

SECCIÓN DOCTRINAL

El delito como acción culpable

JOSÉ CEREZO MIR

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza

Una acción típica y antijurídica sólo es culpable si le podía ser reprochado al sujeto, en la situación concreta en que se hallaba, que hubiera obrado en contra de las exigencias del ordenamiento jurídico. La antijuridicidad implica la infracción de una norma de determinación (una prohibición o un mandato, en los delitos de omisión). Es una relación objetiva de contradicción entre la conducta humana y el ordenamiento jurídico. En la culpabilidad se examina, en cambio, si le puede ser reprochada al sujeto la infracción de la norma de determinación, es decir la realización de la acción u omisión típica y antijurídica. Esto sólo es posible, como veremos, si esa persona, en la situación concreta en que se hallaba, podía obrar de otro modo, de acuerdo con las exigencias del ordenamiento jurídico.

La culpabilidad es un elemento esencial del concepto del delito en el nuevo Código penal español. Ello se advierte ya en la utilización del término imprudentes en la definición de los delitos y faltas, en el artículo 10. La imprudencia implica no sólo la inobservancia del cuidado objetivamente debido (elemento del tipo de lo injusto de los delitos imprudentes) (1), sino también la capacidad del sujeto para observar dicho cuidado (lo que implica la previsión o posibilidad de prever la producción del resultado delictivo) y que le fuera exigible su observancia. Que la culpabilidad es un elemento esencial del concepto del delito se deduce también de la inclusión, en el catálogo de eximentes del art. 20, de la anomalía o alteración psíquica (n.º 1.º), de la intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupeficientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan

(1) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, I, Introducción. Teoría jurídica del delito/1*, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, pp. 415 y ss.

efectos análogos, o de actuar bajo la influencia del síndrome de abstinencia (n.º 2.º), de la grave alteración de la conciencia de la realidad, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia (n.º 3.º), del estado de necesidad cuando el mal causado sea igual al que se trataba de evitar (n.º 5.º) (2) y del miedo insuperable (n.º 6.º), así como de la exención de responsabilidad en el error de prohibición invencible (párrafo 3.º del art. 14) y en el encubrimiento de parientes (art. 454). En el nuevo Código se condiciona, además, la exención de responsabilidad, en los supuestos de anomalía o alteración psíquica y de intoxicación plena por bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias que produzcan análogos efectos, o de actuación bajo un síndrome de abstinencia, a que ello impida al sujeto «comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a su comprensión». Por tanto, sólo cuando la acción u omisión típica y antijurídica sea culpable, es decir cuando le pueda ser reprochada al autor, podrá constituir delito.

La culpabilidad es la reprochabilidad personal de la acción típica y antijurídica. No es posible, por ello, la existencia de culpabilidad sin tipicidad y antijuridicidad. La acción típica y antijurídica es el objeto del juicio de reproche. Pueden existir acciones típicas y antijurídicas no culpables, cuando concurra alguna causa de inimputabilidad (de exclusión de la capacidad de culpabilidad) o de inculpabilidad, pero no una acción culpable que no sea típica y antijurídica.

EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

El principio de culpabilidad, es decir el principio de que no hay pena sin culpabilidad y de que la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad, es un principio fundamental del Derecho penal moderno (3).

(2) El estado de necesidad puede ser también una causa de inculpabilidad cuando el mal causado sea menor que el que se trataba de evitar, pero la conducta implicaba un grave atentado a la dignidad de la persona humana; véase *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, II, Teoría jurídica del delito/2. Tecnos, Madrid, 1990, pp. 31 y ss.

(3) Se rechaza, sin embargo, generalmente, con razón, la tesis del doble aspecto del principio de culpabilidad, enraizada en las teorías absolutas de la pena, según la cual tampoco debería haber culpabilidad sin pena, pues ésta no sólo ha de ser justa, es decir, proporcionada a la gravedad del delito, sino también necesaria; véase mi *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, I, pp. 30 y ss. La tesis del doble aspecto del principio de culpabilidad, de su carácter absoluto, fue sustentada en la moderna Ciencia del Derecho Penal alemana, por ARTHUR KAUFMANN, en *Das Schuldprinzip*, 2.ª ed., Heidelberg, Carl Winter Universitätsverlag, 1976, pp. 201-202, aunque después cambió de parecer y reconoció que no basta con la culpabilidad para justificar la pena (véase, *Dogmatische und Kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht*, apéndice a la 2.ª ed. de *Das Schuldprinzip*, p. 276).

El principio de culpabilidad no está proclamado expresamente en la Constitución española. Según algunos de nuestros penalistas (4), el principio de culpabilidad está implícito en el de legalidad, consagrado en el artículo 25 de la Constitución: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito... según la legislación vigente en aquel momento». Esta tesis me parece discutible, pues para la existencia de culpabilidad es precisa, como veremos, la conciencia actual o posible de la antijuridicidad, pero no de la punibilidad de la conducta.

Creo, no obstante, que puede hallarse un fundamento constitucional al principio de culpabilidad en el artículo 10 de la Constitución, al proclamarse en este precepto que la dignidad de la persona humana es el fundamento del orden político y la paz social. El principio de culpabilidad es una exigencia del respeto a la dignidad de la persona humana. La imposición de una pena sin culpabilidad, o si la medida de la pena rebasa la medida de la culpabilidad, supone la utilización del ser humano como un mero instrumento para la consecución de fines sociales, en este caso preventivos, lo cual implica un grave atentado a su dignidad (5), (6).

(4) Véase M. COBO DEL ROSAL-T.S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, Parte General, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 414, nota 31 y J. CÓRDOBA RODA, *Principio de legalidad penal y Constitución*, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymans Verlag, 1989, pp. 92-93.

(5) Véase ya, en este sentido, mi artículo, *Derecho Penal y derechos humanos: experiencia española y europea*, en *Actualidad Penal*, 1993, n.º 14, p. 194. En Alemania, el Tribunal Federal Constitucional considera que el principio de culpabilidad tiene rango constitucional, por derivarse del principio del Estado de Derecho, del reconocimiento del derecho a la libertad general de actuación y por tener su fundamento en la dignidad de la persona; véase H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11 ed. Walter de Gruyter, Berlin, 1969, p. 138, H.H. JESCHECK-Th. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Duncker-Humblot, 1996, pp. 23 y 27 (Tratado de Derecho Penal, Parte General, trad. de la 4.ª ed., por JOSÉ LUIS MANZANARES SAMANIEGO, Editorial Comares, Granada, 1993, pp. 19 y 22) y ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2.ª ed., Verlag C.H. Beck, 1994, p. 720.

(6) BACIGALUPO apuntaba ya que el principio de culpabilidad «podría derivarse —como lo ha hecho el Tribunal Constitucional Federal alemán— del principio del Estado de Derecho (art. 1.º, 1 de la CE), e inclusive de la protección de la dignidad de la persona humana contenida en el artículo 10.1. CE», pero se limita a señalar que las consecuencias del principio de culpabilidad tienen rango constitucional, con independencia de que la culpabilidad sea o no el fundamento y medida de la pena; véase, ENRIQUE BACIGALUPO *¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?* La Ley, año III, n.º 434, 8 de junio de 1992, pp. 1-3. COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN consideran que el principio de culpabilidad puede derivarse además del principio de legalidad, de la prohibición de exceso o de requerimientos generales del Estado de Derecho, como el libre desarrollo de la personalidad, véase, *Derecho Penal, Parte General*, p. 414, nota 31. GARCÍA PÉREZ considera que el principio de culpabilidad tiene rango constitucional por derivarse de la inclusión de la justicia entre los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1, 1), de la garantía de la seguridad jurídica (art. 9,3), del reconocimiento de la dignidad de la persona humana (art. 10,1) y del derecho a la presunción de inocencia (art. 24,2); véase, OCTAVIO GARCÍA PÉREZ, *Delitos de sospecha. Principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia*. Los artículos 483 y 485 Cp, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, fasc.

En el nuevo Código penal de 1995 no se proclama tampoco, de un modo expreso, el principio de culpabilidad, aunque, como hemos visto la culpabilidad es en él un elemento esencial del concepto del delito. En el artículo 5.º se declara únicamente que: «No hay pena sin dolo o imprudencia». Esta declaración no es equivalente al principio de culpabilidad, pues puede haber dolo o imprudencia y no haber culpabilidad, si concurre alguna de las eximentes anteriormente mencionadas (7), o ser la medida de la pena superior a la medida de la culpabilidad (8). Con la fórmula «No hay pena sin dolo o imprudencia» se quiere excluir únicamente la responsabilidad objetiva, la responsabilidad por el resultado y soslayar la proclamación del principio de culpabilidad, según el cual la culpabilidad es el fundamento y el límite de la pena. El legislador ha buscado una solución de consenso, teniendo en cuenta las críticas al supuesto carácter moralizante del término culpabilidad (9), así como la tesis de Gimbernat (10) de que la pena no puede hallar su fundamento y su límite en la culpabilidad, sino en las exigencias de la prevención general y de la prevención especial (11). Pero la exclusión de la responsabilidad objetiva sólo puede basarse, como veremos, en el principio de culpabilidad.

2.º, pp. 642 y ss. El que sea justa la pena adecuada a la medida de la culpabilidad supone el reconocimiento previo de la culpabilidad como elemento esencial del delito. Sólo entonces el derecho a la presunción de inocencia implicará también el reconocimiento del principio de culpabilidad.

(7) Véase también, en este sentido, COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, p. 412 y G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La nueva regulación del caso fortuito*, en Comentarios a la Legislación Penal, La reforma del Código Penal de 1983, Tomo V, Vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1985, pp. 92 y ss.

(8) Véase, en este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, *La nueva regulación del caso fortuito*, p. 94.

(9) Véase, por ejemplo, MIR PUIG, adiciones a la trad. de la 3.ª ed. del *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, de H. H. JESCHECK, realizada por S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE, Bosch, Barcelona, 1981, p. 584 y *Derecho Penal, Parte General*, 3.ª ed., PPU, Barcelona, 1990, p. 106, que considera preferible, por ello, un término más neutro, como el de «responsabilidad», que era el utilizado en la Propuesta alternativa de Parte General de C.P., del Grupo Parlamentario Comunista al Proyecto de Código Penal de 1980 (véase S. MIR PUIG-F. MUÑOZ CONDE, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 18, 1982, p. 612).

(10) Véase E. GIMBERNAT, *La culpabilidad como criterio regulador de la pena*, ponencia mantenida en el Coloquio internacional celebrado en Santiago de Chile bajo los auspicios del Instituto de Ciencias Penales, entre el 4 y el 12 de abril de 1973, *Revista de Ciencias Penales*, tercera época, enero-abril 1973, n.º 1, tomo XXXII, pp. 30 y ss. y ya antes en sus artículos, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, en Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho, en Homenaje al profesor Luis Jiménez de Asua, Ediciones Pannedille Buenos Aires, Argentina, 1970, pp. 495 y ss. y *El sistema del Derecho Penal en la actualidad*, separata del Anuario de Ciencia Jurídica, 1. 1971-1972 (incluidos en su libro, *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid 1990, pp. 140 y ss. y 162 y ss.; el segundo de ellos se publicó también en alemán en, *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft*, Festschrift für Heinrich Henkel, Walter de Gruyter, Berlín, Nueva York, 1974, pp. 151 y ss.

(11) Acusa la influencia de Gimbernat, GONZALO QUINTERO OLIVARES, en el libro publicado en colaboración con FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, Ediciones Destino, Barcelona, 1983, pp. 27 y ss.

Creo que debería haberse proclamado expresamente, en el nuevo Código penal español, el principio de que «No hay pena sin culpabilidad», dado su rango constitucional, como sucedía en el Proyecto de nuevo Código Penal de 1980 (art. 3.º) y en el Borrador de Anteproyecto de Código Penal, Parte General, de octubre de 1990 (art. 3.º) (12).

Por otra parte, en el nuevo Código ha tratado de conseguirse una más plena realización del principio de culpabilidad. No se ha incluido la atenuante de preterintencionalidad, del n.º 4.º del art. 9.º, del viejo Código penal (13) y se ha tratado de evitar además, la existencia de delitos calificados por el resultado. Los delitos calificados por el resultado son unas figuras delictivas formadas por una conducta básica, generalmente dolosa, y en las que se prevé la aplicación de una pena más elevada cuando de esa conducta básica se derive un ulterior resultado más grave. En la reforma urgente y parcial del viejo Código penal por la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983 se dió un paso importante para superar estos vestigios de responsabilidad objetiva, al introducirse en el párrafo segundo del artículo primero la exigencia de que concurra al menos imprudencia en relación con el resultado más grave, para que pueda aplicarse la pena más elevada (14). Con ello quedaban excluidos de estas figuras delictivas los resultados fortuitos, es decir los supuestos en que el resultado más grave se hubiera producido sin dolo ni imprudencia. En los delitos calificados por el resultado quedaban incluidos únicamente los supuestos en que los resultados más graves fueran imprudentes o dolosos (15). En ambos casos, sin embar-

(12) Véase también, en este sentido, COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, p. 414, nota 36. En la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983 (art. 3.º) y en el Proyecto de 1992 (art. 3.º) se declaraba también únicamente, como en el nuevo Código penal, que «No hay pena sin dolo o imprudencia».

(13) «La de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo». Esta circunstancia atenuante era expresión del principio del *versari in re illicita* y era contraria al principio de culpabilidad aunque se redujera su campo de aplicación, como hacía la opinión dominante, a aquellos casos en que dentro de un mismo delito el mal causado fuera mayor que el que había querido producir el sujeto; véase, a este respecto, mi conferencia, *Principales reformas del Código Penal Español introducidas en 1983. Los progresos en la realización del principio de culpabilidad*, publicada en La Ley, año IX, n.º 1919, 4 de marzo de 1988, e incluida en mi libro, *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 89-90.

(14) De acuerdo con el inciso segundo, del segundo párrafo del art. 1.º: «Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa».

(15) Véase, en este sentido, DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos calificados por el resultado y el art. 3.º del Proyecto de Código penal español de 1980*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1982, fasc. 3.º, pp. 629 y ss. y mi conferencia citada en la nota 13, *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, pp. 92-93. Consideraban, en cambio, con diferentes argumentos, que en los delitos calificados por el resultado se comprendían únicamente los supuestos en que el ulterior resultado más grave se había producido por imprudencia, QUINTERO OLIVARES-MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, Ediciones Destino, Barcelona, 1983, pp. 36-37, RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO

go, la aplicación de estas figuras delictivas llevaba a consecuencias insatisfactorias desde el punto de vista del principio de culpabilidad. Cuando los resultados más graves eran imprudentes se llegaba a una pena más elevada que la que correspondería si se apreciase un concurso ideal de delitos. Cuando el resultado más grave era doloso, el delito calificado por el resultado producía un efecto privilegiante, es decir se llegaba a una pena inferior a la resultante de la apreciación de un concurso ideal de delitos (16). En el nuevo Código Penal, de acuerdo con la opinión ampliamente mayoritaria en la moderna Ciencia del Derecho Penal Española, se han pretendido suprimir los delitos calificados por el resultado (17) y no se ha incluido, por ello, en él un precepto equivalente al del párrafo segundo del art. 1.º del viejo Código penal. En la Parte Especial hay algunas figuras delictivas, sin embargo, que es difícil interpretar de otro modo que como delitos calificados por el resultado; véanse, por ejemplo, los arts. 229.3, 231.2 y 417.1, párrafo segundo. La exigencia de que el resultado se haya producido dolosamente parece forzada. Se establece, pues, una misma pena para los supuestos en que el ulterior resultado más grave es doloso o imprudente (18).

GÓMEZ, *Derecho Penal Español, Parte General*, 18 ed., Dykinson, Madrid, 1995, pp. 443-444, M.ª LUISA MAQUEDA, *El principio de responsabilidad subjetiva: Su progresiva influencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la reforma penal de 1983*, Cuadernos de Política Criminal, n.º 31, 1987, pp. 229-230 y GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pp. 110-111. Según SUAREZ MONTES, si el resultado cualificante era doloso y estaba comprendido en otra figura delictiva más grave no debía considerarse incluido en el delito calificado por el resultado; véase, *Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo 2.º del artículo 1, en Comentarios a la Legislación Penal, La reforma del Código penal de 1983*, Tomo V, Vol. 1.º Edersa, Madrid, 1985, pp. 44-45. MIR PUIG consideraba que en los delitos calificados por el resultado, en sentido estricto, dada su finalidad agravatoria, estaría solo comprendida la combinación dolo-dolo cuando ello diera lugar a la aplicación de una pena más grave que la resultante de apreciar un concurso de delitos; véase, *Preterintencionalidad y error tras la reforma de 1983*, Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, 7, número extraordinario, agosto, 1989, pp. 101-102 y Hauptprobleme des dogmatischen Teils der spanischen Strafrechtsreform, en *Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium*, 1986, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1986, pp. 25-26. El Tribunal Supremo siguió un criterio oscilante; en algunas sentencias estimó que en los delitos calificados por el resultado se incluían únicamente los posteriores resultados más graves dolosos, cuando se hubieran producido con dolo eventual (véanse, por ejemplo, las sentencias de 30 de marzo y 3 de abril de 1985, A. 2052 y 2065, 11 de noviembre de 1987, A. 8488, 23 de abril de 1992, A. 6783 y 20 de febrero de 1993, A. 1383), mientras que en otras ocasiones consideraba asimismo incluidos los resultados imprudentes (véase, por ejemplo, las sentencias de 17 de noviembre de 1986, A. 6965 y 19 de noviembre de 1990, A. 9004).

(16) Véase, a este respecto, mi conferencia, *Principales reformas del Código Penal Español introducidas en 1983*. Los progresos en la realización del principio de culpabilidad, Estudios sobre la moderna reforma penal española, pp. 94 y ss.

(17) En contra de la supresión de estos delitos, A. CARDENAL MURILLO, *La responsabilidad por el resultado en Derecho Penal*, Edersa, Madrid, 1990, pp. 388-389 y *Naturaleza y límites de los delitos cualificados por el resultado*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1989, fasc. 2.º, pp. 598 y ss.

(18) La producción dolosa o imprudente del resultado cualificante, en las figuras delictivas mencionadas, no está incluida en otro tipo delictivo.

Ello es contrario al principio de culpabilidad (19). Deberían haberse suprimido estos delitos calificados por el resultado, creando, si se consideraba necesario otorgar una protección indirecta a otros bienes jurídicos, nuevos tipos de delitos de peligro o de delitos imprudentes (20) o unas figuras complejas, compuestas de un tipo básico doloso y un tipo doloso de peligro concreto (21). El resultado más grave, que determina la aplicación de una pena más elevada, tendrá que haberse producido, sin embargo, al menos por culpa, dado que, según el art. 5.º, no hay pena sin dolo o imprudencia (22).

EL DESARROLLO DE LA TEORÍA NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD

A fines del pasado siglo y principios de éste imperaba en la Ciencia del Derecho penal española, como en la alemana, la llamada teoría psicológica de la culpabilidad. La culpabilidad era el nexo psicológico entre el autor y el resultado delictivo. El dolo y la culpa eran concebidos como formas de la culpabilidad. Si el sujeto había actuado con conciencia y voluntad de la producción del resultado delictivo se daba el dolo, que era la forma más grave de la culpabilidad. La culpa concurría, con arreglo a la teoría psicológica, cuando el sujeto había previsto o había podido prever la posibilidad de la producción del resultado. La imputa-

(19) Véase también, en este sentido, en relación con los delitos calificados por el resultado en el viejo Código penal, SUÁREZ MONTES, *Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo 2.º del artículo 1*, pp. 47-48, MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1989 p. 81 y ADELA ASÚA, *La reforma urgente y parcial del Código Penal (LO de 25 de junio de 1983). Algunas repercusiones de la exigencia de dolo o culpa*, separata del n.º 15, de diciembre de 1983, de la Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya, pp. 20-21.

(20) Véase, en este sentido, SUÁREZ MONTES, *Los delitos cualificados por el resultado en la «Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal»*. Cuadernos de Política Criminal, n.º 22, 1984, pp. 183 y ss. y *Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo 2.º del art. 1*, p. 51.

(21) De acuerdo con la propuesta que formula Díez Ripollés, con carácter general, para los casos en que concurre el dolo de peligro del resultado más grave; véase DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos calificados por el resultado y el artículo 3.º del proyecto de Código penal español de 1980*, (II), Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1983, fasc. 1.º, pp. 124 y ss.

(22) De otra opinión, SUÁREZ MONTES, por considerar (ante un problema similar planteado en relación con la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983) que el art. 5.º (3.º de la Propuesta) sólo es aplicable al tipo del delito, pero no a los resultados cualificantes, pues de lo contrario habría que considerarlo aplicable a todos los elementos de la infracción penal y, por tanto, a las condiciones objetivas de punibilidad; véase, SUÁREZ MONTES, *Los delitos cualificados por el resultado en la «Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal»*, p. 198. Los resultados cualificantes determinan, sin embargo, un incremento de lo injusto, mientras que las condiciones objetivas de punibilidad están exclusivamente en función de consideraciones de política criminal.

bilidad o capacidad de culpabilidad era concebida como un presupuesto de la culpabilidad (23).

La teoría psicológica de la culpabilidad era el correlato del concepto causal de la acción y acusaba, como éste, la influencia del naturalismo y del positivismo en la Ciencia del Derecho Penal de fines del siglo XIX y principios del XX. Este concepto de la culpabilidad permitía hacer abstracción del problema del libre albedrío, en torno al cual existía entonces una ardua polémica, ante el auge de la concepción determinista del ser humano, por influencia del positivismo y de la teoría evolucionista de Darwin.

Frente a esta teoría psicológica de la culpabilidad, FRANK inició el desarrollo de la teoría normativa (24). Frank advierte que en los supuestos de aplicación de la causa de inculpabilidad de estado de necesidad del antiguo art. 54 del Código penal alemán, concurre el dolo. La culpabilidad no se agotaba, pues, en el nexo psicológico entre el autor y el resultado delictivo. Frank añade, por ello, a la imputabilidad y al dolo y la culpa, la normalidad de las circunstancias en las que el sujeto llevó a cabo la conducta delictiva, como elemento de la culpabilidad (25). La culpabilidad, para FRANK, es reprochabilidad.

La teoría psicológica de la culpabilidad tropezaba, además, con graves dificultades en la culpa inconsciente. En ella el autor pudo prever la posibilidad de la producción del resultado delictivo, pero no la previó. No existe, pues, en ella un nexo psicológico entre el autor y el resultado delictivo. Todos los intentos para explicar de un modo satisfactorio la culpa inconsciente, desde el punto de vista de la teoría psicológica, fracasaron (26). Ante estas dificultades, KOHLRAUSCH, en Alemania y VANNINI, en Italia, llegaron a mantener la tesis de que en la culpa inconsciente no hay culpabilidad (27).

(23) Véase, sobre la teoría psicológica de la culpabilidad, LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, V, 2.^a ed., Losada, Buenos Aires, 1963, pp. 149 y ss.

(24) En su artículo, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, publicado en el *Festschrift für die juristische Fakultät in Giessen, zum Universitätsjubiläum, en 1907*. Véase, sobre el desarrollo de la teoría normativa de la culpabilidad, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, V, pp. 163 y ss., MEZGER, *La culpabilidad en el moderno Derecho Penal*, traducción de J. M.^a NAVARRETE, prólogo y notas por JUAN DEL ROSAL, Universidad de Valladolid, 1956, pp. 13 y ss. y HANS ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, J. Schweitzer Verlag, Berlín, 1974, pp. 97 y ss. y 133 y ss.

(25) En la evolución posterior de su doctrina sustituyó las «circunstancias normales concomitantes» a la realización del hecho delictivo, como elemento de la culpabilidad, por la «motivación normal» y después por la «libertad» o «el dominio sobre el hecho»; véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, V, pp. 165-166.

(26) Véase, a este respecto, MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., C.F. MÜLLER VERLAG, Karlsruhe, 1971, p. 363, y MAURACH-ZIFF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1, 8.^a ed., C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992, p. 419.

(27) Véase, acerca de la opinión de KOHLRAUSCH, expuesta en, *Die Reform des Reichstrafgesetzbuches*, I, 1910, ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, p. 162; y OTTORINO VANNINI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Florencia, 1948, p. 123.

El desarrollo de la teoría normativa de la culpabilidad se vió favorecido por la influencia de la filosofía neokantiana, de la escuela sudoccidental alemana. GOLDSCHMIDT acentúa el carácter normativo de la culpabilidad, al considerar que ésta supone la infracción de una norma de deber, que rige la conducta interna, independiente de la norma de Derecho, que regula la conducta externa y cuya infracción determina la antijuridicidad (28). FREUDENTHAL dio un paso más y propuso el reconocimiento de la inexigibilidad de otra conducta adecuada a la norma, como una causa general, supralegal, de exclusión de la culpabilidad (29).

La teoría normativa de la culpabilidad penetró en España con cierto retraso (30), por influencia del pensamiento de MEZGER (31). Fue RODRIGUEZ MUÑOZ el primero que sustentó, en la Ciencia del Derecho Penal española, la teoría normativa de la culpabilidad (32), al encontrar puntos de apoyo para ella en nuestro viejo Código penal, concretamente en la eximente de miedo insuperable (n.º 10 del art. 8.º) y en la de encubrimiento de parientes (art. 18). Ambas se basaban según él, en la idea de la no exigibilidad de la obediencia al Derecho. Después de la ampliación de la eximente de estado de necesidad de nuestro viejo Código Penal (n.º 7 del art. 8.º), en la reforma parcial del mismo llevada a cabo en 1944 (33), considera también que el estado de necesidad, en caso de conflicto de bienes iguales es una causa de inculpabilidad basada en el principio de la no exigibilidad de otra conducta (34). A pesar de las re-

(28) GOLDSCHMIDT expuso su concepción normativa de la culpabilidad en, *Der Notstand. Ein Schuldproblem*, Österreichische Zeitschrift für Strafrecht, 1913 y en *Normativer Schuldbegriff*, en Festgabe für R. FRANK, reimpresión de la edición de Tübinga, 1930, Scientia Verlag Aalen, 1969, pp. 428 y ss. De este último artículo se publicó una traducción castellana en la Argentina, *La concepción normativa de la culpabilidad*, trad. de Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez, Depalma, Buenos Aires, 1943.

(29) FREUDENTHAL expuso su pensamiento en su obra, *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*. Zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfes zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1919, Tübinga, 1922.

(30) JIMÉNEZ DE ASÚA, en su Discurso de apertura del curso 1931-1932, en la Universidad de Madrid, mantenía aún la teoría psicológica de la culpabilidad; véase *Teoría Jurídica del Delito*, Cuadernos de Ciencia Penal y Criminología, 4, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina, 1958, pp. 81 y ss.

(31) Véase su concepción normativa de la culpabilidad, en la que rechaza la concepción de GOLDSCHMIDT de una norma de deber independiente, hace ciertas puntualizaciones a la tesis de FREUDENTHAL y destaca la configuración normativa no sólo de las causas de exclusión de la culpabilidad, sino también de la imputabilidad, así como del dolo y la culpa como formas de la culpabilidad, en el *Tratado de Derecho Penal, II*, trad. de J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949, pp. 1 y ss. y *La culpabilidad en el moderno Derecho Penal*, pp. 13 y ss.

(32) En sus notas a la 2.ª edición de su traducción del *Tratado de Derecho Penal* de MEZGER, II, 1949, pp. 6-9.

(33) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General II*, Teoría jurídica del delito / 2, pp. 21 y ss.

(34) En la tercera edición del primer tomo de su traducción del *Tratado de Derecho Penal*, de MEZGER, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, pp. 450-451.

sistencias iniciales (35), la teoría normativa de la culpabilidad se impuso en la Ciencia del Derecho penal española (36).

La doctrina de la acción finalista, al dar lugar a la inclusión del dolo y de la inobservancia del cuidado objetivamente debido en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos e imprudentes, respectivamente, marcó una nueva etapa en el desarrollo de la teoría normativa de la culpabilidad. En ella se acentúa el carácter normativo de la misma, pero no es cierto que pase a tener un carácter meramente valorativo, como estimaban WELZEL Y MAURACH (37), según los cuales se habría llegado a una plena realización del esquema sugerido por DOHNA, de estricta separación entre el objeto de la valoración y la valoración del objeto (38). En el juicio de reproche de la culpabilidad, de acuerdo con la sistemática finalista, se tiene en cuenta no sólo la acción típica y antijurídica, que constituye el objeto del mencionado juicio, sino también la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, la conciencia actual o posible de la antijuridicidad y las circunstancias del caso concreto que podrían dar lugar a la apreciación de la inexcusabilidad de la obediencia al Derecho. La distinción entre la valoración y el objeto de la misma es posible y obligada *lógicamente*, pero no cabe reducir la culpabilidad a la mera valoración. El problema consiste, más que en la distinción entre la valoración y el objeto de la misma, en la inserción *correcta* de los elementos fácticos que constituyen el objeto de la valoración entre los diversos caracteres del delito (39).

(35) Véanse las críticas del P. PEREDA, en su artículo, *El concepto normativo de la culpabilidad*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1949, fasc. 1.º, pp. 21 y ss. y ADOLFO DE MIGUEL GARCILÓPEZ, *Panorama de la culpabilidad en la dogmática penal contemporánea*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1952, fasc. 1.º, pp. 47 y 48, que se mantuvieron fieles a la teoría psicológica y las reservas de DÍAZ PALOS, en *Culpabilidad jurídico-penal*, separata de la Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Bosch, Barcelona, 1954, pp. 16 y ss. (especialmente pp. 20-21), 42 y ss., 73 y ss. y 85-86, que adoptó una postura ecléctica. En su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia DÍAZ PALOS se inclina, en cambio, claramente en favor de la teoría normativa; véase *La jurisprudencia penal ante la Dogmática jurídica y la Política Criminal*, Colex, Madrid, 1991, p. 95.

(36) Véase, por ejemplo, CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal, I, Parte General*, vol. 1.º, 18 ed., Bosch, Barcelona, 1980, pp. 423-425, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal, V*, pp. 92, 156, 172, 187-189 y 215 y ss., ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1949, pp. 188-189, y QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal, I*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pp. 269-270.

(37) Véase, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 140 y *El nuevo sistema del Derecho Penal*, Ariel, Barcelona, 1964, p. 83, MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 369 (en relación con la 366) y MAURACH-ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1, pp. 423-424 (en relación con la 422).

(38) Véase, ALEXANDER GRAF ZU DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4.ª ed., Ludwig Röhrscheid, Bonn, 1950.

(39) Véase ya, en este sentido, la nota 22 a mi traducción de, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, de HANS WELZEL, p. 83 y, en la misma línea, Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, 3.ª ed., Carl Heymanns Verlag, 1981 p. 156 (nota 510).

La culpabilidad es la reprochabilidad personal de la acción típica y antijurídica, según la opinión dominante en la moderna Ciencia del Derecho Penal española (40) y alemana (41), aunque existen considerables diferencias de opinión en torno a cuales sean los elementos y el fundamento material de la culpabilidad. Suele decirse que la culpabilidad consiste en un juicio de reproche. La expresión ha dado lugar al malentendido de que la culpabilidad sólo surge cuando un juez o tribunal aprecia su existencia. En este malentendido se basa la conocida objeción de ROSENFELD a la teoría normativa, de que «la culpabilidad de un hombre reside exclusivamente en las cabezas de otros» (42). La culpabilidad, la reprochabilidad es una cualidad inherente a la acción delictiva, cuya existencia aprecia el juez o tribunal de acuerdo con las valoraciones implícitas en el ordenamiento jurídico.

EL CONCEPTO MATERIAL DE CULPABILIDAD

El concepto de culpabilidad como reprochabilidad personal de la acción típica y antijurídica es un concepto formal, pues no indica cuál sea el fundamento de la reprochabilidad, es decir, ¿por

(40) Véase, por ejemplo, CÓRDOBA RODA, notas a su traducción del *Tratado de Derecho Penal*, de R. MAURACH, II, Ariel, Barcelona, 1962, notas 2 y 3, pp. 30-31 y 36-37; *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*, Bosch, Barcelona 1962, pp. 77-78 y *Una nueva concepción del delito*, Ariel, Barcelona, 1963, pp. 31 y ss. y 53 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español, Parte General*, 18 ed., Dykinson, Madrid, 1995, pp. 436 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal, Parte General*, Civitas, Madrid, 1977, p. 53; SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General, III, Culpabilidad, Punibilidad, Formas de aparición*, Bosch, Barcelona, 1985, pp. 4 y ss.; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 416-417, 421-422 y 425; MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 1989, pp. 119 y ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 580 y ss. y DÍAZ PALOS, *La jurisprudencia penal ante la Dogmática jurídica y la Política criminal*, p. 96.

(41) Véase, por ejemplo, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pp. 138 y ss., *El nuevo sistema del Derecho Penal*, pp. 79 y ss.; MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, pp. 362 y ss.; MAURACH-ZIPF, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, pp. 418 y ss.; JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, pp. 420 y ss. (Tratado de Derecho Penal, Parte General, pp. 378 y ss.); STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1, pp. 155 y ss.; SCHMIDHAUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 2.ª ed., J.C.B. MOHR, Tübinga, 1975, pp. 367-368; BAUMANN-WEBER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9.ª ed., Verlag E. y W. Gieseking, 1985, pp. 359 y 369 y ss.; WESSELS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 23 ed., C.F. Muller, Juristischer Verlag, Heidelberg, 1993, pp. 112 y ss.; JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2.ª ed., Walter de Gruyter, Berlin-Nueva York, 1991, pp. 475 y ss. y ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1, p. 705.

(42) Véase ROSENFELD, *Schuld und Vorsatz im v. Lisztschen Lehrbuch, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1912, tomo 32, p. 469. De esta crítica se hicieron eco en nuestro país el P. PEREDA, *El concepto normativo de culpabilidad*, pp. 29 y ss.; ADOLFO DE MIGUEL, *Panorama de la culpabilidad en la dogmática penal contemporánea*, p. 48 y DÍAZ PALOS, *Culpabilidad jurídico-penal*, pp. 17 y 20.

qué se le reprocha al sujeto la realización de la acción típica y antijurídica? (43). La respuesta a esta pregunta nos sitúa ante el problema del concepto material de la culpabilidad.

Según la opinión dominante en la Ciencia del Derecho penal española (44) y alemana (45), el fundamento de la reprochabilidad se halla en la capacidad del sujeto de obrar de otro modo. Este concepto material de la culpabilidad enlaza, como dice WELZEL (46), «con una larga tradición jurídica y filosófica». Una acción típica y antijurídica sólo es culpable si el sujeto, en la situación concreta en que se hallaba, podía haber obrado de acuerdo con las exigencias del ordenamiento jurídico. La culpabilidad es culpabilidad de la voluntad. Sólo si el sujeto podía haber adoptado en lugar de la resolución de voluntad de llevar a cabo la acción típica y antijurídica, una resolución de voluntad diferente, ha obrado culpablemente.

Este concepto material de la culpabilidad entró en crisis en la moderna Ciencia del Derecho penal española y alemana por considerarse que es imposible la comprobación empírica de si el delincuente en la situación concreta en que se hallaba, podía haber obrado o no de otro modo (47). Ante esta supuesta imposibilidad, GIMBERNAT propuso renunciar a la culpabilidad como fundamento y como límite de la pena. MUÑOZ CONDE y MIR PUIG se distancian del concepto tradicional

(43) Véase, en este sentido, especialmente, ANGEL TORÍO LÓPEZ, *El concepto individual de culpabilidad*, en Crime and Criminal Policy, Papers in Honour of Manuel López-Rey y Arrojo, UNSDRI, Franco Angeli, Milán, 1985, pp. 679 y ss.

(44) Véase, por ejemplo, CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal I. Parte General*, Vol. 1.º, pp. 423-424, aunque considera que el problema del libre albedrío está fuera del campo del Derecho Penal y se conforma con una «voluntad consciente y libre (no cohibida)» (p. 431); JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, V, p. 216, aunque, dadas sus convicciones deterministas considera únicamente que la culpabilidad presupone la libertad entendida como obrar espontáneo y motivado (p. 95); ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 192 y ss. («no habiéndose demostrado racionalmente el determinismo se mantiene la creencia en la libertad intuita por nuestra conciencia y de aceptación universal», p. 196); QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal, I*, pp. 266-267; RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español, Parte General*, pp. 432 y ss. (aunque considera que el concepto de libertad en que se basan las leyes penales consiste exclusivamente en la ausencia de coacción, p. 435); CORDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, Bosch, Barcelona, 1977, pp. 70 y ss.; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 409 y ss. y 415-417; y SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, III, pp. 17-18 y 24.

(45) Véase, por ejemplo, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pp. 138 y ss.; v. WEBER, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, Ferd. Dümmlers Verlag, Bonn, 1948, pp. 106 y ss.; MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, pp. 358 y ss.; BAUMANN-WEBER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, pp. 358 y ss., especialmente p. 368; ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, pp. 279 y ss.; y BERND SCHÜNEMANN, *Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland*, separata de Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, Duncker-Humblot, Berlín, pp. 151 y ss.

(46) Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 140.

(47) Fue decisiva, a este respecto, la crítica de Karl Engisch, en *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2.ª ed., Walter de Gruyter, Berlín, 1965, pp. 23 y ss.

de culpabilidad y formulan otros conceptos que permitan hacer abstracción del problema del libre albedrío.

LA TESIS DE GIMBERNAT

Ante la supuesta imposibilidad de demostrar, por medio de las ciencias empíricas (como la Psicología y el Psicoanálisis), que un determinado delincuente, en la situación concreta en que se hallaba podía haber obrado de otro modo, GIMBERNAT propone renunciar a la culpabilidad como fundamento y como límite de la pena (48). La pena encontraría únicamente su justificación y su medida en las exigencias de la prevención general y de la prevención especial. Esto no implica, sin embargo, según GIMBERNAT, renunciar a la exclusión de la responsabilidad objetiva. El Derecho penal debe reconocer, no obstante, «la relevancia del error invencible de prohibición, excluir la responsabilidad por el resultado y aplicar a los inimputables únicamente medidas de seguridad» (49). Es posible explicar también, según GIMBERNAT, que se sancionen con menor pena los delitos imprudentes que los dolosos sin necesidad de acudir al principio de culpabilidad, atendiendo únicamente a los fines preventivos de la pena.

Si se abandona el principio de culpabilidad, en el sentido de que ésta constituye el fundamento y el límite de la pena no es posible mantener al mismo tiempo todas sus consecuencias, como pretende GIMBERNAT (50). Si la pena encontrara su justificación y su medida únicamente en función de las exigencias de la prevención general y de la prevención especial sería preciso llegar a consecuencias muy distintas en el problema de la responsabilidad por el resultado, de la relevancia del error de prohibición y de la exclusión de la pena para los inimputables. Desde el punto de vista de la prevención general podría justificarse la existencia de los delitos calificados por el resultado (51). La aplicación de una pena más elevada cuando de una conducta básica, generalmente dolosa, se derive un determinado resultado más grave, doloso, imprudente o incluso fortuito, puede resultar eficaz desde el punto de vista de la prevención general. El sentido de los delitos calificados por el resultado consiste

(48) Véase *lug. cit.* nota 10.

(49) Véase GIMBERNAT, *La culpabilidad como criterio regulador de la pena*, p. 32.

(50) Véase ya, en este sentido y con mayor extensión, mi artículo, *Culpabilidad y pena*, publicado en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1980, fasc. 2.º, e incluido en mi libro *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 181 y ss.

(51) Véase, en este sentido, CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, pp. 46 y ss. y MERCEDES PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1986, pp. 156-157.

precisamente en el establecimiento de penas más elevadas que las resultantes de apreciar un concurso de delitos, es decir que las adecuadas a la gravedad de la culpabilidad. Para atender en mayor medida a las exigencias del principio de culpabilidad, en detrimento de las de la prevención general, se excluyeron los resultados fortuitos de los delitos calificados por el resultado en la reforma urgente y parcial de nuestro viejo Código Penal por la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983 y se han intentado excluir los delitos calificados por el resultado en nuestro nuevo Código Penal (52).

En cuanto al reconocimiento de la relevancia del error de prohibición invencible hay que señalar que en favor del principio del *error iuris nocet* (el error de Derecho perjudica, es decir, no exime de responsabilidad, cabría invocar también consideraciones de prevención general (53). La argumentación de GIMBERNAT de que la aplicación de la pena en los supuestos de error de prohibición invencible no es necesaria —es inútil desde el punto de vista de la prevención general y especial (54)— no me parece convincente. Según él, la irrelevancia del error de prohibición no aumentaría el efecto inhibitorio de la pena para los que no conocen la antijuridicidad de una conducta determinada, pues ignoran, incluso, que se encuentran en un error de prohibición. Es evidente, sin embargo, que la aplicación de una pena en los supuestos de error de prohibición invencible podría servir de acicate para examinar en cada caso, con mayor cuidado, la licitud o ilicitud de la conducta. Desde el punto de vista de la prevención especial, la persona que incurra en un error de prohibición invencible podría revelarse en algún caso, por esta misma circunstancia, como peligrosa y estar indicada la aplicación de una pena (55). La misma distinción de error vencible e invencible presupone, por otra parte, el reconocimiento de la capacidad del delincuente de obrar de otro modo en la situación concreta en que se hallaba (56).

(52) Véase *supra*, pp. 13 y ss.

(53) Véase también, en este sentido, ENRIQUE BACIGALUPO, en su intervención en el Coloquio internacional celebrado en Santiago de Chile. *Revista de Ciencias Penales*, enero-abril, 1973, p. 195 y *Bemerkungen zur Schuldlehre im Strafrecht, Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1974, p. 483; Schöneborn, *Schuldprinzip und generalpräventiver Aspekt*, *Z. Str. W.*, tomo 88, 1976, p. 354; Burkhardt *Das Zweckmoment im Schuldbegriff*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 1976, pp. 336-337; GUNTER STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, *Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe*, C. F. Müller, 1977, p. 15 y 18 y ss.; y MERCEDES PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, p. 152.

(54) Véase GIMBERNAT, *El sistema del Derecho Penal en la actualidad*, pp. 283 y ss.

(55) Véase, en este sentido, CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, p. 43 y Stratenwerth, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, pp. 35-36.

(56) Como señalé ya en el Coloquio Internacional celebrado en el Instituto de Ciencias Penales, de Chile, en abril de 1973; véase *Revista de Ciencias Penales*, enero-abril, 1973, pp. 189 y 204. Véase también, en este sentido, CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, pp. 43-44.

El aplicar a los inimputables únicamente medidas de seguridad, no puede fundamentarse en las exigencias de la prevención general. Según GIMBERNAT: «Por la escasa o nula 'motivabilidad' del inimputable, la pena no supone para él, *ex ante*, un factor inhibitorio». Por otra parte, sigue diciendo GIMBERNAT: «La impunidad del loco en nada relaja la eficacia inhibitoria de la pena frente a los 'imputables'; éstos no se identifican con aquél, se saben distintos y saben también, por consiguiente, que a ellos sí les van a castigar si hacen lo mismo que el enajenado delincuente» (57). No me parece convincente sin embargo, la tesis de que la aplicación de una pena a las personas comprendidas en las eximentes de anomalía o alteración psíquica carezca siempre de sentido desde el punto de vista de la prevención general y la prevención especial (58). Estas personas pueden ser, en algún caso y en alguna medida, susceptibles de intimidación y con mayor razón puede serlo el resto de la colectividad. En la aplicación de una pena a los que padezcan una anomalía o alteración psíquica se puede atender, hasta cierto punto, a las exigencias de la prevención especial (59).

No es posible explicar tampoco la menor punición de los delitos imprudentes en relación con los dolosos desde el punto de vista de la prevención general y de la prevención especial (60). Los delitos imprudentes son mucho más frecuentes y podría considerarse, por ello, necesario sancionarlos con mayor pena que los correspondientes delitos dolosos. Los homicidios por imprudencia son mucho más numerosos que los homicidios dolosos; piénsese, por ejemplo, en los homicidios imprudentes cometidos en el tráfico motorizado. El argumento de GIMBERNAT (61) de que la elevación de la pena de los delitos imprudentes sería ineficaz desde el punto de vista de la prevención general, porque en ellos el sujeto confía precisamente en que el resultado no se produzca y éste puede ser más grave aún que la pena, no me parece convincente. El legislador podría establecer unas penas más elevadas para los delitos de peligro, es

(57) Véase GIMBERNAT, *El sistema del Derecho Penal en la actualidad*, pp. 282-283 y ya antes, en *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, pp. 517-518.

(58) Véase también, en este sentido, SCHÖNEBORN, *Schuldprinzip und general-präventiver Aspekt*, p. 351; BURKHARDT, *Das Zweckmoment im Schuldbegriff*, pp. 336-337; CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, pp. 39 y ss.; STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, pp. 12 y ss, 16 y ss., y 43 y ss.; MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1982, pp. 96 y ss. y *Derecho Penal, Parte General*, p. 587; y MERCEDES PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, pp. 149 y ss.

(59) Véase también, en este sentido, STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, pp. 35-36.

(60) Véase también, en este sentido, MERCEDES PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, pp. 157-159.

(61) Véase GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, pp. 515-516, y su intervención en el Coloquio Internacional celebrado en el Instituto de Ciencias Penales, de Chile, Revista de Ciencias Penales, enero-abril, 1973, pp. 192-193.

decir para las conductas que no observan el cuidado objetivamente debido (imprudencia sin resultado). Replica GIMBERNAT que con ello se produciría un caos valorativo, que afectaría a la eficacia de la pena desde el punto de vista de la prevención general (62). El caos consistiría, sin embargo, únicamente en que se subvertirían las valoraciones sociales actualmente vigentes, que se basan como ha señalado ROXIN, precisamente en el principio de culpabilidad (63). Si se justifica únicamente la pena por sus efectos preventivos, es preciso llevar a cabo una subversión de valores. Entre las conductas que atentan o lesionan un mismo bien jurídico —por ejemplo, la vida— habría que sancionar con mayor pena aquéllas cuya frecuencia sea mayor, si se atiende a las exigencias de la prevención general. Desde el punto de vista de la prevención especial, la peligrosidad del delincuente, es decir la probabilidad de que vuelva a delinquir en el futuro, debería ser el criterio decisivo. Por otra parte, el concepto mismo de imprudencia presupone el reconocimiento de la posibilidad de obrar de otro modo en la situación concreta (64). No en cuanto a la inobservancia del cuidado objetivamente debido, elemento del tipo de lo injusto de los delitos imprudentes (65), pero sí en cuanto a la capacidad de observar dicho cuidado.

El análisis crítico de la tesis de GIMBERNAT pone claramente de manifiesto la autonomía del principio de culpabilidad frente a las exigencias de la prevención general y la prevención especial (66). La cul-

(62) Véase GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, pp. 509 y ss., y sus intervenciones en el Coloquio Internacional celebrado en el Instituto de Ciencias Penales, de Chile, *Revista de Ciencias Penales*, enero-abril, 1973, pp. 201-202.

(63) Véase la intervención de ROXIN en el Coloquio Internacional celebrado en el Instituto de Ciencias Penales, de Chile, *Revista de Ciencias Penales*, enero-abril 1973, p. 206.

(64) Véanse mis intervenciones en el Coloquio Internacional celebrado en el Instituto de Ciencias Penales, de Chile, *Revista de Ciencias Penales*, enero-abril, 1973, pp. 189 y 204.

(65) Aquí, como señaló GIMBERNAT, la simple constatación de que la conducta del sujeto no responde al cuidado objetivamente debido no implica el reconocimiento de la capacidad de obrar de otro modo; véase la intervención de GIMBERNAT en el Coloquio Internacional celebrado en el Instituto de Ciencias Penales, de Chile, *Revista de Ciencias Penales*, enero-abril, 1973, p. 198.

(66) No me parece convincente, por ello, la tesis de JAKOBS, de que la culpabilidad sea un mero reflejo de las exigencias de la prevención general: véase JAKOBS, *Schuld und Prävention, Recht und Staat, 1976 y Strafrecht. Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1991, pp. 469-470 y 480 y ss. Véase una crítica detallada de la tesis de JAKOBS, en Stratenwerth, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, pp. 23 y ss. y 29 y ss., BERND SCHÜNEMANN, *Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, en Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1984, pp. 170 y ss. (La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo, en *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*, trad. por J. M.ª Silva Sánchez, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 159 y ss.). Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland, separata de *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, Duncker-Humblot, Berlín, pp. 158-159, MERCEDES

pabilidad aparece así como un baluarte, en aras del respeto a la dignidad de la persona, frente a las exigencias desmesuradas de la prevención. Si la medida de la pena se determinara exclusivamente en función de las exigencias de la prevención general, aunque no se la conciba como mera intimidación, sino que se incluya en ella la función de ejemplaridad de la pena (67), o se hable de una prevención general positiva o integradora (68), se podría llegar fácilmente a la aplicación de penas desproporcionadas a la gravedad del delito, a la medida de lo injusto culpable (69). Esto implicaría un grave atentado a la dignidad de la persona humana, pues se utilizaría al delincuente como un mero instrumento para tratar de evitar la comisión de nuevos delitos en el futuro. Si la medida de la pena estuviera exclusivamente en función de las exigencias de la prevención especial, habría que aplicar a los delincuentes peligrosos penas muy elevadas, aunque hubieran cometido delitos de escasa gravedad.

EL CONCEPTO MATERIAL DE CULPABILIDAD DE MUÑOZ CONDE

MUÑOZ CONDE rechaza el concepto tradicional de culpabilidad, dada la imposibilidad de demostrar si una persona determinada, en la situación concreta en que se hallaba, podía o no obrar de otro modo (70). Por otra parte, considera que aunque pudiera demostrarse la capacidad de obrar de otro modo, dicha capacidad no podría servir de fundamento material de la culpabilidad. En el estado de necesidad como causa de inculpabilidad (n.º 5.º del art. 20 del nuevo Código penal) o en la eximente

PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, pp. 168 y ss. y ROXIN, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil I, pp. 713-714. También ACHENBACH considera que la imputación subjetiva (término que, según él, debe sustituir al de culpabilidad, por la imprecisión de que adolece este último) está exclusivamente en función de las exigencias de la prevención general positiva; véase HANS ACHENBACH, *Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld*, en *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, pp. 137 y ss. y 140 y ss.

(67) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, I, pp. 25 y 31.

(68) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, I, pp. 25, nota 37.

(69) De otra opinión ACHENBACH (*lug. cit.*, pp. 143-145 y 151), por considerar que la prevención general positiva, que concibe como reafirmación del ordenamiento jurídico mediante el fomento de la fidelidad al Derecho, halla su límite en la pena sentida como justa; pero, como señala ROXIN, sólo es sentida como justa, por los ciudadanos, una pena si la consideran adecuada a la medida de la culpabilidad; véase ROXIN, *Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?*, en *Schw. Z. f. Strafrecht*, 1987, fasc. 4.º, p. 364.

(70) Véase F. MUÑOZ CONDE, *El principio de culpabilidad*, III Jornadas de Profesores de Derecho Penal, Universidad de Santiago de Compostela, 1976, p. 223 y *Teoría general del delito*, pp. 120 y 123.

de miedo insuperable (n.º 6.º del art. 20) el autor pudo obrar de otro modo y, sin embargo, está excluida la culpabilidad (71).

Lo importante, dice Muñoz Conde, no es si el sujeto pudo elegir entre varias formas de conducta, sino si pudo abstenerse de realizar la conducta prohibida por la norma. El concepto material de culpabilidad hay que deducirlo, por ello, de la función de motivación de la norma. La culpabilidad, desde el punto de vista material, presupone la capacidad de motivación por la norma (72).

La capacidad de motivación por la norma requiere la participación del individuo en los bienes jurídicos objeto de protección. Ello supone que el autor por convicción no obra culpablemente. Si infringe la norma por considerarla carente de obligatoriedad en conciencia, para él, dadas sus convicciones religiosas, morales o políticas, faltará no sólo la culpabilidad moral, sino también la culpabilidad jurídica (73). MUÑOZ CONDE hace una salvedad, sin embargo, en relación con los bienes jurídicos esenciales para la vida en común, como la vida, la salud y la libertad, y en caso de intromisión en una esfera jurídica ajena (74). Destaca, por ello, la impor-

(71) Véase F. MUÑOZ CONDE, *El principio de culpabilidad*, pp. 224-225, *Über den materiellen Schuldbegriff*, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1978, fasc. 2.º, marzo, pp. 68-69 y *Teoría general del delito*, p. 121 (aunque en esta segunda edición pasa a concebir la exigente de estado de necesidad, en todo caso, como una causa de justificación; véase p. 101).

(72) Véase F. MUÑOZ CONDE, *Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform*, en *Strafrecht und Strafrechtsreform*, Carl Heymann's Verlag, 1974, pp. 324 y ss., *El principio de culpabilidad*, pp. 229 y ss., *Über den materiellen Schuldbegriff*, pp. 73-74, y *Teoría general del delito*, p. 123. En sus trabajos posteriores, MUÑOZ CONDE considera imprescindible el recurso a un elemento normativo para delimitar la existencia de la capacidad de motivación y, por tanto de culpabilidad en sentido material y dicho elemento viene suministrado por las exigencias de la prevención general en una sociedad y en un momento determinado; véase, su Introducción a *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, recopilación de artículos de ROXIN, traducidos por él al castellano, Reus, Madrid, 1981, pp. 34-36. Culpabilidad y prevención general, en *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1982, pp. 166 y ss. y *Monismo y dualismo en el Derecho Penal Español*, Estudios Penales y Criminológicos, VI, Universidad de Santiago de Compostela, 1983, pp. 228 y ss. (publicado también en alemán, *Monismus und Dualismus im spanischen Strafrecht*, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1984, fasc. 5.º, pp. 224 y ss.). Con ello, abandona, en realidad, su interesante concepción y viene a coincidir sustancialmente con JAKOBS, para el que la culpabilidad es únicamente reflejo de la prevención general. Según MUÑOZ CONDE: «La pena adecuada a la culpabilidad puede cumplir perfectamente la función preventiva general, porque si se entiende la culpabilidad como aquí lo hacemos, es la pena adecuada a la culpabilidad también una pena adecuada desde el punto de vista preventivo general» (Introducción, pp. 35-36). Véase, a este respecto, *supra*, p. 24, nota 66.

(73) Véase MUÑOZ CONDE, *Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform*, pp. 326 y ss., *El principio de culpabilidad*, pp. 231 y ss. y *Über den materiellen Schuldbegriff*, pp. 74 y ss.

(74) Véase MUÑOZ CONDE, *Über den materiellen Schuldbegriff*, pp. 75-76. En su trabajo anterior, *Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform*, pp. 327-328, consideraba, en cambio, que el autor por convicción, cuando no respetaba por motivos de conciencia bienes jurídicos esenciales, no obraba culpablemente. Se revelaba como una persona incapaz de vivir en sociedad, como un inimputable, al que podían aplicarse me-

tancia de la forma del ataque; particularmente, toda omisión que se base en una decisión de conciencia no será culpable (75).

Por último, MUÑOZ CONDE considera que el rol o papel social del individuo es otro elemento del concepto material de culpabilidad, pues sirve para delimitar el ámbito de la exigibilidad de la obediencia al Derecho (76).

El concepto material de culpabilidad, como capacidad de motivación por la norma, sólo permite hacer abstracción del problema del libre albedrío de un modo aparente (77). El conocimiento actual o posible de las normas (prohibiciones o mandatos) y la participación en los bienes jurídicos no permiten, por sí solos, fundamentar un juicio de desvalor sobre el autor, si éste no podía obrar de otro modo. Por ello ROXIN, que concibe la culpabilidad como capacidad de motivación por la norma, susceptible básicamente de comprobación empírica mediante los conocimientos de la Psicología y la Psiquiatría, considera imprescindible introducir en la culpabilidad un elemento normativo. El sujeto, cuya capacidad de autodeterminación, y, por tanto, de motivación por la norma estén intactas, es tratado como si fuera libre; se le atribuye la capacidad de obrar conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico. La culpabilidad es, por ello, según ROXIN, un concepto mixto empírico-normativo (78).

didadas de seguridad. Véase una acertada crítica de esta solución, propuesta inicialmente por MUÑOZ CONDE, en CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y Pena*, pp. 30-31, por considerar, con razón, que «manifiesta un riesgo para las garantías de la persona, a nuestro juicio intolerable».

(75) Véase *Über den materiellen Schuldbegriff*, p. 75, donde apunta, incluso la posibilidad de que quede excluida en esos casos la antijuridicidad de la conducta.

(76) Véase *Über den materiellen Schuldbegriff*, pp. 76 y ss.

(77) La objeción es válida también respecto al concepto material de culpabilidad, como capacidad de motivación por la norma o por la amenaza penal, sustentado por E. BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, 2.ª ed., Akal, Jure, Madrid, 1990, pp. 176-177.

(78) Véase ROXIN, *Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?*, pp. 368-369 y *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, pp. 715 y 717-718. ROXIN considera que, al no poderse probar empíricamente la capacidad de obrar de otro modo, la pena no puede hallar su justificación en la culpabilidad y rechaza, por ello, su carácter retributivo y que su imposición pueda suponer un reproche ético. Admite ya, sin embargo, que la culpabilidad no sólo es el límite (en aras de las exigencias del Estado de Derecho), sino también uno de los fundamentos de la pena. Esta se basa en la culpabilidad y en su necesidad, desde el punto de vista de la prevención general y la prevención especial. Propone ROXIN sustituir la culpabilidad por la responsabilidad, como elemento esencial del delito. La responsabilidad sólo concurrirá cuando, existiendo culpabilidad, la pena fuese además necesaria desde el punto de vista preventivo. En las causas de inculpabilidad basadas en la idea de la no exigibilidad de otra conducta, las denominadas causas de disculpa en la Ciencia del Derecho Penal alemana (véase a este respecto, mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, II, p. 34, nota 120), existe culpabilidad, pero la pena no es necesaria desde el punto de vista de la prevención general y de la prevención especial; véase, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, pp. 700-702. En nuestro país se ha adherido a la tesis de Roxin, con algunas matizaciones, M. PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la*

El requisito de la participación en los bienes jurídicos para la afirmación de la existencia de culpabilidad, en sentido material, me parece rechazable, pues haría depender la vigencia del ordenamiento jurídico de la aceptación en conciencia de sus normas por los ciudadanos. En el autor por convicción, por ejemplo, el insumiso, que rechaza no sólo el servicio militar, sino también la prestación social sustitutoria (79), o el padre, testigo de Jehová, que rechaza, por sus creencias religiosas que se le haga una transfusión de sangre a su hijo menor de edad, en una intervención quirúrgica y como consecuencia de ello fallece (80), no hay culpabilidad moral, pero sí culpabilidad jurídica (81), (82). Al influir la

imputación subjetiva y de la pena, pp. 191 y ss. y 197 y ss., que hace una exposición y análisis crítico de la evolución del pensamiento de Roxin en materia de culpabilidad. Véase mi crítica de la concepción originaria de Roxin, según la cual la culpabilidad debía ser el límite, pero no el fundamento de la pena, en mi artículo, Culpabilidad y pena, en *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 186 y ss. En ella ponía de manifiesto también que las causas de inculpabilidad no pueden explicarse exclusivamente en función de las exigencias de la prevención general y de la prevención especial; la culpabilidad desempeña también en ellas un papel decisivo (véase pp. 191 y ss.).

(79) Realiza el tipo delictivo del art. 527 del nuevo Código penal.

(80) Realiza el tipo del delito de omisión de socorro del art. 195 y del homicidio por omisión (art. 138, en relación con el art. 11), debiendo aplicarse este último al tratarse de un concurso de leyes a resolver con arreglo al principio de la alternatividad (art. 8, 4.º del Código penal).

(81) Consideran también, en la Ciencia del Derecho Penal española, que en la conducta del autor por convicción no queda excluida la culpabilidad jurídica, CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, pp. 30-31, TORIO, *Indicaciones metódicas sobre el concepto material de culpabilidad*. Cuadernos de Política Criminal, n.º 36, 1988, p. 761. RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español, Parte General*, pp. 440-441, COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 408-409, SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, III, p. 18 y MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, p. 577. TAMARIT, apartándose de la opinión mayoritaria, cree posible excluir, en algunos casos, la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad en la actuación del autor por convicción con base en la idea de la no exigibilidad de otra conducta; véase JOSEP M.º TAMARIT, *La libertad ideológica en el Derecho Penal*, PPU, Barcelona, 1989, pp. 422 y ss. GÓMEZ BENÍTEZ cree posible aplicar al autor por convicción una causa suprallegal de exclusión de la punibilidad, invocando las normas constitucionales sobre los fines de la pena, cuando la aplicación de una pena no sea necesaria. Propone que se exija como requisitos, para ello, la motivación de conciencia, la no invasión de una esfera jurídica ajena y la finalidad de preservar un bien jurídico penalmente protegido. Véase JOSÉ MANUEL GÓMEZ BENÍTEZ, «Consideraciones sobre lo antijurídico, lo culpable y lo punible, con ocasión de conductas típicas realizadas por motivos de conciencia», publicado en, *Ley y conciencia*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1993, pp. 78-80. CARLOS PÉREZ DEL VALLE cree que en el autor de conciencia o en el hecho de conciencia, falta la responsabilidad por el hecho, elemento del concepto del delito, intermedio entre la antijuridicidad y la culpabilidad, cuyo reconocimiento propugna en nuestro país BACIGALUPO; véase CARLOS PÉREZ DEL VALLE, *Conciencia y Derecho Penal. Límites a la aplicación del Derecho Penal en comportamientos de conciencia*, Editorial Comares, Granada, 1994, pp. 284 y ss. y especialmente 294 y ss. y sobre la responsabilidad por el hecho, *infra*, pp. 39 y ss. (la disminución de lo injusto, del desvalor de la acción y del desvalor del resultado, se daría, en estos casos, como consecuencia de la irradiación del art. 16 de la Constitución, donde se garantiza la libertad de conciencia). La sentencia 75/92, de 3 de febrero, del Juzgado de lo Penal n.º 4, de Madrid, aplicó a un insumiso la

índole de los motivos en la medida de la culpabilidad (83), es posible tener en cuenta, sin embargo la motivación ética del autor por convicción en la medición de la pena, en el margen de arbitrio judicial que concede

eximente de estado de necesidad, del n.º 7 del art. 8.º, del viejo Código penal, como causa de justificación. El criterio es rechazable, pues la prestación social sustitutoria no es un mal, de acuerdo con las valoraciones del Derecho (véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General II*, pp. 19-20). El Juzgado de lo Penal n.º 25 de Madrid, en la sentencia 279/92 de 20 de mayo, rechazó, en cambio, la aplicación a un insumiso de las eximentes de estado de necesidad (por inexistencia de un mal en sentido jurídico) y de obrar en cumplimiento de un deber, del n.º 11 del art. 8.º del viejo Código penal (por no ser suficiente un deber moral para la aplicación de esta eximente); informa de estas sentencias, GÓMEZ BENÍTEZ, «Consideraciones sobre lo antijurídico, lo culpable y lo punible», con ocasión de conductas típicas realizadas por motivos de conciencia, pp. 75, nota 12 y 82 y ss.

(82) En la Ciencia del Derecho Penal alemana, la opinión dominante considera que en la actuación del autor por convicción no quedan excluidas ni la antijuridicidad ni la culpabilidad; véase, por ejemplo, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pp. 176-177 (aunque considera que en estos casos desaparece el aspecto negativo de la reprochabilidad y la decisión en conciencia debería hallar reconocimiento mediante la aplicación de una pena desprovista de todo carácter discriminatorio), MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 412, MAURACH-ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, pp. 470-471 (únicamente considera que la decisión en conciencia puede desempeñar un papel en la interpretación de algún elemento del tipo o de algunos requisitos de las causas de justificación o las causas de inculpabilidad, por ejemplo en la determinación de la exigibilidad de otra conducta), BAUMANN-WEBER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 365, WESSELS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 115, SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, pp. 425 y ss., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch*, pp. 190-191 y 217-218, JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, pp. 414-415 (*Tratado de Derecho Penal, Parte General*, pp. 372-373) (aunque admiten la posibilidad de apreciar una causa supralegal de exclusión de la culpabilidad, en las omisiones por motivos de conciencia; véase *Lehrbuch*, pp. 505-6 (*Tratado*, p. 578) y LENCKNER, en Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, pp. 517-519 (aunque admite la posibilidad de excluir la exigibilidad en los delitos de comisión por omisión; véase pp. 518-519, n.º 120). De otra opinión, ARTHUR KAUFMANN, *Das Schulprinzip*, pp. 128-129, por considerar que materialmente no hay culpabilidad jurídica ni culpabilidad moral. Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, pp. 182-183 admite, en algunos casos, la aplicación por analogía del estado de necesidad, como causa de inculpabilidad, regulada en el art. 35 del Código penal alemán. Según JAKOBS, de acuerdo con su concepción funcional de la culpabilidad, en los supuestos de auténtico conflicto de conciencia (en que el autor no tiene posibilidad de otra forma de conducta adecuada a su personalidad y conforme a Derecho), la exclusión de la culpabilidad —desde el punto de vista de la no exigibilidad— depende de que se pueda resolver el conflicto de otra manera, lo cual depende, a su vez, de que la exclusión de la culpabilidad suponga o no un menoscabo del ordenamiento jurídico. En general se dará dicho menoscabo, pero excepcionalmente puede no ser así y se puede reconocer un déficit total o parcial de socialización; véase *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, pp. 577 y ss. y sobre los supuestos en que cabe una exclusión o atenuación de la culpabilidad, pp. 580-582. Roxin distingue entre autor por convicción y autor por motivos de conciencia y en este último caso admite, en ocasiones, cuando se trate de supuestos amparados por el art. 4.º de la Constitución (de la República Federal Alemana), donde se proclama la libertad de conciencia, la ausencia de responsabilidad, por falta de necesidad de pena desde el punto de vista preventivo; véase *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I*, pp. 840 y ss. y especialmente 847 y ss. (admite, incluso, la falta de tipicidad, cuando el Estado tiene a su disposición, para conseguir sus fines, otras alternativas que no afectan a la libertad de conciencia; véase pp. 843, n.º 109 y 847, n.º 120).

(83) Véase *infra*, p. 37.

la regla 1.^a del art. 66 (84), o aplicar por analogía y en su caso, como muy cualificada, la atenuante de arrebató u obcecación (circunstancia 6.^a, en relación con la 3.^a, del art. 21) (85).

El rol o papel que el individuo desempeña en la sociedad y los deberes jurídicos inherentes al mismo influyen, sin duda, en la medida de la exigibilidad de la obediencia al Derecho.

EL CONCEPTO MATERIAL DE CULPABILIDAD DE MIR PUIG

MIR PUIG parte también de la imposibilidad de demostrar empíricamente la capacidad de obrar de otro modo y muestra, incluso, su inclinación por la hipótesis determinista (86). Rechaza, sin embargo, la concepción material de la culpabilidad como capacidad de motivación por la norma, pues por un lado considera que dicha capacidad de motivación condiciona ya lo injusto (87) y por otra parte, señala que la capacidad de motivación no está excluida en los inimputables y concurre, sin duda, en los que actúan en una situación de inexigibilidad (causas de inculpabilidad basadas en la no exigibilidad de otra conducta, las denominadas causas de disculpa en la Ciencia del Derecho penal alemana) (88).

La culpabilidad consiste, desde el punto de vista material, según MIR PUIG, en la capacidad de *motivación normal* por las normas jurídicas, capacidad que está excluida en los inimputables y en los que obran en una situación de inexigibilidad (89).

Subraya MIR PUIG que la culpabilidad representa un límite a las exigencias de la prevención en el Estado social y democrático de Dere-

(84) Según la regla 1.^a del art. 66: «Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho razonándolo en la sentencia».

(85) Véase, en este sentido, TAMARIT, *La libertad ideológica en el Derecho Penal*, pp. 442-443, y sobre la apreciación de atenuantes por analogía, mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, II*, pp. 115 y ss.

(86) Véase, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 1982, pp. 93-94 y *Derecho Penal, Parte General*, p. 585.

(87) Véase, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, pp. 102 y ss. y *Derecho Penal, Parte General*, pp. 592-593.

(88) Véase, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, pp. 96-97 y *Derecho Penal, Parte General*, pp. 587-588. Me parece más adecuado el término causas de disculpa que el de «causas de exculpación», que utiliza Mir Puig, pues permite una más clara delimitación terminológica respecto a las causas de exclusión de la culpabilidad (véase, sobre esta distinción en la Ciencia del Derecho penal alemana, *lug. cit.*, en la nota 78).

(89) Véase, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, pp. 99 y ss., *Derecho Penal, Parte General*, pp. 577-578 y 588 y ss. y ya antes en ediciones a la trad. de la 3.^a ed. del *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, de H. H. JESCHKE, I, pp. 573 y 584.

cho. La culpabilidad y la pena quedan excluidas aunque el sujeto fuera aun susceptible de motivación y la pena pudiera desplegar, por tanto, una eficacia preventiva. Según MIR PUIG, «la culpabilidad no faltaría por no ser necesaria la pena, sino viceversa, que *la posibilidad de pena encontraría un límite (normativo) en la falta de culpabilidad*» (90).

La inclusión de la capacidad de motivación en lo injusto me parece rechazable. La antijuridicidad implica simplemente una relación objetiva de contradicción entre una acción u omisión humana y la norma (prohibición o mandato). Esta se basa, a su vez, en un juicio desvalorativo de carácter objetivo, general, sobre ciertas acciones u omisiones con independencia de quién las lleve a cabo (91).

Se ha objetado a Mir Puig que la capacidad de motivación normal por las normas jurídicas implica la capacidad de obrar de otro modo (92). MIR PUIG lo rechaza, con razón, pues según él, «el culpable lo es no porque tuviera '*capacidad normal de motivación*', en el sentido de que pudiera haberse motivado a sí mismo en una medida normal a actuar de otro modo —lo que ciertamente supondría la libertad de la voluntad— sino porque *pudo ser* (en pasiva) y *fue motivado* normalmente aunque el motivo representado por la norma no lograra imponerse frente a otros motivos» (93). La distinción es nítida, pero la simple capacidad pasiva de motivación no puede servir de base a la atribución del hecho a su autor, como persona, si éste no podía obrar de otro modo, es decir, no podía ser «motivado con éxito» para obrar de acuerdo con las exigencias del ordenamiento jurídico.

HACIA UN CONCEPTO EMPÍRICO-NORMATIVO DE CULPABILIDAD CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

Antes de tomar posición ante el problema del concepto material de culpabilidad es preciso hacer algunas matizaciones a la tesis de que no se puede comprobar empíricamente si una persona determinada, en una situación concreta, pudo obrar o no de otro modo.

HENKEL, en un penetrante análisis de los límites de la comprobación empírica de la capacidad de autodeterminación del ser humano, considera que algunos elementos relevantes para el juicio de culpabilidad son susceptibles de comprobación (94). Si el autor pudo o no, en la

(90) Véase, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 98, y *Derecho Penal, Parte General*, p. 588.

(91) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, I, pp. 368 y ss.

(92) Véase Carbonell, en J.C. CARBONELL MATEU, J. L. GÓMEZ COLOMER, J. B. MENGUAL LULL, *Enfermedad mental y delito*, Civitas, Madrid, 1987, p. 32.

(93) Véase *Derecho Penal, Parte General*, pp. 590-591, nota 38.

(94) Véase HENKEL, *Die Selbstbestimmung des Menschen als rechtsphilosophisches Problem, Festschrift für Karl Larenz*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1973, pp. 23 y ss.

concreta situación, prever el curso externo de la acción y las repercusiones de la misma (la producción de un determinado resultado de lesión o peligro), «puede considerarse enjuiciable mediante un suficiente número de comprobaciones del grado de inteligencia y de la experiencia de la vida del autor». «Lo mismo sucede —dice HENKEL— con la pregunta acerca de si el autor, de acuerdo con su personalidad, tal como se ofrece al que formula el juicio, podía comprender el desvalor o lo injusto de su conducta». No son susceptibles de comprobación empírica, individualizada, en cambio, otros factores: «Si el autor tenía la posibilidad concreta de asumir emocionalmente el fin de su conducta considerado como ‘correcto’ por su razón, es decir, si su razón podía desencadenar los impulsos emocionales del sentimiento del valor y del deber, que hubieran sido apropiados para mover la voluntad en esa dirección. Tiene que quedar también sin respuesta la pregunta de si el autor tenía la posibilidad de aportar mediante su voluntad la energía que hubiera sido necesaria para superar las inhibiciones y resistencias que se derivaban de las circunstancias externas y (o) de impulsos contrapuestos de la esfera vital o del sentimiento». Es cierto, por tanto, como concluye Henkel, que no cabe un juicio global empíricamente comprobable de la capacidad de obrar de otro modo del delincuente en la situación concreta. Esta comprobación sólo puede realizarse respecto a aspectos parciales, aunque de gran trascendencia para el juicio de culpabilidad.

Las dificultades del enjuiciamiento de la capacidad del delincuente para obrar de otro modo, en la situación concreta, no se resuelven sustituyendo este juicio por el de la capacidad de autodeterminación de otra persona en la misma situación. Ni siquiera si para ello se recurre a la figura del ser humano dotado de una capacidad de autodeterminación media (95). La capacidad de decisión o la fuerza de voluntad media no es susceptible tampoco de comprobación empírica. Se trataría necesariamente de un criterio normativo (96), en cuya concreción influirían, sin

(95) Véase, en este sentido, por ejemplo, JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, pp. 410-11 y 427 y ss. (*Tratado de Derecho Penal, Parte General*, pp. 369-370, 386-387); HENKEL, *Die Selbstbestimmung des Menschen als rechtsphilosophisches Problem*, p. 25; LENCKNER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 24 ed., C.H. Beck, Munich, 1991, p. 171 (n.º 110); Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, pp. 18 (n.º 13) y 157 (n.º 513); y ARTHUR KAUFMANN, *Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht*, p. 282 («El juicio de culpabilidad se basa siempre en una analogía»). CÓRDOBA RODA invoca también un criterio generalizador al afirmar: «De admitir, conforme a autorizada doctrina, que existen dificultades prácticamente insuperables para poder llegar a afirmar, en virtud de un juicio *individualizador*, que el sujeto concreto disponía de la indicada libertad de actuación o sufría alguna de las referidas alteraciones, entendemos que las referidas situaciones de ausencia o aminoración de capacidad deben ser concebidas como aquellos estados que producen un tal efecto de ausencia o disminución en *cualquier persona* en la que concurra el conjunto de elementos integrantes de la respectiva situación»; véase CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, p. 70.

(96) En este sentido, expresamente, JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, pp. 410-11 (*Tratado de Derecho Penal, Parte General*, pp. 386-387).

duda, las exigencias de la prevención general y la prevención especial, lo cual podría afectar a la función de la culpabilidad como límite de la prevención. Por otra parte, el criterio es sumamente insatisfactorio, pues lo decisivo es saber si el delincuente pudo obrar de otro modo en la situación en que se hallaba. Cuando se pueda demostrar que no pudo obrar de otro modo (por ser su error de prohibición invencible, por ejemplo), sería injusto afirmar la existencia de culpabilidad porque otra persona en su lugar hubiera podido hacerlo (97).

El concepto material de culpabilidad ha de ser coherente con el concepto del ser humano que inspira la Constitución (98). Nuestra Constitución, que consagra un Estado social y democrático de Derecho, se basa, sin duda, en la concepción del hombre como persona, como ser responsable, como un ser capaz de autodeterminación conforme a criterios normativos (99).

Esta concepción del hombre es, por otra parte, la predominante en la moderna Antropología y la que se deduce de las investigaciones de psicología comparada de los seres humanos y los animales (100). La inteligencia humana y la riqueza de formas de conducta del ser humano no se deben a un mayor grado de desarrollo y diferenciación de los instintos animales (como se suponía en la concepción determinista del hombre que predominaba a fines del siglo pasado y principios de éste), sino, al contrario, a una drástica reducción de las formas innatas de conducta. Esta desvinculación de los instintos sería fatal para la supervivencia del

(97) Véase también, en este sentido, TORÍO, *El concepto individual de culpabilidad*, p. 683, («El sujeto no es penado por su propia culpabilidad, sino atendiendo a la de otro, es decir a la culpabilidad de un sujeto hipotético, imaginario, que en esa situación hubiera procedido de un modo diverso a como lo hizo el hombre real»), que reivindica, con razón, un concepto individual de culpabilidad frente al llamado concepto «general» o «social», que atiende a la capacidad de autodeterminación media (véase especialmente pp. 685 y ss.) Véase también, en este sentido, el artículo de TORÍO, «Indicaciones metódicas sobre el concepto material de culpabilidad», pp. 760-762 (donde propone, como Achenbach, en Alemania —véase supra nota 66— la sustitución del término culpabilidad por el de imputación subjetiva o imputación personal, por su carácter más neutral, para hacer referencia «a la necesidad de que la acción, además de objetivamente imputable, sea también subjetivamente atribuible a sus actos»; véase p. 762-763).

(98) Véase también, en este sentido, ZIPP, en MAURACH-ZIPP, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, pp. 431 (n.º 50) y 487 (n.º 16).

(99) Según el art. 1.1 de nuestra Constitución: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político»; y en el art. 10.1 se proclama que: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social».

(100) Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pp. 142 y ss., *El nuevo sistema del Derecho Penal*, Una introducción a la doctrina de la acción finalista, Ariel, Barcelona, 1964, pp. 86 y ss.; JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, pp. 409 y ss. y 415 y ss. (*Tratado de Derecho Penal, Parte General*, pp. 369 y 374-375); ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, pp. 116 y ss.; MAURACH-ZIPP, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, pp. 845-846 (n.º 13); y WESSELS, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, p. 113.

ser humano, si no se viera compensada por su capacidad de pensamiento racional, por su capacidad de regirse por los criterios del sentido, de la verdad y del valor (de lo que tiene sentido o es absurdo, de lo que es verdadero o falso, de lo que es valioso o no lo es). En la psique humana se distingue una capa profunda, inconsciente, en la que anidan los impulsos vitales de autoconservación y conservación de la especie, las pasiones, deseos, aspiraciones, inclinaciones e intereses y una capa superior, de la personalidad, en la que se encuentra el Yo, como centro de la inteligencia y de la voluntad. Este desempeña una función de control de los impulsos de la capa profunda, neutralizándolos o potenciándolos, en definitiva dirigiéndolos con arreglo a su contenido de sentido o de valor. El ser humano, de acuerdo con los conocimientos de la moderna Antropología, es un ser que se caracteriza precisamente por la capacidad de autodeterminación conforme a sentido.

El Derecho ha partido siempre de la concepción del hombre como persona, como ser responsable. Es difícil imaginar, incluso, que no lo hiciera y partiera de una concepción determinista del ser humano. Las normas serían concebidas únicamente como factores causales de posible influencia en la conducta de los ciudadanos. Esto resultaría tanto más desconcertante y disfuncional en cuanto los seres humanos se creen libres, tienen el sentimiento de la libertad de poder obrar en cada momento de un modo u otro, de asignarse libremente los fines de su conducta. El Derecho no puede ignorar la conciencia de la libertad de los ciudadanos, la visión que tienen del mundo y de sí mismos y que se refleja, incluso, como ha puesto de manifiesto SCHÜNEMANN, en las estructuras del lenguaje, en la reconstrucción social de la realidad (101).

La concepción de la culpabilidad como capacidad de obrar de otro modo viene avalada no sólo por exigencias normativas (el concepto del hombre que inspira la Constitución), sino también por la concepción del ser humano de la moderna Antropología y la Psicología comparada, así como por el reconocimiento de la libertad de la voluntad en la realidad social, objeto de la regulación del Derecho (102).

Es cierto que de la capacidad general de autodeterminación del ser humano no cabe deducir la capacidad de obrar de otro modo de una persona determinada en una situación concreta. Esta capacidad de obrar de otro modo sólo puede ser demostrada empíricamente de un modo parcial, como hemos visto. Pero siempre que pueda comprobarse la imposibilidad de obrar de otro modo debe quedar excluida, en principio, la culpabilidad. El reproche de la culpabilidad jurídico-penal se basa sólo

(101) Véase B. SCHÜNEMANN, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, pp. 163 y ss. y Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland, pp. 151 y ss.

(102) HIRSCH trata de fundamentar recientemente el principio de culpabilidad no en la existencia del libre albedrío, sino en su reconocimiento por los ciudadanos; véase, H.J. HIRSCH, Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht, Z. Str. W. 1994, fasc. 4.º, pp. 763 y ss.

en parte en la comprobación empírica de la capacidad de obrar de otro modo y tiene siempre como sustrato, en mayor o menor medida, la capacidad general de autodeterminación del ser humano.

La culpabilidad jurídica no coincide, por ello, con la culpabilidad moral. Se trata de dos conceptos enraizados en la concepción del hombre como persona, como ser responsable, capaz de autodeterminación conforme a sentido, pero que no coinciden plenamente en su contenido. La culpabilidad jurídica no supone siempre una culpabilidad ética [y no solamente en los supuestos excepcionales del Derecho injusto (103) y del autor por convicción (104)]. Se trata de dos conceptos íntimamente relacionados, sin embargo, pues la prueba, en los aspectos parciales en los que es posible, de la incapacidad de obrar de otro modo excluye no sólo la culpabilidad moral, sino también la culpabilidad jurídica.

La culpabilidad es culpabilidad de la voluntad. Se le reprocha al sujeto que haya adoptado la resolución de voluntad de llevar a cabo la acción (u omisión) típica y antijurídica, en lugar de haber adoptado una resolución de voluntad diferente, de acuerdo con las exigencias del ordenamiento jurídico (105).

Desde la concepción del hombre como persona, como ser responsable, aparece como rechazable la llamada culpabilidad de carácter. Según esta concepción material de la culpabilidad, que no ha hallado eco en la Ciencia del Derecho penal española, una acción u omisión típica y antijurídica será culpable cuando aparezca como expresión del carácter asocial del autor (106), o simplemente porque el ser humano debe responder siempre de su carácter o manera de ser (107). El carácter de una persona

(103) El Derecho injusto es, a mi juicio, obligatorio mientras no suponga una infracción grave de un principio material de justicia, especialmente del principio, de validez *a priori*, del respeto a la dignidad de la persona humana; véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, I, p. 22.

(104) Véase *supra*, p. 28.

(105) En la culpa inconsciente (en que el sujeto no previó, pero pudo prever la posibilidad de la producción del resultado) tropieza con dificultades la teoría de la culpabilidad como culpabilidad de la voluntad, como señala ARTHUR KAUFMANN; véase *Das Schuldprinzip*, pp. 156 y ss. Según ARTHUR KAUFMANN, no existe culpabilidad en todos aquellos casos en que no se dio con anterioridad a la producción del resultado un momento de infracción consciente del deber de cuidado: si, en el conocido ejemplo de Mezger, la mujer que dejó sobre la mesa de la cocina la botella con el líquido corrosivo no pensó, en ningún momento, en la posibilidad de que su hijo se lesionara. En estos supuestos de culpa inconsciente hay, a mi juicio, culpabilidad de la voluntad, al menos en sentido amplio, pues al ser previsible por la mujer la producción del resultado, pudo adoptar una resolución de voluntad diferente. La concepción material de la culpabilidad de ARTHUR KAUFMANN (*Das Schuldprinzip*, p. 153), como resolución de voluntad consciente contra el veto que se deriva de la representación de la producción segura o posible de un resultado delictivo, me parece demasiado restringida.

(106) En este sentido, FRANZ V. LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de la 20 edición alemana por LUIS JIMENEZ DE ASUA, II, Reus, Madrid, 1916, p. 376.

(107) En este sentido, por ejemplo, GRAF ZU DOHNA, *Ein unausrotbares Misverständnis*, Z. Str. W., tomo 66, 1954, pp. 508-509 («es una ley fundamental de la vida social que cada uno debe responder de lo que hace, siempre que sea emanación de su personalidad»); HEINITZ, *Strafzumessung und Persönlichkeit*, Z. Str. W., tomo 63, 1951,

depende, sin embargo, sólo en parte de su voluntad y no es posible deslindar, además, qué rasgos del carácter o en qué medida cada uno de ellos dependa de su voluntad (108).

Dada la concepción del ser humano como persona, como ser responsable, aparece, por otra parte, como insuficiente como fundamento material de la culpabilidad la disposición de ánimo o talante con que el sujeto haya llevado a cabo la acción u omisión típica y antijurídica. Según la teoría de la culpabilidad de disposición de ánimo, desarrollada principalmente por GALLAS y JESCHECK (109) y que no ha hallado eco en la Ciencia del Derecho penal española, la culpabilidad consiste en la «reprochabilidad del hecho en consideración a la disposición de ánimo, desaprobada por el ordenamiento jurídico, que lo inspira» (110). No se trata de una disposición de ánimo permanente o duradera, que guardaría estrecha relación con el carácter de la persona, sino de la disposición de ánimo que inspiraba la acción u omisión concreta realizada. Esta disposición de ánimo se caracteriza en el dolo por la hostilidad o indiferencia ante el Derecho y en la culpa por la ligereza o despreocupación por los bienes jurídicos (111). Parten estos penalistas de la teoría de la doble posición del dolo (que pertenecería a lo injusto como portador del sentido subjetivo de la acción, de la finalidad y a la culpabilidad como expresión de la disposición de ánimo hostil o indiferente al Derecho) y distinguen, por tanto, una culpabilidad dolosa y una culpabilidad culposa. Hablan también, por ello, de un tipo de la culpabilidad, paralelo al tipo de lo injusto al que pertenecerían también elementos específicos contenidos en algunas figuras delictivas.

p. 74 («Se responde en la vida por lo que se es, sin tener en cuenta los variados motivos por los que se ha llegado a ser así»); y ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der Strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, pp. 44 y ss. y especialmente p. 64.

(108) Véase, en este sentido, ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, p. 190 y RODRÍGUEZ DEVEZA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español, Parte General*, p. 440, nota 60. Sobre las dificultades con que tropieza la teoría de la culpabilidad de carácter para excluir la culpabilidad en los inimputables (enajenados o menores de edad, por ejemplo), véase ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, pp. 191-192 y ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, pp. 711-713 (n.º 29 y 30).

(109) Véase W. GALLAS, *Pflichtenkollision als Schuldausschliessungsgrund*, en *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*, Verlag C. H. Beck, Munich y Berlín, 1954, pp. 323-324, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, separata de la Z. Str. W., Walter de Gruyter, Berlín, 1955, pp. 45-46; y JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, pp. 421-422 (*Tratado de Derecho Penal, Parte General*, p. 380). A esta concepción se han adherido WESSELS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, pp. 114-116 y 120-121 y LENCKNER, en Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, pp. 174-176 (n.º 119-123), y está muy próximo a ella SCHMIDHÄUSER, para el cual la culpabilidad consiste en la conducta espiritual del autor lesionadora de un bien jurídico, en la disposición de ánimo que inspira el hecho, en que el autor no se ha tomado en serio el bien jurídico lesionado; véase Eb. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, pp. 365 y ss. y *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch*, pp. 185 y ss.

(110) GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, p. 45.

(111) Véase GALLAS, «Pflichtenkollision als Schuldausschliessungsgrund», p. 323.

Aunque el fundamento de la culpabilidad, en el aspecto material, sea la capacidad de obrar de otro modo, en la medida de la culpabilidad, es decir, de la reprochabilidad de la adopción de la resolución de voluntad contraria a las exigencias del Derecho, influye también, sin duda, la índole de los motivos. Este es el fundamento de la circunstancia agravante de cometer el delito por precio, recompensa o promesa, y de la de cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencia de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca, 3.^a y 4.^a, respectivamente, del art. 22 del Código penal español. La motivación ética, en el autor por convicción supone, por ello, también una menor reprochabilidad de la acción u omisión típica y antijurídica (112).

La disposición de ánimo o talante no puede fundamentar por sí sola la culpabilidad, pero sí puede influir en su medida. Una actitud de rebeldía, por ejemplo, frente a las exigencias del ordenamiento jurídico determina una mayor reprochabilidad personal de la acción u omisión típica y antijurídica. En la circunstancia agravante de ensañamiento (5.^a del art. 22 y 5.^a del art. 139), la mayor gravedad del delito está determinada, no sólo por una mayor gravedad de lo injusto, del desvalor de la acción, sino también por un elemento subjetivo, de la disposición de ánimo o talante, la crueldad, que rebasa la mera conciencia y voluntad de producir sufrimientos innecesarios y supone una mayor gravedad de la culpabilidad.

La capacidad de obrar de otro modo puede estar disminuida, en ciertos casos, por las circunstancias anormales en que se llevó a cabo la acción u omisión típica y antijurídica y la presión emocional a la que se vio sometido el sujeto. En estos casos no le es exigible a esa persona que actúe conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico. Este es el fundamento de las eximentes de estado de necesidad como causa de inculpabilidad (n.º 5.º del art. 20) y de miedo insuperable (n.º 6.º del art. 20). En estos casos hay culpabilidad, pero tan disminuida que no alcanza gravedad suficiente para merecer una pena, no llega al umbral de la culpabilidad jurídico-penal (113). En la eximente de encubrimiento de parientes, del art. 454 (114), estamos también ante una causa de inculpabilidad, basada en la idea de la no exigibilidad de otra

(112) Véase *supra*, pp. 29-30.

(113) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, II*, p. 34, nota 120.

(114) De acuerdo con este precepto: «Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, o por adopción, o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del número 1.º del artículo 451».

conducta (115). La capacidad de obrar de otro modo se halla considerablemente disminuida en este caso por el afecto existente normalmente entre los parientes. Desde el momento en que se limita el círculo de los «parientes» a los que es aplicable la eximente [no están comprendidos, por ejemplo, los tíos y sobrinos, o las personas del mismo sexo unidas por una análoga relación de afectividad a la de los cónyuges (116)] y se presume la existencia real de afecto si no en todos (117) en la mayor parte de los casos, se alzan en la causa de inculpabilidad elementos objetivos (118). Del mismo modo que en la antijuridicidad hay elementos subjetivos (119), en la culpabilidad hay también elementos objetivos (120).

CULPABILIDAD POR EL HECHO Y CULPABILIDAD POR CONDUCTA DE VIDA

El objeto del reproche de la culpabilidad es la realización de una acción u omisión típica y antijurídica. La culpabilidad es culpabilidad por el hecho. En el juicio de reproche deben tenerse en cuenta, sin embargo, no sólo todos los elementos objetivos y subjetivos de la acción u omisión típica y antijurídica realizada, sino también todas las circunstancias que rodearon la conducta delictiva y que concurrían en el delincuente. En lo que a éste respecta hay que tener en cuenta su vida anterior (el medio social del que procede, si pudo o no recibir una educación adecuada, si pudo o no conseguir trabajo, sus posibles antecedentes penales, etc.) y su personalidad. A las circunstancias personales se remite expresamente la regla 1.^a del art. 66, de medición de la pena. No es que el objeto del juicio de reproche sea la vida del delincuente [culpabilidad por conducta de vida (121)] o su carácter, sino que esos datos son relevantes para determinar si la realización de la acción u omisión típica y antijurídica le era o no reprochable y, en su caso, en qué medida le era reprocha-

(115) Véase, en este sentido, RODRIGUEZ MUÑOZ, en relación con la eximente de encubrimiento de parientes del art. 18 del viejo Código penal; notas a su traducción del *Tratado de Derecho Penal*, de MEZGER, I, Ed. Rta. de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 161.

(116) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, I, p. 146.

(117) Con las palabras «análoga relación de afectividad» parece que se quiere hacer referencia únicamente a las personas de distinto sexo que vivan una relación matrimonial *de facto*, sin que ello implique la necesidad de probar la existencia real de afecto entre ellas.

(118) Véase, en este sentido, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, Parte General, pp. 318 y 448.

(119) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, I, pp. 360 y ss.

(120) Su existencia se reconoce en la Ciencia del Derecho Penal alemana, a partir de FRANK; véase, a este respecto JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, pp. 471-472 (*Tratado de Derecho Penal*, Parte General, pp. 426-427).

(121) Término acuñado por MEZGER; véase EDMUND MEZGER, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Duncker-Humblot, Berlín-Munich, 1950, pp. 35-36.

ble. No es preciso acudir, por ello, a la culpabilidad por conducta de vida o la culpabilidad de carácter (122) para fundamentar la culpabilidad en la culpa inconsciente, en el error de prohibición vencible, en los delitos cometidos en un estado emotivo o pasional, o en la *actio libera in causa* (123). En cuanto a la agravante de reincidencia (8.ª del art. 22 del Código penal), no se basa en la culpabilidad por conducta de vida, sino en la mayor gravedad de la culpabilidad por el hecho. La culpabilidad es mayor en el nuevo hecho delictivo cometido cuando el sujeto había sido ya condenado con anterioridad por otro delito comprendido en el mismo Título del Código y de la misma naturaleza. La sentencia anterior implicaba no sólo un juicio desvalorativo ético-social sobre la conducta realizada, sino también una advertencia, que desoyó el delincuente. Este habrá recibido, además, en principio, si había cumplido la pena, un tratamiento tendente a conseguir su reinserción social.

Nuestro Código penal se basa en el principio de la culpabilidad por el hecho, pero excepcionalmente algunos de sus preceptos se inspiran en la concepción de la culpabilidad por conducta de vida. Éste es el caso en la receptación habitual de faltas contra la propiedad (art. 299). En realidad esta figura delictiva se inspira, más que en un Derecho penal de hecho, en un Derecho penal de autor. Se castiga, más que una acción o una serie de acciones, un tipo de autor. Coherentemente se basa en la culpabilidad por conducta de vida.

Este precepto del Código penal español que se basa en la concepción de la culpabilidad por conducta de vida debería ser reformado o suprimido, pues esa concepción de la culpabilidad no es coherente con la concepción del hombre como persona. Sólo en parte y es difícil precisar en qué medida, la vida de una persona depende de su voluntad.

CULPABILIDAD Y RESPONSABILIDAD POR EL HECHO

MAURACH, en Alemania (124), y BACIGALUPO (125), en nuestro país, han propuesto la introducción entre la antijuridicidad y la cul-

(122) Como hacen, por ejemplo, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 150; y JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, pp. 489 y ss., especialmente 491. De otra opinión, en el mismo sentido que el texto, LENCKNER, en Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, pp. 168-169 (n.º 105) y MAURACH-ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1, pp. 471 y ss., especialmente p. 473.

(123) Se denomina *actio libera in causa* aquella acción que no era libre en el momento de su realización, pero sí en un momento anterior; por ejemplo, si el sujeto se provocó un trastorno mental transitorio con el propósito de cometer el delito (n.º 1.º del art. 20 del Código Penal).

(124) Véase MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, pp. 369 y ss. y 374 y ss., y MAURACH-ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1, pp. 424-428 y 432 y ss.

(125) Véase E. BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal*, Parte General, pp. 162 y ss., y ya antes en, *Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad*, La Ley, Año VII, n.º 1611, 23 de diciembre de 1986, p. 3 y *Unrechtsminderung und Tatverantwortung*, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns Verlag» 1989, pp.

pabilidad de otro elemento esencial del delito, la responsabilidad por el hecho. Esta propuesta se basa en el diferente grado de generalización con que se procede en las causas de inculpabilidad basadas en la idea de la no exigibilidad [estado de necesidad como causa de inculpabilidad, miedo insuperable (126)] y en las causas de exclusión de la capacidad de culpabilidad o de inimputabilidad (por ejemplo, anomalía o alteración psíquica) y en la causa de inculpabilidad del error de prohibición invencible. En las primeras, dice BACIGALUPO, «el derecho penal no tiene en cuenta si el autor tuvo o no *realmente* la capacidad de obrar de otra manera, sino que mediante un procedimiento generalizador, excluye la responsabilidad, aunque el autor haya podido comportarse de un modo diferente». En cambio, en las «verdaderas» causas de exclusión de la culpabilidad «el derecho penal opera en forma individualizadora, es decir, considerando la capacidad concreta del autor de motivarse de acuerdo con la norma» (127). MAURACH y BACIGALUPO incluyen las causas de inculpabilidad basadas en un criterio generalizador en la nueva categoría de la responsabilidad por el hecho, intermedia entre la antijuridicidad y la culpabilidad. La concurrencia de una causa de exclusión de la responsabilidad por el hecho no excluye la antijuridicidad, pero impide la aplicación de medidas de seguridad y permite que los partícipes queden exentos de pena (aunque se parta del criterio de la accesoriedad limitada, según el cual basta para que los partícipes incurran en responsabilidad que la conducta del autor sea típica y antijurídica, pero no es preciso que sea culpable). La construcción de BACIGALUPO presenta, sin embargo, rasgos originales, pues, según él, en las causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho estamos ante una considerable disminución de lo injusto: la conducta sigue siendo antijurídica, pero queda excluido lo ilícito penal (128). Para MAURACH, en cambio, la responsabilidad por el hecho integra, junto a la culpabilidad, la categoría

461 y ss. En un principio BACIGALUPO utilizaba también el término atribuibilidad, junto al de responsabilidad por el hecho (que es el utilizado por MAURACH); véase BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal Español, II*, El hecho punible, Akal, Iure, 1985, pp. 89 y ss. y *Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad*, p. 3. Siguen la tesis de BACIGALUPO, en nuestro país, PATRICIA LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*, Bosch-Spicum, Barcelona, 1990, pp. 319 y ss. y CARLOS PÉREZ DEL VALLE, *Concincia y Derecho Penal*, pp. 284 y ss. JIMÉNEZ DE ASUA había hablado ya de la atribuibilidad como requisito previo a la culpabilidad y que sería necesario también para aplicar una medida de seguridad. Según JIMÉNEZ DE ASUA: «La atribuibilidad de una infracción dañosa es posible cuando viene el acto u omisión, que materialmente le causa, de una mera causación psíquica que afirma el acto como propio de su causante (mismidad)»; véase, *Tratado de Derecho Penal, V*, pp. 30 y ss., especialmente pp. 37-38.

(126) BACIGALUPO menciona también el exceso en los límites de una causa de justificación (véase, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, pp. 162 y 165), aunque una exigente de este tipo existe en el Código Penal alemán (art. 33, exceso en la legítima defensa), pero no en el Código Penal español.

(127) Véase, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, p. 162.

(128) Véase BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, pp. 162 y 164-165.

de la atribuibilidad (129). Por otra parte, BACIGALUPO incluye también, entre las causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho, las excusas absolutorias, entre las que menciona la del art. 564 del viejo Código penal español (art. 268 del nuevo Código penal) y el encubrimiento de parientes (art. 18 del viejo Código penal y 454 del nuevo) (130), y entre las «verdaderas» causas de inculpabilidad el error invencible sobre la desaprobación jurídico-penal del hecho, es decir, sobre la punibilidad (131).

En las causas de inculpabilidad basadas en la idea de la no exigibilidad de otra conducta se da, sin duda, una menor gravedad de lo injusto, del desvalor de la acción y en ocasiones del desvalor del resultado (132) y la exclusión de la culpabilidad, o de la culpabilidad jurídico-penalmente relevante, lleva implícita la referencia a un criterio generalizador. Hay que atender a la conducta que observaría en esa misma situación un hombre medio, o mejor una persona inteligente, respetuosa con las exigencias del ordenamiento jurídico (133). La determinación de la capacidad o incapacidad de culpabilidad (imputabilidad), por ejemplo, en las eximentes de anomalía o alteración psíquica y la determinación del carácter invencible del error de prohibición, implicarán también, sin embargo, con frecuencia la referencia a un criterio generalizador. En la causa de exclusión de la capacidad de culpabilidad de la menor edad (n.º 2.º del art. 8.º del viejo Código penal, que continúa en vigor mientras no se apruebe una ley que regule la responsabilidad penal del menor) (134) el propio texto legal cierra toda posibilidad de individualización, al declarar que está exento de responsabilidad criminal el menor de 16 años (135). Por otra parte, dadas las limitaciones existentes para poder probar si el sujeto podía o no obrar de otro modo, en la situación concreta en que se hallaba, el reproche de la culpabilidad se basa siempre, como vimos, en mayor o menor medida, en la capacidad general de autodeterminación del ser humano (136).

(129) Véase MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Allgemeiner Teil, pp. 374 y ss. y MAURACH-ZIPF, *Deutsches Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, pp. 432 y ss.

(130) Apartándose, en este último caso, de la opinión mayoritaria en la Ciencia del Derecho Penal española que considera, a partir de RODRÍGUEZ MUÑOZ (véase supra nota 115), que el encubrimiento de parientes es una causa de inculpabilidad basada en el principio de la no exigibilidad de otra conducta.

(131) Véase BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, pp. 176 y ss., *Delito y punibilidad*, Cívitas, Madrid; 1983, pp. 159 y ss. y El error sobre las excusas absolutorias, *Cuadernos de Política Criminal*, 1978, n.º 6, pp. 3 y ss.

(132) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, II, p. 34.

(133) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, II, p. 35.

(134) Véanse el art. 19, la Disposición derogatoria única y la Disposición transitoria duodécima del nuevo Código penal.

(135) Véase, sobre esta dificultad, que reconoce el propio MAURACH, CÓRDOBA, notas a su traducción del *Tratado de Derecho Penal*, de MAURACH, II, Ariel, Barcelona, 1962, p. 39.

(136) Véase supra, pp. 31 y ss. y mi artículo Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus spanischer Sicht, en *Rechtfertigung und Ent-*

La tesis de Bacigalupo, en su formulación más reciente, se aproxima, por otra parte, aunque con una fundamentación diferente, a la distinción de GÜNTHER entre causas de exclusión de lo injusto penal y causas de justificación, a la que cabe oponer graves objeciones (137). En realidad BACIGALUPO transforma las causas de inculpabilidad basadas en la idea de la no exigibilidad (y las excusas absolutorias) en causas de exclusión de lo injusto penal, por lo que lo lógico sería que incluyera la responsabilidad por el hecho en la antijuridicidad.

En cuanto a las consecuencias jurídicas del reconocimiento de la responsabilidad por el hecho, como categoría intermedia entre la antijuridicidad y la culpabilidad, no me parece satisfactorio que la exclusión de la responsabilidad por el hecho impida la aplicación de medidas de seguridad a los que actúen amparados por una causa de inculpabilidad, basada en la idea de la no exigibilidad (138), o en una excusa absoluta. No es que se exija más a los inimputables que a los que tienen capacidad de culpabilidad, como supone BACIGALUPO (139), sino que los presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad y de las penas son diferentes. Las medidas de seguridad son aplicables a los delincuentes peligrosos (sean o no imputables).

Por otra parte, la exclusión de la responsabilidad por el hecho del autor no determina, por sí misma, como reconoce BACIGALUPO, la impunidad de los partícipes (140). Esta tendría, en su caso, otro fundamento (141). En realidad la medida de la accesoriidad de la participación depende de la naturaleza de la misma (142) y de la concepción de lo injusto que inspira el Código.

chuldigung, III, Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtsskolloquium, 1990, publicado por ALBIN ESER/WALTER PERRON, Freiburg i. Br. 1991, p. 20 [La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva española, en *Justificación y exculpación en Derecho Penal* (Coloquio hispano-alemán de Derecho Penal), Universidad Complutense, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1995, pp. 26-7].

(137) Véase mi *Curso de Derecho Penal español, Parte General*, I, pp. 447-448.

(138) Véase, en este sentido, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 3.ª Ed., Duncker-Humblot, Berlín, 1978, p. 348 (*Tratado de Derecho Penal, Parte General*, trad. de la 3.ª ed. por S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE, Ariel, Barcelona, 1981, I, pp. 591-592) y ROXIN, *Strafrecht*. Allgemeiner Teil, I, p. 724 (n.º 53).

(139) Véase *Principios de Derecho Penal, Parte General*, p. 164.

(140) Véase *Principios de Derecho Penal, Parte General*, pp. 165-166.

(141) En el estado de necesidad, como causa de inculpabilidad, no parece convincente que la impunidad del autor se extienda automáticamente a los partícipes; véase mi *Curso de Derecho Penal español, Parte General*, II, p. 35.

(142) Véase JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 3.ª ed., p. 348 (*Tratado de Derecho Penal, Parte General*, p. 592).