad de pena, y no por su merecimiento (pp. 684 s.). Sobre esta discrepancia entre la posición de SILVA y la aquí mantenida, a partir de las premisas de la concepción significativa, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN 2013, pp. 31 ss. A lo que expuse en este trabajo añado ahora que, si se acoge la premisa de que la idea del sujeto sobre la acción parte de la acción acabada (y consecuentemente se enfoca la cuestión desde la perspectiva del hecho consumado), como creo correcto de acuerdo con los postulados de la concepción significativa, habrá que concluir entonces que la producción del resultado (y, en general, la consumación) entraña ya el merecimiento de la pena asignada en el tipo penal correspondiente para el hecho consumado y debe ser examinada desde la óptica de la norma primaria; así las cosas, la tentativa no es más que un injusto derivado (una forma de ampliación de la tipicidad) que comporta un menor merecimiento de pena (importante en el CP español), al faltar la efectiva lesión del bien jurídico (algo que también se sostiene a partir de otras concepciones sistemáticas: vid., p. ej., Díez Ripollés, P.G., pp. 225 s.; Luzón Peña, P.G., L.13/51-53 y L.14/12-15), y que si se castiga es porque, además de la realización de la conducta objetivamente idónea, debe concurrir la resolución del sujeto de consumir el hecho típico —una resolución que debe diferenciarse del dolo de la tentativa, que ha de abarcar el conocimiento y la voluntad de realizar los actos ejecutivos— (vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2021, pp. 80 ss.). Por lo demás, repárese en que, en cambio, existe una gran proximidad con la posición de SILVA en lo que atañe a lo que aquí denomino *antijuridicidad subjetiva*, que comporta la infracción de la norma personal de conducta, habida cuenta de que SILVA reclama “la exigencia de una libertad (externa e interna) mínima del sujeto, sin la cual carece de sentido afirmar que éste ha infringido un imperativo de conducta” (2010, p. 681), una libertad que, por tanto, se erige en un límite ontológico, como “mínimo suficiente para afirmar que existe alguna posibilidad de que el sujeto se oriente según el *deber* establecido por la norma”, en atención a lo cual “la antinormatividad decae no solo cuando al sujeto le falta la acción, o el dolo y la imprudencia subjetiva, sino también cuando le es psíquicamente imposible conocer el desvalor de su hecho (*ignorantia iuris* psicológicamente invencible) de modo que no puede motivarse por el valor, así como cuando le es imposible psíquicamente sustraerse al impulso delictivo (por falta de madurez, por enfermedad mental o por el instinto de autoconservación)” (p. 683).

Parcialmente diferente es la más reciente caracterización de ROBLES (2021, pp. 85 ss.), quien, partiendo asimismo de la distinción básica entre norma de conducta y norma de sanción (pp. 75 ss.) y reconociendo consecuentemente dos categorías básicas en el sistema del delito (antinormatividad y sancionabilidad o punibilidad), incluye, empero, algunos elementos de la culpabilidad (en sentido tradicional) en la categoría de la antinormatividad, de tal modo que esta queda definida como infracción (o antijuridicidad) culpable de la libertad (p. 87), dado que, en rigor, no existe el injusto *penal* no culpable (p. 80). En particular, incluye en la antinormatividad: la capacidad de imputación o capacidad de cumplir con el Derecho (capacidad de culpabilidad mínima), la desaprobación jurídica básica de la conducta (culpabilidad básica) y la desaprobación jurídico-penal (culpabilidad penal). Con todo, a la vista de la sistemática que personalmente adop-

BIBLIOGRAFÍA

- ACHENBACH, *Imputación individual, responsabilidad y culpabilidad*, en B. Schünemann (comp.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, trad. y notas de J.-Mª Silva Sánchez, Madrid 1991 (publicado originariamente en B. Schünemann (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin, 1984)
- AMELUNG, *Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin*, en SCHÜNEMANN (coord.) *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, (trad. J.Mª Silva), Madrid 1991
- ALONSO ÁLAMO, *Bases para una fundamentación material de la culpabilidad: libertad de la voluntad “en la brecha” y neurociencias*, en LH Bajo Fernández, Madrid 2016
- ALONSO ÁLAMO, *Culpabilidad jurídica en cabeza propia y juicios de valor en LH Morillas*, vol. I, Madrid 2018
- ALONSO ÁLAMO, *La culpabilidad jurídica en cabeza propia y el enigma de la libertad de voluntad*, en MARAVER/POZUELO (coord.), *La culpabilidad*, Madrid, 2019
- ALONSO ÁLAMO, *De la culpabilidad trágica a la tragedia de la culpabilidad jurídica*, en LH Lorenzo Salgado, Valencia 2021
- BAURMANN, *Zweckrationalität und Strafrecht*, Opladen 1987
- CARBONELL MATEU, *Enfermedad mental y delito*, Madrid 1987
- CEREZO MIR, *Culpabilidad y pena*, en ADPCP, 1980, y en el libro *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid 1982 (se cita por este último)
- CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, Barcelona 1977
- DEMETRIO CRESPO, *Libertad de voluntad, investigación del cerebro y responsabilidad penal*, en *In-Dret*, 2/2011
- DÍAZ GARCÍA-CONLLEDO, *El error de prohibición: pasado, presente y futuro*, LH Torío, Granada 1999
- DÍAZ GARCÍA-CONLLEDO, *Conocimiento de la antijuridicidad y error de prohibición: una visión abierta del art. 14.3 CP* (comentario a Felip i Saborit, *Error iuris*, ed. Atelier, Barcelona 2000), RDPCr, nº 9, 2002
- DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal español. Parte general*, 5ª ed., Valencia 2020
- FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal y neurociencias. ¿Una relación tormentosa?*, en B. Feijoo Sánchez (ed.), *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, Madrid 2012
- FEIJOO SÁNCHEZ, *El derecho penal de la culpabilidad ante el neurodeterminismo*, en L.H. Corcoy, Madrid 2022
- FELIP SABORIT, *Error iuris. El conocimiento de la antijuridicidad y el art. 14 del Código penal*, Barcelona 2000
- FRISTER, *Die Struktur des “voluntativen Schuldelements”: zugleich eine Analyse des Verhältnisses von Schuld und Generalprävention*, Berlin 1993
- GIMBERNAT ORDEIG, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?*, en *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Madrid 1990 (publicado ya en 1970, en L.H. Jiménez de Asúa, Buenos Aires)
- GONZÁLEZ CUSSAC en ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho penal, Parte general*, 8ª ed., Valencia 2019
- GÜNTHER, K., *Die Zuschreibung strafrechtlicher Verantwortlichkeit auf der Grundlage des Verstehens*, en Lüderssen, K. (ed.) *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, B. 1: *Legitimationen*, Baden-Baden 1998
- GÜNTHER, K., *Schuld und kommunikative Freiheit: Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat*, Frankfurt a. M., 2005
- GÜNTHER, K., *Acción voluntaria y responsabilidad criminal*, (trad. R. Alcácer) en Burkhardt/Günther/Jakobs (ed.), *El problema de la libertad de acción en Derecho penal*, Buenos Aires, 2017

to, existe asimismo una coincidencia con el planteamiento de este penalista en algunos aspectos, desde el momento en que, como queda dicho, en mi opinión la libertad de acción es ya un presupuesto de la antinormatividad y la imputabilidad, un presupuesto de la antijuridicidad subjetiva; además la exigibilidad general pertenece al ámbito de la antinormatividad, a diferencia de la exigibilidad individual, que pertenece a la esfera de la sancionabilidad, del mismo modo que el error sobre la prohibición por razones normativas. Eso sí, subsiste una clara divergencia en el contenido de la categoría de la sancionabilidad, dado que (a diferencia de lo que propone ROBLES, 2021, pp. 116 s.) en la sistemática que adopto —como queda expuesto— tanto los elementos objetivos (que atienden a la peligrosidad para bienes jurídicos, a la producción de resultados o a la infracción de especiales deberes) como los elementos subjetivos (el dolo o determinadas intenciones) no quedan incardinados en el ámbito de la sancionabilidad, sino en el de la antinormatividad.

- JOSHI JUBERT, *Algunas consideraciones sobre la "infracción penal" cometida por un enfermo mental*, en L.H. Mir Puig, Madrid 2017
- KINDHÄUSER, *Rechtstreue als Schuldkategorie*, ZStW (107-4) 1995
- KINDHÄUSER, *Fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad*, en Kindhäuser, U./Mañalich, J.P., *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2ª ed., Montevideo-Buenos Aires, 2011
- LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid 1979
- LUZÓN PEÑA, *Prevención general, sociedad y psicoanálisis*, en CPCr (16) 1982
- LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general, I*, Madrid 1996
- LUZÓN PEÑA, *Libertad, culpabilidad y neurociencias*, en *InDret* 3/2012
- LUZÓN PEÑA, *Exculpación por inexigibilidad penal individual en Libertas*, 2/2014
- LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Ed. tirant lo blanch, Valencia 2016
- LUZÓN PEÑA, *Miedo insuperable: la insuperabilidad como requisito adicional*, en *LH Quintero*, Pamplona 2018
- LUZÓN PEÑA, *Miedo insuperable: requisitos básicos*, en *LH Jorge Barreiro*, vol. I, Madrid 2019
- MAÑALICH, *La exculpación como categoría del razonamiento práctico*, en *InDret*, 1/2013
- MAÑALICH, *Las dimensiones de la culpabilidad jurídico-penal*, en Maraver/Pozuelo (coord.), *La culpabilidad*, Madrid, 2019
- MARAVER/POZUELO (coord.), *La culpabilidad*, Madrid, 2019
- MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad*, Valencia 2009
- MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal*, Valencia 2005
- MARTÍNEZ GARAY, *Proyecto docente*, (inédito), Valencia 2005-a
- MARTÍNEZ GARAY, *La relación entre culpabilidad y peligrosidad*, en MARAVER/POZUELO (coord.), *La culpabilidad*, Madrid, 2019
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *La "concepción significativa de la acción" de T.S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito*, en *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, Granada N.º.01-13,1999, <http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc>, y en L.H. al Prof. Marino Barbero Santos, Vol. I, Salamanca 2001 (se cita por este último)
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El contenido de la antijuridicidad (Un estudio a partir de la concepción significativa del delito)*, Valencia 2013
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 5ª ed., Valencia 2016
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El error en la teoría jurídica del delito (Un estudio a la luz de la concepción significativa)*, Valencia 2017
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *La autoría en Derecho penal. Un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español)*, Valencia, 2019
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Concepto lógico-gramatical de autor e imputación objetiva en sentido estricto (Un estudio a la luz de la concepción significativa y del código penal español)*, en *LH al Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Madrid 2019-a
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *La ubicación de la imputabilidad en la teoría jurídica del delito*, en *LH al Prof. Dr. D.-M. Luzón Peña*, Madrid 2020
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Los elementos subjetivos en la antijuridicidad. Un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español)*, Valencia 2021
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El postulado de la libertad de acción y la incapacidad de acción de las personas jurídicas*, en *Libro Homenaje al Prof. Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, Barcelona 2021-a
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El principio de culpabilidad y su fundamento*, en *Libro Homenaje a la Prof. Dra. M. Corcoy Bidasolo*, Madrid 2022
- MELENDO PARDOS, *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad*, Granada 2002
- MIR PUIG, *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*, ADPCP, 1986
- MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., (con la colaboración de Gómez Martín, Víctor/Valliente Iváñez, Vicente), Barcelona 2015
- MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona 1975
- MUÑOZ CONDE, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, en CPCr, 1980
- MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., Valencia, 2019
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto de Derecho penal*, Madrid 1981
- ORTS BERENQUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho penal, Parte general*, 8ª ed., Valencia 2019

- PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der allgemeinen Verbrechenlehre*, Tübingen 2012
- PRATS CANUT, *La culpabilidad: principio y categoría dogmática*, en LH Valle Muñiz, Elcano 2001
- PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, Madrid 1990
- PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso*, Madrid 2021
- QUINTERO OLIVARES, *Locos y culpables*, Pamplona 1999
- RAMOS VÁZQUEZ, *Ciencia, libertad y Derecho penal*, Valencia 2013
- ROBLES PLANAS, *Teoría de las normas y sistema del delito*, Barcelona 2021
- ROXIN, *La asequibilidad normativa como criterio de culpabilidad*, (trad. B. Escudero), en ADPCP, (70) 2017
- ROXIN/GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I*, 5. Aufl., München 2020 (hay trad. española a la 2ª ed. alemana y notas por Luzón Peña/Díaz García-Conlledo/de Vicente Remesal, *Derecho Penal. Parte General, Tomo I*, Madrid 1997)
- SCHÜNEMANN, *Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht*, en B. Schünemann (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin, 1984 (=La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo, en *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, trad. y notas de J.-Mª Silva Sánchez, Madrid 1991)
- SCHÜNEMANN, *La culpabilidad: estado de la cuestión*, en J.Mª Silva Sánchez (ed.) *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid 2000
- SCHÜNEMANN, *Libertad de voluntad y culpabilidad en Derecho penal*, en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, (trad. L. Baza), Madrid 2002
- SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona 1992
- SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., Buenos Aires, 2010 (con adiciones a la ed. de 1992)
- SILVA SÁNCHEZ, *Prólogo*, en Kindhäuser, U./Mañlich, J.P., *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2ª ed., Montevideo-Buenos Aires, 2011
- SILVA SÁNCHEZ, *Prolegómenos de una doctrina sobre el error de prohibición*, en *Libertas*, nº 5, 2016
- TORÍO LÓPEZ, *El concepto individual de culpabilidad*, ADPCP, 1985
- TORÍO LÓPEZ, *Imputabilidad general e individual en la teoría jurídica del delito*, en LH Cerezo Mir, Madrid 2002
- VARONA GÓMEZ, *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, Granada 2000
- VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, Valencia 1996
- VIVES ANTÓN, *El principio de culpabilidad*, en L.H. Cerezo, Madrid 2002
- VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal (Acción Significativa y Derechos constitucionales)*, 2ª ed., Valencia 2011

1. REVISTA PENAL publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las ciencias penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho Penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países. Los artículos no deben haber sido publicados con anterioridad en otra revista.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o en su defecto, en formato *.txt) a la dirección: jcferreolive@gmail.com
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, el sumario, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras clave en castellano y en inglés (entre 2 y 5 palabras)
4. Los autores deberán elaborar las referencias bibliográficas conforme a las normas ISO 690.
5. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.
6. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones del autor o de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción. Se deberá indicar que el artículo ha sido publicado previamente en el correspondiente número de Revista Penal.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*





www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 96 369 41 51

 atencionalcliente@tirantonline.com

 www.tirantonline.com