

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

HIS PRAXIDE ET PRO

Revista

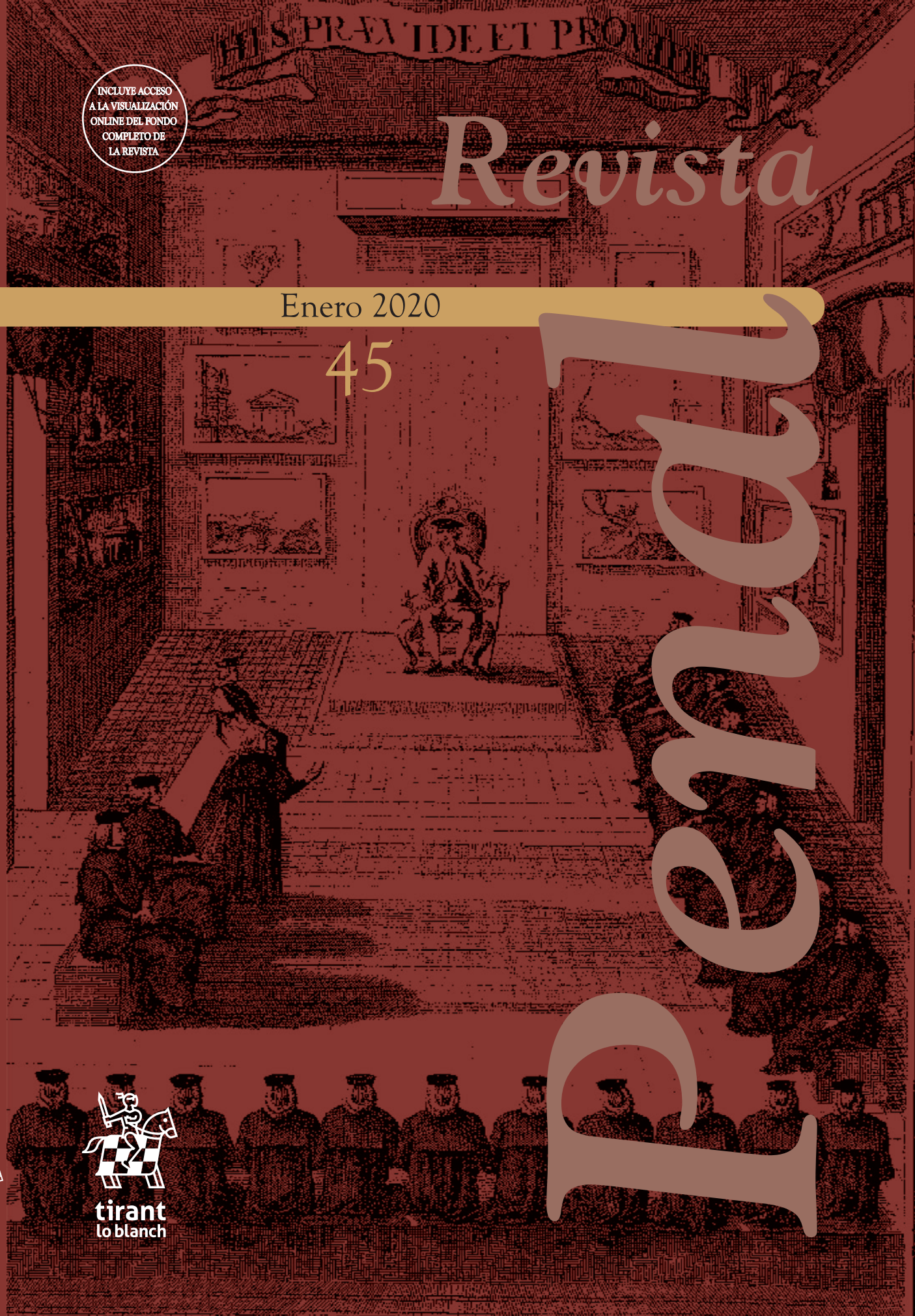
Enero 2020

45

Revista Penal

Penal

Enero 2020



Revista Penal

Número 45

Sumario

Doctrina:

– Culpabilidad jurídico-penal del sujeto ético versus justificación de la actuación en conciencia, por <i>Mercedes Alonso Álamo</i>	5
– Aspectos técnicos de la atenuante de reparación del daño en los delitos económicos o de cuello blanco, por <i>Sergio de la Herrán Ruiz-Mateos</i>	15
– Luces y sombras de la transposición al ordenamiento español de la directiva 2008/99/CE, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, por <i>María Ángeles Fuentes Loureiro</i>	33
– Reflexiones acerca de la relevancia penal del consentimiento: ámbito de aplicación, por <i>Cristina Guisasola Lerma</i>	56
– La reparación del daño causado por el delito en el Derecho brasileño. Evolución después del regreso a la democracia (1985) y situación actual, por <i>Silma Marlice Madlener</i>	75
– Derecho Penal y Filosofía. Una mirada para transitar hacia un aprendizaje crítico, por <i>Laura Pascual Matellán</i>	89
– La relación entre la Constitución y el Derecho penal: una mirada desde la orilla constitucional, por <i>Miguel Revenga Sánchez</i>	99
– La trilogía del Tribunal de Justicia de la UE sobre Euroorden y condiciones de detención contrarias a la dignidad: en busca de la confianza mutua perdida, por <i>Cristina Rodríguez Yagüe</i>	109
– El ‘defecto de organización’ en la estructura de imputación de responsabilidad a la persona jurídica por la comisión de delito, con especial referencia a los sistemas chileno, peruano y argentino, por <i>Anna Salvina Valenzano y Diva Serra Cruz</i>	141
– Trata de seres humanos y trabajos forzados, por <i>M^a Belén Sánchez Domingo</i>	172
– Prensa, redes sociales y formación de la opinión pública: una introducción para la comprensión del populismo penal mediático, por <i>Débora de Souza de Almeida</i>	194
– Integración de mecanismos de prevención del delito de cohecho en la vigente fórmula legal de compliance penal corporativo, por <i>Florin David Tugui</i>	214
Sistemas penales comparados: La prueba ilícitamente obtenida (<i>Illegally obtained evidence</i>)	234
Especial: <i>Lectio doctoralis</i> , por <i>Thomas Vormbaum</i>	274

* 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



tirant lo blanch



Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

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
jcferreolive@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
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P. Fletcher. Univ. Columbia
Luigi Foffani. Univ. Módena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Vicente Gimeno Sendra. UNED
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume Iº
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla

José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Enzo Musco. Univ. Roma
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
John Vervaele. Univ. Utrecht
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 Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Christina Schreiner (Alemania)
Luis Fernando Niño (Argentina)
Alexis Couto de Brito (Brasil)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)
Angela Supervielle (Estados Unidos)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)

Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Ana Cecilia Morún Solano (República Dominicana)
Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Pamela Cruz y Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com
--

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 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
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
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>



Culpabilidad jurídico-penal del sujeto ético versus justificación de la actuación en conciencia

Mercedes Alonso Álamo

Revista Penal, n.º 45. - Enero 2020

Ficha técnica

Autor: Mercedes Alonso Álamo

Title: Criminal culpability of the ethical subject versus “acting according to conscience” as a defense

Adscripción institucional: Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid

Sumario: 1. Introducción. 2. La justificación excepcional de la actuación en conciencia. 3. La conciencia del sujeto ético. 4. Exclusión y atenuación de la culpabilidad por razones de conciencia. 5. Delimitación de la actuación en conciencia respecto de otras situaciones.

Summary: 1. Introduction. 2. “Acting according to conscience” as defense. 3. Ethical subject’s conscience. 4. Exclusion and mitigation of culpability based on “acting according to conscience”. 5. Distinction between “acting according to conscience” and other situations.

Resumen: El artículo versa sobre la actuación en conciencia del sujeto ético y, en particular, sobre cómo incide la actuación en conciencia en la justificación del comportamiento y en la culpabilidad del autor. Además, diferencia la actuación en conciencia de otras situaciones que igualmente afectan a la culpabilidad.

Palabras clave: Actuación en conciencia. Justificación. Exclusión de la culpabilidad. Atenuación.

Abstract: This paper studies “acting according to conscience” and, in particular, how it affects defenses and culpability. Furthermore, it differentiates “acting according to conscience” from other situations also affecting culpability.

Key words: Acting according to conscience. Defense. Exclusion of culpability. Mitigation.

Rec: 1/11/19

Fav: 20/11/19

1. Introducción

En el presente artículo se examina la actuación en conciencia desde la perspectiva de la justificación y, sobre todo, desde la perspectiva de la culpabilidad. Dado que el concepto de culpabilidad jurídica es controvertido y que no hay una sino diversas concepciones sobre la culpabilidad, se hace preciso poner en relación la actuación en conciencia con la concepción de la culpabilidad que se asuma. Asimismo, se hace preciso delimitar previamente el genuino y restringido campo de la actuación en conciencia, el de la conciencia ética individual autónoma. El trabajo concluye separando la

actuación en conciencia de otros supuestos que también pueden incidir en la culpabilidad jurídica pero que conceptualmente deben mantenerse diferenciados.

2. La justificación excepcional de la actuación en conciencia

El reconocimiento de la posible justificación de una conducta típica realizada por razones de conciencia se ha abierto paso en los últimos tiempos. En principio, cabría hallar una contradicción interna en un ordenamiento jurídico que permitiera la realización de una conducta típica y la consiguiente lesión de un bien ju-

rídico penal al sujeto que decidiera actuar al dictado de su propia conciencia en lugar de heteromotivarse por la norma jurídica. De aquí el argumento, tantas veces esgrimido, de que el ordenamiento jurídico que claudica ante razones de conciencia está dictando su propia sentencia de muerte. Esto explica, asimismo, que tradicionalmente se considerara que los motivos de conciencia, al igual que los ideológicos o políticos que impulsan a un sujeto a la acción, podrían ser tenidos en cuenta, a lo sumo, en el juicio de culpabilidad, para excluirla o disminuirla, pero nunca dar lugar a la exclusión de la antijuricidad justificando la conducta típica. Al mantenimiento de esta posición contribuyó el tratamiento conjunto, no diferenciado, de la actuación en conciencia y de la actuación por motivos ideológicos y políticos, incluyendo la problemática del delincuente por convicción¹, pues en relación con este último se ve con especial claridad que el ordenamiento jurídico no puede retroceder excluyendo la antijuricidad del comportamiento típico.

En los últimos tiempos, sin embargo, a la vez que se deslinda la actuación en conciencia de la problemática del delincuente por convicción, se abre paso, no sin discusión, el reconocimiento, excepcional, restringido, de la justificación de una conducta que, realizada conforme a la propia conciencia, cumple un tipo penal, especialmente en los casos en que el propio ordenamiento jurídico reconoce el derecho a la objeción de conciencia (respecto de los que cabría admitir que la

desobediencia al derecho del sujeto ético se juridifica) pero no solo como vamos a tratar de sintetizar².

La objeción de conciencia es un supuesto especial de la actuación en conciencia. Presupone el conflicto entre un deber de conciencia esencialmente ético y un deber jurídico que es resuelto por el sujeto a favor del primero³. Su reconocimiento, como derecho a la objeción de conciencia, restringido, no ilimitado, tiene una base constitucional y cuenta con amplia aceptación. Pero surgen discrepancias a la hora de fijar su mayor o menor amplitud, pues mientras unos admiten —eso sí, con limitaciones— tal derecho en base al artículo 16. 1 de la Constitución que garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto⁴ (y cabe entender que la libertad de conciencia está comprendida en la libertad ideológica en sentido amplio⁵), otros lo restringen a los supuestos expresamente admitidos⁶. La Constitución española reconoce la objeción de conciencia al servicio militar, en el artículo 30. 2.⁷, y la objeción de conciencia de los profesionales de la información en el artículo 20. 1. d)⁸. A ello habría que añadir que la Ley O. 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, reconoce en su artículo 19 la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios a la interrupción voluntaria del embarazo.

Luzón acepta la justificación de la actuación en conciencia en casos limitados, pero no restringidos a los expresamente reconocidos en la Constitución o las leyes. Entiende que estos casos son “concreciones expre-

1 Romeo Casabona, “Delimitaciones conceptuales sobre la objeción de conciencia en el Derecho Penal”, *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Quintero Olivares/Morales Prats (Coords.), Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 1769 y s. Sobre la progresiva diferenciación histórica de la libertad de conciencia de la problemática del delincuente por convicción, ampliamente, Baucells i Lladós, *La delincuencia por convicción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 37 y ss., Jericó Ojer, *El conflicto de conciencia ante el derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, p. 65 y ss., 77, 208 y ss. y 277 y ss.

2 La posible construcción de una causa de justificación a partir del reconocimiento constitucional de la libertad de conciencia y de la exigente de ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber fue discutida ya, en relación con el anterior código penal, por Tamarit Sumalla, *La libertad ideológica en el Derecho Penal*, PPU, Barcelona, 1989, p. 391 y ss. Argumenta a favor, acotando las causas de justificación aplicables (restrictivamente, el ejercicio legítimo de un derecho, y, discutiblemente, el estado de necesidad) y sus requisitos, Flores Mendoza, *La objeción de conciencia en derecho penal*, Comares, Granada, 2001, p. 107 y ss. En relación con el ejercicio legítimo de un derecho, Jericó Ojer, *El conflicto de conciencia ante el derecho penal*, cit., p. 326 y ss., Luzón Peña, “Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción”, *Libro-Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como Doctor Honoris Causa por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega*, Diego-M. Luzón Peña (Dir.), Fundación Internacional de Ciencias Penales/Illustre Colegio de Abogados de Lima, 2018, p. 48 y ss.

3 Flores Mendoza, *La objeción de conciencia en derecho penal*, cit., p. 51 y ss., Romeo Casabona, “Delimitaciones conceptuales sobre la objeción de conciencia en el Derecho Penal”, cit., p. 1771 y ss.

4 El artículo 16. 1. de la Constitución española establece que “se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto... sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley” y el artículo 16. 2., añade que “nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”.

5 Llamazares Fernández, *Derecho de la libertad de conciencia*, I, *Conciencia, tolerancia y laicidad*, 4ª ed., Civitas/Thomson Reuters, Navarra, 2011, p. 24 y ss.

6 Ampliamente sobre estas discrepancias doctrinales, Flores Mendoza, *La objeción de conciencia en derecho penal*, cit., p. 114 y s.

7 El artículo 30. 2. dice: “La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria”.

8 El artículo 20. 1. d), tras el reconocimiento del derecho a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, establece: “La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades”.

sas y ejemplificativas del derecho más general a la objeción de conciencia, que se puede admitir como faceta de la libertad de conciencia, a su vez emanación del derecho fundamental de libertad ideológica, religiosa y de creencias reconocido en el art. 16 CE, siempre y cuando respete los límites del mismo”. De manera que, además de la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio, en el caso de que este se reestableciera, de la objeción de conciencia de los profesionales de la información, y de la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios a la interrupción voluntaria del embarazo, entiende el citado autor que la objeción de conciencia puede operar en general como causa de justificación, al amparo del ejercicio de un derecho, en base al artículo 16. 1 de la Constitución española, siempre que concurren unos requisitos estrictos, a saber, que se respete “el orden público legal”, límite fijado por el propio artículo 16, y “el conjunto de límites contenidos implícitamente en tal concepto, es decir el orden público entendido como orden del conjunto de valores básicos del ordenamiento constitucional y jurídico y del respeto a otros derechos y bienes jurídicos tan o más importantes”. Se requiere, en consecuencia, la ponderación de los intereses en conflicto y que la acción no vulnere “intereses jurídicamente superiores o preponderantes”⁹.

Por otra parte, tal reconocimiento amplio de la objeción de conciencia como causa de justificación se restringe por Luzón a los delitos de omisión pura u omisión propia, que infringen normas preceptivas. No lo acepta en la omisión impropia o delitos de comisión por omisión ya que “no es admisible plantear un derecho de objeción de conciencia para infringir prohibiciones de actuar lesionando o poniendo en peligro bienes jurídicos”¹⁰.

El reconocimiento amplio de la objeción de conciencia justificante es, cuando menos, dudoso. Es indudable, sí, a la vista de las normas constitucionales y legales, que en determinados supuestos excepcionales el propio ordenamiento jurídico reconoce el derecho a la objeción de conciencia. En tales casos, el ordenamiento jurídico hace retroceder el deber jurídico de

obediencia a la norma primando el imperativo de conciencia. Puede hablarse entonces de la justificación del comportamiento omisivo que comporta desobediencia a la norma preceptiva en el ámbito de los delitos de omisión propia o pura o, en su caso, de la atipicidad del comportamiento. Pero, fuera de los casos expresamente reconocidos legal o constitucionalmente, es difícilmente aceptable una justificación de la omisión (y consiguiente infracción de la norma preceptiva) al amparo del ejercicio constitucional del derecho a la libertad de conciencia y ello porque la libertad de conciencia no es susceptible de ser ponderada con otros intereses a fin de determinar cuál es preponderante, por lo que no se puede cumplir el requisito interno a la exigencia de respeto al orden público legal.

En efecto, la libertad de conciencia tiene un carácter esencialmente íntimo, interno y personal. El legislador puede hacer prevalecer tal libertad otorgándole primacía frente al deber jurídico de actuar, pero la conciencia ética individual, como tal, no puede ser ponderada o sopesada por el juez.

La libertad de conciencia comprende tres niveles¹¹ (libertad de formación de la conciencia, libertad de expresión de la propia conciencia y libertad de actuar de acuerdo con la propia conciencia¹²), siendo la referencia a la conciencia lo que da unidad a este derecho de libertad y precisamente lo que cierra el paso, por su propia naturaleza, a la ponderación.

Al último de los niveles mencionados, la libertad de actuar conforme a la propia conciencia, pertenece el comportamiento omisivo que infringe un deber por razones de conciencia. En aquellos casos en que el legislador renuncie expresamente a que el sujeto obedezca el mandato normativo, el hecho será atípico o estará excepcionalmente justificado. No hay en ello una propia, genuina, ponderación por el legislador de los derechos en conflicto sino una decisión valorativa (legislativa) a favor de la *libertad* de conciencia en la que puede haberse atendido a factores diversos. En tales casos expresamente admitidos, el legislador prima en abstracto la *libertad* de conciencia. Fuera de los mismos, o sea, por regla general, la actuación en conciencia no pue-

9 Luzón Peña, “Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción”, cit. p. 52 y s.

10 Luzón Peña, “Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción”, cit. p. 53.

11 Al respecto, Tamarit Sumalla, *La libertad ideológica en el Derecho Penal*, cit., p. 46 y ss., Llamazares Fernández, *Derecho de la libertad de conciencia, I, Conciencia, tolerancia y laicidad*, cit., p. 21 y ss., Flores Mendoza, *La objeción de conciencia en derecho penal*, cit., p. 114. Destaca la conexión de la libertad de conciencia con las libertades de pensamiento y de opinión y con el reconocimiento de la libertad religiosa y la libertad de creencias, Pérez del Valle, *Conciencia y Derecho Penal. Límites a la eficacia del derecho penal en comportamientos de conciencia*, Comares, Granada, 1994, p. 40. Subraya la especificidad de la libertad de conciencia respecto de la libertad ideológica al garantizar también la actuación conforme a la conciencia, Jericó Ojer, *El conflicto de conciencia ante el derecho penal*, cit., p. 326.

12 Es de destacar ese tercer nivel que no aparece en la frase de Tácito: “Rara felicidad la de los tiempos en que es lícito sentir/pensar lo que se quiere y decir lo que se siente/piensa” (*Rara temporum felicitate, ubi sentire quae velis, et quae sentias dicere licet*).

de estar justificada¹³. No cabe añadir a la difícil tarea del juez de decidir sobre la actuación en conciencia, la imposible tarea de ponderar la conciencia con otros intereses nada menos que para decidir sobre la antijuricidad del comportamiento. En tales casos, cabe concluir, la actuación en conciencia solo incide en la culpabilidad jurídica.

3. La conciencia del sujeto ético

Antes de entrar a examinar la relevancia de la actuación en conciencia en el ámbito de la culpabilidad, procede examinar el concepto de conciencia, al que remite la libertad aquí tratada, a fin de poner de relieve ese carácter esencialmente íntimo al que ya me referí, y de señalar su singularidad respecto de la libertad ideológica en la que se asienta constitucionalmente pero respecto de la que presenta rasgos propios. A veces se habla indistintamente de conciencia, creencias, ideas o convicciones, pero cuando se trata de la posible relevancia penal, eximente o atenuante, de la actuación en conciencia, se requiere hacer algunas precisiones y distinciones.

La conciencia, dice González Vicén, es “un fenómeno esencialmente personal”..., “no es un saber teórico moral, ni un órgano de conocimiento de un orden ético trascendente o de un sistema de valores intemporal”... sino “un enfrentamiento del yo consigo mismo en busca de su autenticidad”¹⁴. Y añade con palabras que por su justeza y precisión reproduzco íntegramente: “La conciencia se mueve sólo en el ámbito de nuestras posibilidades existenciales, y por eso, si nos es posible emitir sobre nuestros actos juicios morales y juicios de conciencia, sobre los actos ajenos sólo podemos emitir juicios morales, no juicios de conciencia. De aquí que el rasgo verdaderamente esencial de la conciencia es su naturaleza individualizadora. Y esto, no sólo en relación con el sujeto sino también en relación con la situación que provoca el juicio de conciencia. El sujeto

de la conciencia no es el *homo noumenon* o el “hombre en general” kantiano, ni es tampoco el sujeto del racionalismo, es decir, lo que queda al individuo cuando se ha abstraído de él todo lo que tiene de común con los demás hombres: el sujeto de la conciencia es el hombre en su realidad concreta, en lo que sólo es él y no en lo que tiene de común con los demás. Del mismo modo que la situación que provoca el juicio de conciencia es también una situación concreta irrepetible, una constelación de fines, intereses, supuestos, implicaciones, caracterizada precisamente por su unicidad. Sólo pensando estos dos extremos, la individualidad concreta del sujeto y la singularidad concreta de la situación, no como dos polos independientes, sino como una unidad inextricable, en que sus partes se condicionan recíprocamente, es posible entender en su verdadera dimensión el fenómeno de la conciencia: la decisión de una existencia acerca de su verdad en un momento histórico determinado”¹⁵.

La conciencia ética individual advierte previamente a la acción sobre la moralidad o inmoralidad de la misma desde la personalísima individualidad. Una decisión adoptada por razones de conciencia no puede ser valorada, como dice Roxin, ni como errónea, ni como equivocada, ni como correcta, porque ello vulneraría la neutralidad ideológica que exige el reconocimiento constitucional de la libertad de conciencia¹⁶.

Más aún, en mi opinión, por su carácter esencialmente íntimo la conciencia ética individual no puede estar abierta a la ponderación por el juez. La conciencia no puede ser objeto de ponderación, y esto es así con independencia del reconocimiento constitucional de la libertad de conciencia. El juez tiene que limitarse a comprobar que concurre una auténtica decisión de conciencia¹⁷, ineludible para el sujeto, absteniéndose de valorarla como correcta o incorrecta, como buena o mala, como justa o injusta, pues el juez no puede penetrar en la conciencia ética individual, un mundo por sí y para sí.

13 Semejante, aunque no idéntico, Cuello Contreras, para quien “un bien tan subjetivo como la conciencia no admite ponderación, pese a su importancia, con los restantes bienes del ordenamiento”, Cuello Contreras, *El Derecho penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2002, p. 1150; amplia información sobre la discusión en Alemania puede verse en Pérez del Valle, *Conciencia y Derecho Penal. Límites a la eficacia del derecho penal en comportamientos de conciencia*, cit., p. 222 y ss. y 227 y ss. Admite, en cambio, la ponderación jurisprudencial, reconociendo la posibilidad general, aunque sometida a limitaciones, del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, Flores Mendoza, *La objeción de conciencia en derecho penal*, cit., p. 120 y s., y 148 y ss. Amplia información sobre diferentes posiciones doctrinales en Jericó Ojer, *El conflicto de conciencia ante el derecho penal*, cit., p. 312 y ss.

14 González Vicén, “La obediencia al Derecho”, *Estudios de Filosofía del Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1979, p. 388 y s.

15 González Vicén, “La obediencia al Derecho”, cit., p. 389.

16 Roxin, *Derecho Penal. Parte General*, T. I, traduc. por Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/De Vicente Remesal, Thomson/Civitas, Madrid, 1997, reimpr. 2008, § 22, nm. 104.

17 Proporciona pautas o indicios a tener en cuenta por el juez para decidir sobre la efectiva presencia de un deber de conciencia, Flores Mendoza, *La objeción de conciencia en derecho penal*, cit., p. 79 y ss. Esta es una cuestión de prueba de la existencia del deber ético individual, que es una cuestión previa e independiente de la cuestión de su ponderación con otros bienes o deberes. Ampliamente sobre la constatación de la decisión de conciencia, Jericó Ojer, *El conflicto de conciencia ante el derecho penal*, cit., p. 194 y ss.

González Vicén halla en la conciencia ética individual —“esa profundísima soledad interior consigo mismo de la que ha desaparecido toda exterioridad y toda limitación, ese constante retorno a sí mismo” (Hegel), esa voz que me habla “que soy yo mismo” (Jaspers)— un fundamento ético absoluto para la desobediencia al Derecho¹⁸. González Vicén va aún más lejos al afirmar que no hay un fundamento ético para la obediencia al derecho: “Si un Derecho entra en colisión con la exigencia absoluta de la obligación moral, este derecho carece de vinculatoriedad y debe ser desobedecido. O dicho con otras palabras: *mientras que no hay un fundamento ético para la obediencia al Derecho, sí hay un fundamento ético absoluto para su desobediencia*”¹⁹.

Importa ahora fijar la atención en la segunda aseveración, la de que hay un fundamento ético absoluto para la desobediencia al Derecho²⁰. Elías Díaz, que parece aceptar en principio esta segunda aseveración (no así la primera), la restringe o limita especialmente a los casos en que el derecho niega la libertad²¹. González Vicén, a diferencia de sus críticos, no acepta tales restricciones y fundamenta la desobediencia ética al margen de los valores que el Derecho encarna y que pudieran estar en conflicto con la conciencia individual, afirmando que “la desobediencia ética es una actitud personal y no una posición política”²². El “sujeto ético” que desobedece al derecho tiene, en palabras de González Vicén, “toda la razón de su parte”, aunque pueda hacerse acreedor de una sanción. El “sujeto ético”, dice, “conoce, por reflexión o por habérselo comunicado la razón práctica natural, el secreto de su “ser en el mundo”. Y en este “ser en el mundo” se encuentra todo impulso ético y su ímpetu hacia el exterior. Por eso, el “hombre ético”

puede construirse por sí mismo su propia vida: una vida ésta de certeza, de posiciones, de afirmaciones, de aforismos, todos ellos compatibles entre sí y apoyándose los unos en los otros; el “hombre ético” no duda nunca de sí, en una palabra, el que siente como su centro el ímpetu ético de su personalidad”... “El mundo del “hombre ético” es un mundo por sí y para sí, en el que sólo la verdad tiene su asiento”...²³.

Tal posición se aviene bien, en lo fundamental, con la doctrina del Tribunal Constitucional alemán cuando habla de “un imperativo moral ineludible” “que domina toda la personalidad”²⁴, que el juez tiene que limitarse a examinar a fin de poder resolver si una decisión ha sido “de conciencia”.

Partiendo de tales premisas, cabe entender que la conciencia ética individual, que fundamenta la desobediencia al derecho, no llega por lo general al punto de excluir la antijuricidad del comportamiento del sujeto ético, pero incide en su (graduable) culpabilidad jurídica, pudiendo llegar a excluirla. Cuestión distinta, que veremos después, es cómo o por qué vía se articula jurídicamente tal posible afectación de la culpabilidad. La obligación ética absoluta de desobedecer el derecho —así como la no obligación ética de obedecerlo— se traduce en que, de un lado, pervive el deber jurídico, la acción es antijurídica, y, de otro, la culpabilidad personal se halla afectada.

Decía Ortega y Gasset que las creencias constituyen “el continente de nuestra vida”, que son “nuestro mundo y nuestro ser”. Y las contraponía a las “ideas” (“todo aquello que en nuestra vida aparece como resultado de nuestra ocupación intelectual”). Y esta distinción la sintetiza Ortega de forma lapidaria diciendo que “las

18 González Vicén, “La obediencia al Derecho”, cit., p. 388, y González Vicén, “La obediencia al derecho. Una anticrítica”, *Sistema* (65) 1985, p. 102.

19 González Vicén, “La obediencia al Derecho”, cit., p. 388.

20 La primera aseveración, la de que no hay un fundamento ético para la obediencia, originó un vivo debate en el ámbito de la filosofía. Crítico, Elías Díaz, Díaz, *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Debate, Madrid, 1984, p. 90 y ss. Argumentando en favor del derecho a disentir frente al derecho injusto (el *imperativo de la disidencia*), pero dejando sin resolver el problema frente al derecho “justo”, Muguerza, “Sobre el exceso de obediencia y otros excesos (un anticipo)”, *Doxa* 4 (1987), p. 343 y ss. Acerca de la autonomía como autolegislación en el pensamiento de Muguerza, Thiebaut, “El sujeto moral y sus razones”. *Disenso e incertidumbre. Un homenaje a Javier Muguerza*, Aramayo/Álvarez (Eds.), Plaza y Valdés, Madrid, 2006, p. 235 y ss. Repetidamente González Vicén insistió en su tesis de que al derecho se le obedece por múltiples causas prácticas pero no por vivencias éticas: la obligación ética se basa en los imperativos de la conciencia individual, no en razones prácticas, heterónomas. Así, por última vez, en González Vicén, “Obediencia y desobediencia al Derecho. Unas últimas reflexiones”, *Sistema* (88) 1989, p. 105 y ss. Amplia información sobre la controversia, Fernández García, *La obediencia al Derecho*, Civitas, Madrid, 1987, p. 91 y ss. También, García Amado, “A vueltas con la desobediencia. Notas sobre las tesis de González Vicén y sobre algunas críticas”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1993, p. 349 y ss.

21 Díaz, *De la maldad estatal y la soberanía popular*, cit., p. 90 y s. Argumentando que el derecho democráticamente producido es la suma de conciencias críticas individuales por lo que puede poseer un sentido ético y por ello no debe ser obedecido, p. 94 y ss. Puede verse en ello una cierta incomprensión de la tesis fundamental de González Vicén.

22 González Vicén, “La obediencia al derecho. Una anticrítica”, cit., p. 104.

23 González Vicén, “Obediencia y desobediencia al Derecho. Unas últimas reflexiones”, cit., p. 108.

24 Roxin, *Derecho Penal. Parte General*, T. I, cit., § 22, nm. 104, Jericó Ojer, *El conflicto de conciencia ante el derecho penal*, cit., p. 56 y ss.

ideas se tienen; en las creencias se está”²⁵. ¿Qué es lo peculiar de la conciencia ética individual respecto de las “creencias” en el sentido orteguiano?

Siendo las creencias el sustrato de nuestra vida y poseyendo un carácter radical, como “ideas que somos”, perdiendo en consecuencia el carácter de ideas, pudiera establecerse una relación entre creencias y conciencia. Sin embargo, hay diferencias esenciales entre ambas.

De un lado, la conciencia ética tiene un campo propio, restringido al imperativo moral autónomo, absolutamente ineludible, referido a lo bueno-malo, justo-injusto, correcto-incorreto desde la irremplazable e insondable perspectiva interna del sujeto. Las creencias tienen un radio de acción más amplio pues no necesariamente van referidas a tales valores.

De otro lado, la conciencia del hombre ético tiene una firmeza, una certeza, que no se puede predicar de la creencia: porque si bien es cierto que la creencia es aquello en lo que estamos, con lo que absolutamente contamos, a lo que estamos inseparablemente unidos, y en cierta manera son lo que somos, no es menos cierto que, en el sentido de Ortega, en las creencias se abren “enormes agujeros de duda”, duda en la que también se está, como dice Ortega, pero que introduce una realidad líquida, unos huecos en nuestras creencias “que son el lugar vital donde insertan su intervención las ideas”²⁶.

Finalmente, las creencias surgen como ideas que se consolidan “como obra de la imaginación de un hombre que se ensimismó en ellas”, esto es, algunas ideas se consolidan en creencias a partir del *ensimismamiento*²⁷. ¿Cómo se forma la conciencia? La conciencia ética se forma en el individuo en un proceso constante en el que intervienen factores, ya heredados, producto de la evolución, ya adquiridos, mediante un aprendizaje que modela el cerebro desde el nacimiento y que conforma el propio yo en relación con valores que generan el imperativo ético ineludible. Si, como dice Ortega, en las creencias “se está” y las ideas “se tienen”, cabría añadir que la conciencia ética individual es, propiamente, lo que “se es”.

Las convicciones, por su parte, se diferencian de la conciencia, así como de las creencias arraigadas, aunque están en estrecha relación con estas. Frente a la conciencia ética individual, autónoma, las convicciones son ideas fuertes o creencias arraigadas de contenido ideológico, político, moral o religioso, y referido a un marco normativo externo, esto es, son de carácter heterónomo. Las convicciones, aunque el sujeto pueda considerarse obligado a actuar de acuerdo con ellas, carecen de la obligatoriedad absoluta que es propia de las decisiones de conciencia que hacen de la desobediencia al derecho un imperativo ético inexcusable. La decisión de o en conciencia, dice Roxin, se diferencia de la convicción “por su carácter existencial, por el sentimiento interior de estar incondicionalmente obligado”²⁸. Las creencias, por su parte, comparten con las convicciones su carácter heterónomo, pero en cuanto al contenido tienen un radio de acción más amplio que el propio de la convicción²⁹ y, en el sentido orteguiano que aquí damos al concepto de creencia, carecen de la vinculatoriedad propia de la actuación en conciencia.

4. Exclusión y atenuación de la culpabilidad por razones de conciencia

El individualismo ético del que habla González Vi-cén, y que comparto, se aviene bien con la concepción personal, individual, de la culpabilidad jurídica, o culpabilidad en cabeza propia. A diferencia de otras concepciones de la culpabilidad, ya se basen en la motivabilidad por las normas, ya en la asequibilidad normativa, ya sean concepciones sociales, ya sean concepciones puramente funcionales³⁰, la concepción individual de la culpabilidad y en cabeza propia, de la que parto, de un lado fundamenta la culpabilidad jurídica personalmente en base a la libertad de la voluntad a la que cabe reconocer una existencia real aunque enigmática³¹, y, de otro, requiere para la culpabilidad material que el juicio final de imputación subjetiva del juez se asiente en el *punto de vista del sujeto*, en sus valoracio-

25 Ortega y Gasset, “Ideas y creencias”, *Ideas y creencias y otros ensayos*, Alianza, Madrid, 2019, p. 23 y ss., y el mismo, “Un capítulo sobre la cuestión de cómo muere una creencia”, *Ideas y creencias y otros ensayos*, p. 270 y s.

26 Ortega y Gasset, “Ideas y creencias”, cit., p. 37 y ss. y 40.

27 Ortega y Gasset, “Ideas y creencias”, cit., p. 52 y 53.

28 Roxin, *Derecho Penal. Parte General*, T. I, cit., § 22, nm. 103.

29 En relación con el posible anclaje constitucional de unas y otras, Baucells i Lladós, *La delincuencia por convicción*, cit., p. 92 y ss., Jericó Ojer, *El conflicto de conciencia ante el derecho penal*, cit., p. 327.

30 Puesto que exponerlas excedería el objeto y límites de este trabajo, me remito a Alonso Álamó, “Culpabilidad jurídico-penal, motivos y emociones. La existencia enigmática de la libertad de la voluntad”, *Revista Penal*, nº 38, 2016, p. 10 y ss., Alonso Álamó, “La culpabilidad en la encrucijada”, *Represión Penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Morales Prats/Tamarit Sumalla/García Albero (Coords.), Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 301 y ss. Sobre el tratamiento de la actuación conciencia según las diferentes concepciones de la culpabilidad, Jericó Ojer, *El conflicto de conciencia ante el derecho penal*, cit., p. 348 y ss.

31 Al respecto, Alonso Álamó, “Culpabilidad jurídico-penal, motivos y emociones. La existencia enigmática de la libertad de la voluntad”, cit., p. 37 y ss., Alonso Álamó, “Culpabilidad en cabeza propia y el enigma de la libertad de la voluntad”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 124, 2018, p. 19 y ss. Ello se opone a las concepciones que fundamentan la culpabilidad general y/o normativamente (sea partiendo

nes y juicios de valor, en sus emociones y motivos, y, también, en su conciencia ética individual³².

Para que una acción pueda ser puesta a cargo de un sujeto se requiere que este tenga capacidad de valorar correctamente y, cabría añadir, de comprender y hacer suyos los valores del ordenamiento jurídico. Los valores del ordenamiento jurídico pueden entrar en conflicto con los valores del sujeto que conforman su conciencia ética individual. La antinomia entre la propia conciencia y los valores del ordenamiento, entre el deber ético y el jurídico, es un caso particular, y muy concreto, en el que la posición valorativa personal afecta a la culpabilidad jurídica.

La posición valorativa del sujeto es importante en los diferentes elementos de la culpabilidad. Así, la capacidad de valorar correctamente puede estar afectada e incidir en la imputabilidad (menor edad penal, anomalías o alteraciones psíquicas incluidas las psicopatías, intoxicación plena, alteraciones en la percepción), en la invencibilidad del error de prohibición, en la insuperabilidad del miedo, en los estados pasionales que atenúan la culpabilidad, etc., momentos en los que aquí no me puedo detener, a fin de centrar la atención en el vínculo de la culpabilidad jurídica con la conciencia ética individual.

La conciencia ética individual en conflicto con un deber jurídico es un caso particular que se caracteriza porque, siendo el sujeto capaz de valorar, de ninguna manera puede hacer suyos los valores del ordenamiento jurídico, ni, en consecuencia, actuar de acuerdo con ellos. No puede haber duda de que, si se parte de una concepción de la culpabilidad que vincule al juez en su juicio final de imputación subjetiva a las valoraciones y juicios de valor del sujeto desde su insustituible perspectiva interna, la conciencia ética individual en conflicto con el deber jurídico puede afectar decisivamente a la culpabilidad jurídica del sujeto ético.

Sostiene Roxin que en los hechos realizados por motivos de conciencia hay que acudir al artículo 4 de la Ley Fundamental —que declara inviolable la libertad

de conciencia— para dejar el hecho impune³³. Por su parte, Luzón considera que las razones de conciencia pueden llegar a anular o limitar la “accesibilidad normativa”, es decir, a suprimir o coartar gravísimamente “la posibilidad de determinarse o motivarse por la norma jurídica ante la presión insalvable de la norma ética individual de su conciencia”³⁴. En los casos en que exista un conflicto de conciencia extremo, o conflicto motivacional insoportable, entiende el citado autor que cabe exculpar la conducta “por inexigibilidad penal subjetiva como concreta causa de exculpación suprallegal basada en el principio de inexigibilidad penal individual o si se prefiere analógica con las causas de exculpación legalmente admitidas”, siempre que “esa actuación en conciencia no implique peligro de repetición reiterada y por ello no resulte penalmente intolerable desde el punto de vista preventivo”³⁵. A falta de alguno de tales requisitos, el conflicto extremo o la ausencia de peligro de repetición, entiende Luzón que procedería, a la sumo, una atenuación de la culpabilidad³⁶.

La posición mencionada es plenamente coherente con las premisas de las que parte. Sin embargo, pueden ser examinadas críticamente a partir, de un lado, de la necesidad de reconocer la absoluta vinculatoriedad del sujeto a su conciencia ética y, de otro lado, de la defensa de una concepción personal de la culpabilidad y en cabeza propia.

Desde el primer punto de vista, puede admitirse que un conflicto de conciencia puede ser más o menos intenso y que ello puede repercutir en el grado de culpabilidad. Pero es inaceptable que la incidencia del conflicto de conciencia en el grado de la culpabilidad se pueda hacer depender del “peligro de repetición reiterada”, toda vez que, por definición, todo genuino conflicto de conciencia se repetirá siempre que se presente la misma situación: la voz de la conciencia no dejará de hablar al sujeto desde su interior dadas las mismas circunstancias pues el sujeto está absolutamente vinculado a su conciencia ética.

del baremo del hombre medio, sea funcionalizando la culpabilidad jurídica como afirmación de la confianza en la norma), así como a las que la fundamentan socialmente, y a las que se conforman con hacer como si se fuera libre, esto es, con una ficción de libertad. Entre la ficción de libertad y la afirmación de una existencia real aunque enigmática de libertad hay una diferencia esencial.

32 Alonso Álam, “Culpabilidad jurídica en cabeza propia y juicios de valor”, *Estudios Jurídico penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Suárez López/Barquín Sanz/Benítez Ortúzar/Jiménez Díaz/Sainz-Cantero Caparrós (Drs.), Vol. I, Dykinson, Madrid, 2018, p. 3 y ss., y Alonso Álam, “La culpabilidad en la encrucijada”, cit., p. 326 y ss.

33 Roxin, *Derecho Penal. Parte General*, T. I, cit., § 22, nm. 102. Sobre la discusión alemana acerca de la ubicación sistemática del hecho realizado por motivos de conciencia eximente de pena, Roxin, loc. cit., § 22, nm. 120 y ss.

34 Luzón Peña, “Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción”, cit., 59.

35 Luzón Peña, “Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción”, cit., p., 58 y ss. Luzón reconoce la proximidad de su posición con las tesis de Roxin si bien añade la exigencia de que no haya peligro de repetición, loc. cit., p. 60 y nota 16.

36 Luzón Peña, “Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción”, cit., p. 61 y s.

Ello enlaza con el segundo punto de vista que tiene que ver con una concepción individual de la culpabilidad que no se funda en la accesibilidad normativa sino en la libertad de la voluntad. Tal concepción no se opone, en general, al reconocimiento de que determinadas consideraciones preventivas operen internamente a los elementos formales de la culpabilidad o a las causas que la atenúan. Pero ello no parece aceptable en los casos en que, como sucede en la actuación en conciencia, el sujeto se halla ante un imperativo ineludible: el imperativo de conciencia no admite que se le conjugue o relacione con consideraciones preventivas. Por ello, en mi opinión, la exclusión de la culpabilidad no puede hacerse depender de la ausencia de peligro de repetición. En tales casos no es suficiente apreciar una eximente incompleta por analogía con las causas de inimputabilidad (tampoco sería aceptable plantear la imposición de una medida de neutralización —imposible la corrección del sujeto que actúa en conciencia— porque ello, es materialmente incompatible con la actuación en conciencia y, además, entra en conflicto con la literalidad del artículo 104 del Código penal que habla de eximente incompleta en relación con los números 1º, 2º y 3º del artículo 20).

El problema, un problema de culpabilidad en sentido formal, es la ausencia de regulación expresa de la actuación en conciencia, pues la misma no aparece contemplada ni entre las causas de exclusión, ni entre las circunstancias que atenúan el delito por razones de culpabilidad. El conflicto de conciencia seguido de una actuación en conciencia que infringe un deber jurídico y cumple un tipo penal puede presentarse sin que, a la vez, se cumplan las condiciones o requisitos de las causas de inimputabilidad, o del miedo insuperable, o del estado de necesidad exculpante de admitirse este, o del error de prohibición, es decir, tal conflicto no tiene que concurrir necesariamente con una anomalía o alteración psíquica, ni con el estado emocional de miedo insuperable, ni con el error de prohibición³⁷. Más aún, el sujeto ético es, por definición, “dueño absoluto de sus actos y de sus sentimientos”³⁸. Por tanto, nos hallamos en tales casos ante una laguna legal.

Luzón contempla la posible apreciación de una causa de exculpación supralegal o analógica con las causas de exculpación legalmente admitidas³⁹. Entiendo que no hay inconveniente en aceptar causas supralegales de exculpación por vía analógica toda vez que estas

operan en favor del reo y, por tanto, no restringen sino que amplían la libertad social de acción. Pero sería preciso establecer la eximente de referencia, aquella que presente un sustrato análogo, con la que concurra identidad de razón, y fijar los límites de tal aplicación analógica de la ley.

Hay dos eximentes que, en principio, pueden venir en consideración, el estado de necesidad y el ejercicio de un derecho. Sin embargo, ambas requieren una ponderación del deber de conciencia con los bienes o deberes lesionados, ponderación que los deberes de conciencia no admiten, por su naturaleza íntima, como quedó dicho.

En relación con el estado de necesidad, el estado de necesidad excluyente de la culpabilidad basado en la inexigibilidad personal de una conducta distinta (lo que presupone aceptar la doble naturaleza del mismo, esto es, estado de necesidad justificante y excluyente de la culpabilidad), podría ser aplicado, por analogía, en la actuación bajo un conflicto de conciencia, lo que obligaría a prescindir de la impracticable ponderación y atender básicamente al principio rector de la inexigibilidad sin entrar a considerar la gravedad del mal causado.

En relación con el ejercicio de un derecho, por su parte, tomarlo como base para su aplicación analógica a efectos de excluir o atenuar la culpabilidad en la actuación en conciencia implicaría, de un lado, tomar en cuenta el derecho a la libertad de conciencia y a la vez rechazar su aplicación directa como causa de justificación, y, de otro lado, transitar desde una causa de justificación hacia la formación vía analogía de una causa de exclusión de la culpabilidad en base a la inexigibilidad de una conducta distinta al sujeto confrontado con su deber moral absoluto de desobedecer la norma (lo que vendría a ser el reconocimiento, dogmáticamente problemático, vía analogía, de una especie de doble naturaleza jurídica del ejercicio de un derecho cuando se trata de un derecho de libertad de conciencia).

A las dificultades probatorias de la existencia real de un deber de conciencia inexcusable⁴⁰, se adhiere la dificultad que para el juez implica adoptar el punto de vista del sujeto, no el suyo propio, a la hora de decidir sobre la exigibilidad. El baremo del hombre medio o el criterio de lo que hubiera hecho cualquiera situado en el lugar del autor entra en conflicto con la naturaleza imponderable de la conciencia ética individual. En conse-

37 Amplia información sobre la discusión doctrinal de estas cuestiones, Flores Mendoza, *La objeción de conciencia en derecho penal*, cit., p. 197 y ss., Jericó Ojer, *El conflicto de conciencia ante el derecho penal*, cit., p. 348 y ss.

38 González Vicén, “Obediencia y desobediencia al Derecho. Unas últimas reflexiones”, cit., p. 108.

39 Luzón Peña, “Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción”, cit., p. 58.

40 Jericó Ojer, *El conflicto de conciencia ante el derecho penal*, cit., p. 194 y ss., Flores Mendoza, *La objeción de conciencia en derecho penal*, cit., p. 80 y ss.

cuencia, el principio de inexigibilidad presenta perfiles propios cuando de la actuación en conciencia se trata. Pero ello no impide considerar que es la culpabilidad del autor, entendida en sentido individual, la que se ve directamente afectada frente a lo que sostienen aquellas concepciones que reconducen la actuación en conciencia a otras categorías del delito⁴¹.

Al igual que la culpabilidad es graduable, también el conflicto de conciencia admite graduación. En principio esto puede parecer inaceptable. Pues si lo peculiar de la actuación en conciencia es que se basa en un deber ineludible ¿cómo seguir hablando de propia actuación en conciencia si el deber de conciencia puede ser eludido por el sujeto? Cuando el deber no es ineludible se transita desde la exclusión de la culpabilidad hacia la mera atenuación, pero este tránsito, además de ser cuantitativo, encierra una importante diferencia cualitativa desde la perspectiva del deber de conciencia. Cuando no hay un deber ineludible que excluya plenamente la culpabilidad, la atenuación de la culpabilidad se fundamenta en la especial afectación del proceso motivacional del sujeto, y no estaremos ante un genuino, radical, deber de conciencia.

El Código penal no contempla expresamente una circunstancia atenuante que sea de aplicación directa a estos casos (como ya se vio, tampoco contiene una eximente de actuación en conciencia). Será preciso acudir de nuevo a la vía de la analogía, lo que se facilita en relación con las atenuantes al estar expresamente contempladas las atenuantes por analogía (artículo 21. 7ª del Código penal). El problema residirá solo en establecer la circunstancia, o circunstancias, con la que la actuación en conciencia mantuviera análoga significación. De admitirse una eximente analógica de actuación por razones inexcusables de conciencia ¿cabría apreciarla también como incompleta? Luzón entiende que al no estar el conflicto de conciencia incluido en el artículo 20 del Código penal no cabe su apreciación como incompleta, pero admite, en cambio, la posible apreciación de una atenuante por analogía con la eximente incompleta de miedo insuperable o con causas de exclusión de la imputabilidad incompletas⁴², posición que suscitaría la posible apreciación de una medida de seguridad lo que es materialmente inaceptable, como ya se señaló, y además incompatible con lo previsto en el artículo 104 del Código penal. De no hallarse identidad de razón con el miedo ni con las causas de inimputabilidad, que posibilitara su apreciación como incompleta siquiera sea por vía analógica, todavía cabría plantear, como solución conforme con la justicia

material, aunque introduzca inseguridad, la aceptación de una atenuante analógica a una eximente incompleta que trae su causa de una eximente analógica (la de actuación bajo un ineludible deber de conciencia). Finalmente, cabría también plantear la posibilidad de apreciar, en su caso, una atenuante analógica a la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante, conforme a lo previsto en el artículo 21. 3ª del Código penal.

5. Delimitación de la actuación en conciencia respecto de otras situaciones

En primer lugar, la actuación en conciencia no puede ser confundida con la actuación por convicción. En la actuación por convicción, como queda dicho, aunque el sujeto puede considerarse obligado a actuar, falta la obligatoriedad absoluta que es propia de las decisiones de conciencia. Las convicciones son ideas fuertes o creencias arraigadas de contenido ideológico, político, moral o religioso, y están referidas a un marco normativo externo, esto es, son de carácter heterónomo. En la actuación en conciencia, en cambio, por su carácter autónomo el sujeto ético actúa conforme a lo que *es*. De aquí que su culpabilidad jurídica se halle internamente afectada. Esto no significa que la culpabilidad individual del delincuente por convicción no pueda hallarse afectada en una situación concreta. Significa tan solo que la discusión sobre la posible afectación de la culpabilidad del delincuente por convicción debe situarse en su propio terreno, un terreno distinto al de la actuación en conciencia.

En segundo lugar, la actuación en conciencia parece incompatible con el problema de la psicopatía. El psicópata primario, desalmado, es ciego para los valores. Aunque pueda distinguir el bien del mal —según se afirma en reiterada jurisprudencia— su conciencia moral está afectada de raíz. Por otro lado, aunque sea capaz de conocer la norma jurídica, es incapaz de *comprenderla* y de ajustar su comportamiento a la norma. Esto es ya suficiente para entender que su imputabilidad puede estar excluida o al menos seriamente afectada, pero al tratarse de un sujeto incapaz para los valores y *en este sentido* a-ético, su problemática es independiente de la de la actuación en conciencia.

Algo semejante sucede, por último, en el sujeto que se halla en lo que se conoce como estado agéntico, el sujeto con conciencia alienada y que actúa por obediencia. En principio, cabría considerarle como un sujeto

41 Como hace Roxin al referirla a la responsabilidad como categoría independiente de la culpabilidad, Roxin, *Derecho Penal. Parte General*, T. I, cit., § 22, nm. 120 y ss.

42 Luzón Peña, "Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción", cit., p. 61.

a-ético o incluso anti-ético. Esto es cuestionable si se parte, como aquí hago, de la tesis de González Vicén según la cual cualquier sujeto tiene su ética individual, sus valores, y que estos son igualmente atendibles por mucho que no los podamos comprender o compartir. Sin embargo, lo que sucede en estos casos es que la conciencia del sujeto se disuelve e identifica con la norma externa. La alienación de la conciencia podría estar presente en el delincuente por convicción, pero la problemática del sujeto que se halla en estado agéntico es más amplia y se presenta autónomamente en situaciones de “irreflexión pura” en las que el sujeto, alienado, no es capaz de distanciarse psíquica y valorativamente de la norma externa que, por así decir, deviene en su propia conciencia. H. Arendt llamó mal banal, al mal que procede de la pura irreflexión y que, a diferencia del mal radical, no procede de malos instintos o de instintos perversos. En el caso paradigmático de A. Eichmann afirma H. Arendt que este, “*sencillamente*

no supo jamás lo que hacía”⁴³ y que “actuó, en todo momento, dentro de los límites impuestos por sus obligaciones de conciencia: se comportó en armonía con la norma general; examinó las órdenes recibidas para comprobar su “manifiesta” legalidad, o normalidad, y no tuvo que recurrir a la consulta con su “conciencia”, ya que no pertenecía al grupo de quienes desconocían las leyes de su país, sino todo lo contrario”⁴⁴. Es la identificación de la propia conciencia con la norma externa, esto es, la disolución de lo autónomo en lo heterónomo, lo que permite hablar de pura irreflexión. En ello encontraba H. Arendt la base para sostener que en el juicio a Eichmann debieron poderse alegar circunstancias modificativas de la responsabilidad⁴⁵, lo cual hubiera sido conforme con una concepción personal de la culpabilidad jurídica. Pero, por lo que aquí importa destacar, en estos casos no se está ante una actuación en conciencia sino ante una actuación con la conciencia alienada.

43 Arendt, *Eichmann en Jerusalén*, Penguin DeBolsillo, Barcelona, 2015, sexta reimpresión, 2019, p. 418.

44 Arendt, *Eichmann en Jerusalén*, cit., p. 426.

45 Arendt, *Eichmann en Jerusalén*, cit., p. 421 y 426.