

**LIBRE ALBEDRÍO VERSUS DETERMINISMO:
¿NUEVOS PLANTEAMIENTOS SOBRE LA CULPABILIDAD
O REVISIÓN DE VIEJOS POSTULADOS?**

Free Will Versus Determinism: New Approaches to Culpability
or Revision of Old Postulates?

JACINTO PÉREZ ARIAS

Doctor en Derecho por la Universidad de Murcia y Doctor por la Università Roma Tre.
Profesor Contratado Doctor Permanente de Derecho Penal en la Universidad de Murcia

E-mail: jacintoperez@um.es

RESUMEN: La esencia del derecho penal quizás se encuentre ubicada en el concepto e institución de la culpabilidad. En realidad, es el elemento diferenciador nato entre el derecho penal y cualquier otra rama del ordenamiento jurídico. Sin embargo, a día de hoy, siguen estando enfrentadas las diversas posiciones doctrinales en torno a ella. El tiempo transcurrido, lejos de pacificar el debate, solo ha propiciado nuevas variantes o modelos que ahondan más en la diversidad de tratamiento y entendimiento de la culpabilidad. Uno de los factores que más discusión ha producido es el del libre albedrío, entendido éste como eje central o clave de bóveda que dota de fundamento a la culpabilidad. Tampoco esto ha sido objeto de pocas críticas. Se podría decir que la historia del pensamiento penal es la historia de las diferencias dogmáticas sobre el concepto de culpabilidad. Debido a los avances de las neurociencias, se han vuelto a retomar en la dogmática los viejos postulados sobre el libre albedrío y el determinismo como fundamento culpabilístico. Sobre estos pormenores tratará el presente trabajo.

Palabras clave: Derecho penal; libre albedrío; responsabilidad penal; culpabilidad; determinismo; imputabilidad; neurociencia.

ABSTRACT: The essence of criminal law may lie in the concept and institution of culpability. In reality, it is the main differentiating element between criminal law and any other branch of the legal system. However, today, the various doctrinal positions around it continue to be opposed, in the same terms as at the beginning. The time that has passed not only has not pacified the debate but has introduced new conceptions that delve deeper into the diversity of treatment and understanding of culpability. One of the factors that has produced the most discussion is freedom or free will, understood as the cornerstone that grounds culpability. Nor has this been the subject of little criticism. The history of penal thought and new technologies have once again taken up, in dogmatics, the old postulates about free will and, on the contrary, determinism. This work will deal with these details.

Keywords: Criminal Law; free will; criminal liability; culpability; determinism; imputability; neuroscience.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN DERECHO PENAL. II. CONCEPCIONES DE LA CULPABILIDAD. III. DETERMINISMO VERSUS LIBRE ALBEDRÍO. IV. DETERMINISMO: ¿UN PROBLEMA DE EXIGIBILIDAD?; V. IMPUTABILIDAD. 5.1. Concepto; 5.2. Naturaleza jurídica: ¿Premisa o elemento de la culpabilidad?. VI. CONCLUSIÓN. V. BIBLIOGRAFÍA.

Información del artículo:

Fecha de recepción: 13/02/2024

Fecha de aceptación: 15/05/2024

Cómo citar este artículo:

Pérez Arias, Jacinto. (2024). Libre albedrío versus determinismo: ¿nuevos planteamientos sobre la culpabilidad o revisión de viejos postulados? *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, (31), julio, 71-98. <https://doi.org/10.25115/ridj.vi31.9733>

I. INTRODUCCIÓN: PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN DERECHO PENAL

No resulta exagerado decir que la culpabilidad, y sobre todo su fundamento, es una de las cuestiones más debatidas y controvertidas en el derecho penal. Con todo lo discutible que, en la teoría jurídica del delito, puede ser el tipo de injusto y su contenido, es indudable que concretar el hecho, y conectarlo objetivamente con el sujeto que lo realiza, no tiene parangón¹ con conectar subjetivamente ese hecho con su autor, para esclarecer el alcance material de su responsabilidad penal individual. Esto último resulta sumamente más complicado, porque en esta valoración pueden surgir criterios no solo jurídicos, sino morales o éticos, que, por encima de todo, han de ser descartados y preteridos en la labor jurídica².

La culpabilidad, como categoría del delito, surge a partir del Siglo XIX. Se ha señalado que, con anterioridad a esa época, las cuestiones relacionadas con la imputación subjetiva se solían tratar bajo el epígrafe general de imputación, si bien coexistía con las nociones de culpa y culpable. Sin embargo, el concepto de “culpabilidad” sólo pudo ser tratado con el rigor sistemático actual desde que RUDOLF VON IHERING separara por primera vez en 1867, en su escrito *Das Schuldmoment in römischem Privatrecht*, el injusto de la culpabilidad y con ello se pusieran las bases para la moderna teoría del delito (CUESTA AGUADO³).

Para examinar la antijuridicidad relevante (el tipo de injusto), cualquier intérprete cuenta con los presupuestos descriptivos, cuya confección es de exclusiva competencia del legislador. Pero para determinar la culpabilidad del sujeto, el intérprete no encuentra más guía que la de buscar su fundamento teórico, y aquí todo va a depender de la posición doctrinal de la que se parta.

El Código Penal español no lo pone nada fácil. De hecho, no hace mención alguna, *expressis verbis*, a la culpabilidad como principio o institución jurídica. Y no solo el Código Penal, tampoco la Carta Magna hace referencia a este principio, lo que motivó que el Tribunal Constitucional español dijera, en su día, que la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del derecho penal, aunque la consagración constitucional de este principio no implique que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderla⁴. Respecto a esta falta de regulación constitucional se ha dicho que el principio de culpabilidad adquiere rango constitucional a través de la dignidad como principio programático, que impide que la imposición de una pena sobrepase la medida de la culpabilidad del sujeto (MORILLAS CUEVA⁵).

En realidad, el Código Penal español solo realiza una referencia indirecta de lo que llamamos “elementos de la culpabilidad”, cuando habla del dolo o la imprudencia⁶, como

1 Puede considerarse la culpabilidad, por ello, el centro diferenciador del derecho penal respecto de cualquier otra rama del ordenamiento jurídico.

2 Y ello, como recuerda PAREDES CASTAÑÓN, a pesar de que el carácter intencional de una acción es uno de los rasgos más determinantes a la hora de enjuiciarla moralmente (PAREDES CASTAÑÓN, J.M. “Dolo y psicología de sentido común”, en *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Vicente Remesal, J; Díaz y García Conlledo, M; Paredes Castañón, J.M; Úlaizola Nogales, I; Trapero Barreales, M.A; Roso Cañadillas, R; Lombana Villalba, J.A. (Dir.), V. I, Madrid, pág. 875).

3 CUESTA AGUADO, P.M. *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación*, Madrid, 2003, pág. 153.

4 Entre otras, STC núm. 246/1991, de 19 de diciembre (ECLI:ES:TC:1991:246) y STC núm. 150/1991, de 4 de julio (ECLI:ES:TC:1991:150).

5 MORILLAS CUEVA, L. “La función de la pena en el Estado social y democrático de Derecho”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 4, 2013, pág. 11.

6 Concretamente, artículos 5 y 10 del código penal.

si esto (que para la doctrina tradicional es tan solo la forma de la culpabilidad), compara todo el contenido dogmático de lo que deba entenderse por culpabilidad penal.

Y es que, como recuerda CUENCA CASTRO⁷, FRANK⁸ ya advirtió que la culpabilidad para el derecho penal no solamente puede incluir el análisis del dolo y de la imprudencia, sino también múltiples factores concomitantes tenidos en cuenta por los jueces y por la propia sociedad para atribuirle, excluirla e incluso disminuirla.

Incluso más, el Código Penal español establece las causas de inimputabilidad (elemento esencial de la culpabilidad) como meras causas de exención general, sin mayor contenido en cuanto a su naturaleza jurídica; y lo hace, además, uniéndolas sistemáticamente a las causas de justificación y de inexigibilidad, sin hacer mención alguna a la naturaleza jurídica de cada una de estas y sin hacer referencia a que con las causas de inimputabilidad (como ocurre también con las de inexigibilidad) lo que se está tratando es, normativamente, un problema ínsito en la culpabilidad, y no en la antijuridicidad (como así ocurre con las causas de justificación). Por no hacer no define ni siquiera el concepto de imputabilidad, a pesar de que la doctrina haya querido deducir tal concepto de la generalidad contenida en sus artículos 20. 1^o y 20. 2^o¹⁰ y a los que más tarde volveremos.

En definitiva, el Código Penal español no trata la culpabilidad expresamente, ni señala que el dolo o la imprudencia sean tan solo la forma de culpabilidad. Tampoco nos dice si la imputabilidad la entiende como un elemento de la culpabilidad o tan solo una premisa. Por supuesto, nada habla de la exigibilidad, el tercer elemento que da contenido dogmático a la culpabilidad, y ello a pesar de que regule –también como causa genérica de exención de responsabilidad penal– el estado de necesidad exculpante (terminología doctrinal, que no legal) o el miedo insuperable. De ahí, que se pueda sostener que la regulación penal española deja abierta la interpretación, sin aferrarse a ninguna concepción concreta de culpabilidad. Lo que sí parece, por el contrario, es que no acoge una concepción clásica o tradicional de esta. Ni siquiera parece seguir la visión neoclásica de su concepción normativa.

No dedicando el Código Penal español apartado específico alguno, ni sistemática concreta, a la culpabilidad, es evidente que la doctrina española tiene vía libre para seguir interpretando la culpabilidad como literatura y, lo que es peor, no se termina por centrar un concepto unívoco de lo que deba ser considerado culpabilidad del sujeto. Y no solo la doctrina; esta ausencia normativa genera creación judicial, lo que comporta, en la mayoría de los casos, que la culpabilidad quede sobrentendida con la mera acreditación o comprobación de estar ante un hecho típico que, con dolo o imprudencia (al que de manera in-

7 CASTRO CUENCA, C. *Manual de Teoría del Delito*, Colombia, 2017, pág. 111.

8 FRANK, R. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, Buenos Aires, 2004, págs. 28 y ss.

9 Artículo 20. 1º: “El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión”.

10 Artículo 20. 2º: “El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”.

sistente se denomina elementos subjetivos del delito¹¹), haya sido realizado por un sujeto imputable (o con *salud psíquico-espiritual*, en palabras de JESCHECK / WEIGEND¹²).

Y lejos, muy lejos, de esta simple comprobación judicial práctica quedan los ex-cursos doctrinales sobre si la culpabilidad es un juicio de reproche, o si lo importante es tan solo determinar la capacidad de motivación, como así parece deducirse cuando se observa que el legislador solo presta atención a la imputabilidad, como categoría autónoma y desconectada de otros problemas jurídico-penales.

Resulta, por ello, sorprendente, que el legislador español olvidara dar contenido a una parte esencial del delito (o se adscribiera, sin explicarlo de manera expresa, a una determinada forma de concebirla); categoría esta, la de culpabilidad, que, en palabras de ROXIN¹³, resulta imprescindible y sin cuya existencia ningún derecho penal moderno puede subsistir.

II. CONCEPCIONES DE LA CULPABILIDAD

Aunque excedería la finalidad de un trabajo de esta naturaleza, sí resulta conveniente realizar un somero repaso sobre la evolución doctrinal de la culpabilidad, sobre todo para destacar que la libertad del sujeto (como criterio antepuesto al derecho positivo¹⁴) es el punto de referencia fijo de donde parte aquella. La culpabilidad es, antes que nada, el fundamento para poder responsabilizar personalmente al autor por la acción típica y anti-jurídica que ha cometido mediante una pena estatal (JESCHECK¹⁵). Estructuralmente, es el puente de unión entre el tipo de injusto y la pena, que quedaría limitada, precisamente, por la culpabilidad.

Las dos grandes concepciones, en un sentido técnico tradicional, son aquellas que distinguen entre la (clásica) *psicológica* y la (neoclásica) *normativa*. Concepciones estas que difieren mucho entre sí, aunque el paso de una a la otra se haya realizado, no en movimientos bruscos, sino a base de pequeños añadidos; hasta conseguir, en un momento determinado, que la primera concepción perdiera sentido, conforme iba adquiriendo protagonismo la segunda. Tampoco la concepción normativa ha conocido una sola versión, todo lo contrario.

El factor común de ambas concepciones (es verdad que con distinto alcance y significado) es el vínculo existente entre la psique del autor y el hecho típicamente antijurídico cometido por él. De ahí, que la culpabilidad forme parte del presupuesto subjetivo/valorativo del delito. La diferencia estriba en precisar ese vínculo, pues si para la concepción psicológica la culpabilidad del sujeto se ha de basar, siguiendo una visión positivista naturalista, en la conexión causal psíquica entre el resultado y el querer del agente (MORILLAS CUEVA¹⁶), para la concepción normativa la culpabilidad es un juicio de valor

11 Valga como ejemplo, la STS 771/2023, de 18 de octubre (ECLI: ES:TS:2023:4181).

12 JESCHECK, H. H / WEIGEND, T. *Tratado de derecho penal. Parte general* (Traducción de Olmedo Cardenete, M.), Granada, 2002, pág. 460.

13 GÓMEZ-JARA DIEZ, C. “La culpabilidad de la persona jurídica”, en *Tratado de Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bajo Fernández, M; Feijoo Sánchez, B; Gómez-Jara Diez, C (Dir.), Madrid, 2012, pág. 154.

14 ALONSO ÁLAMO, M. “Acción, capacidad de acción y capacidad de culpabilidad: problemas de delimitación”, *Cuadernos de política Criminal*, segunda época, núm. 131, 2020, págs. 5-48.

15 JESCHECK, H. H. “Evolución del concepto jurídico penal en Alemania y Austria”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminológica*, 05-01, 2003, pág. 1.

16 MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de derecho penal. Parte general*, Madrid, 2021, pág. 600.

sustentado en la psique del autor y fundamentada en un deber normativo (MORILLAS CUEVA¹⁷). Ese juicio de valor es en lo que consiste, precisamente, el *reproche* característico del juicio de culpabilidad normativa del que hablara FRANK¹⁸ (frente al *nexo psicológico* propio de la concepción clásica); reproche como una infracción de la norma de determinación o de deber, entendida como imperativo personal, contrapuesta a la infracción de la norma de valoración o (de derecho), que constituiría el injusto (MILA¹⁹).

Sin embargo, y como se ha mencionado, de la concepción psicológica a la normativa no se pasó de manera súbita, sino a través de reposadas críticas y contra críticas, elaboradas con bastante similitud al análisis que, en sede de antijuridicidad, se hicieron respecto de los planteamientos de la acción, según se siguiera una perspectiva causal o final²⁰. Ni tan siquiera la concepción normativa ha permanecido inmutable en sus planteamientos iniciales.

De la concepción psicológica se fue criticando su dificultad de prueba, porque dejaba la culpabilidad en una especie de entelequia especulativa, siendo especialmente relevante las críticas formuladas desde el positivismo determinista; que, según afirman QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, partía de la defensa de los postulados de peligrosidad y temibilidad, que niegan el libre albedrío²¹. También resulta inaplicable en aquellos delitos imprudentes (sobre todo con culpa inconsciente), en los que no era precisamente el querer interno del sujeto el que producía el resultado, sino su falta de diligencia o, más concretamente, su falta de advertencia del peligro objetivo (en la culpa inconsciente).

Más complicada resulta su incapacidad, que la tiene, para explicar el estado de necesidad. Según FRANK, si el concepto de la culpabilidad no abarca nada más que la suma de dolo e imprudencia podría resultar absolutamente incomprensible cómo puede excluirse la culpabilidad en el caso del estado de necesidad, puesto que también el autor que actúa en estado de necesidad sabe lo que hace²².

En otras palabras, se afirma que la concepción psicológica muestra su carencia a la hora de explicar el contenido especialmente normativo de los delitos imprudentes (sobre todo en la culpa inconsciente), pero también de aquellas causas de exclusión de la culpabilidad que, en sentido estricto, no eliminan el dolo (el estado de necesidad exculpante y el medio insuperable)²³. La razón parece obvia: la imprudencia no puede explicarse a partir de un nexo psicológico en la medida que al autor no lo dirige el querer, sino el descuido. Y en las causas de exclusión de la culpabilidad por inexigibilidad, el autor no será reprochado, pero no porque su actuación adolezca de intención, ya que en realidad la tiene y de una manera rotunda. En este último caso, la razón de esta falta de reproche no vendrá de la mano de la ausencia de dolo, sino del motivo que lo ha llevado a la realización del hecho típico (estado de necesidad exculpante o miedo insuperable).

17 Ibidem, pág. 602.

18 FRANK, R. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad...*, cit., págs. 40-41.

19 MILA, F. "La culpabilidad. Supuestos de exclusión de la culpabilidad", en *Manual de derecho penal*, Barcelona, 2023, pág. 741.

20 Así, si la concepción final de acción dejaba en interrogante a los delitos imprudentes, una concepción causal no era capaz de explicar los delitos de omisión. Todo, además, fue objeto de discusión a través de autores como VON LISZT con la acción causal y su comprensión de la culpabilidad como fenómeno psicológico, y WELZEL con la acción final y su comprensión de la culpabilidad como deber normativo.

21 QUINTERO OLIVARES, G/MORALES PRATS, J. *La Culpabilidad. Curso de derecho penal. Parte General*, Barcelona, 1996, pág. 312.

22 FRANK, R. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad...*, cit., pág. 30.

23 QUINTERO OLIVARES, G/MORALES PRATS, J. *La Culpabilidad...*, cit., pág. 312.

La concepción normativa de la culpabilidad, por su parte, se basa en el reproche, siendo sus elementos configuradores tradicionales la imputabilidad, el dolo o culpa (como formas de culpabilidad) y el estado de normalidad de las circunstancias concomitantes al obrar del autor (COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN²⁴). La concepción normativa no deja a un lado la visión psicológica definitivamente, sino que la separa de su visión naturalística para concretarla jurídicamente. El dolo y la culpa pasan a valorarse desde su relación con la norma. En igual sentido MESSINA/TORIO²⁵.

Para los defensores de la concepción normativa (sobre todo, su principal impulsor GOLDSCHMIDT, discípulo de FRANK) lo relevante no es el juicio de reproche sobre la disposición o cualidad subjetiva del hecho (juicio externo al hecho), sino la propia disposición defectuosa de la voluntad de la acción que posibilita el juicio de reproche, y que basa la reprochabilidad en la contrariedad a deber y en la exigibilidad (LUZÓN PEÑA²⁶). En definitiva, y como sostiene KAUFMANN²⁷, la culpabilidad la debe soportar quien se ha comportado antijurídicamente a pesar de haberse podido determinar conforme al ordenamiento jurídico. A partir de este momento, se produce la completa separación entre injusto y culpabilidad (MILA²⁸).

Siguiendo a MORILLAS CUEVA²⁹, la tesis normativa de la culpabilidad pasó por dos fases evolutivas bien definidas: la visión neokantiana y la visión finalista normativa.

Para los neokantianos (SCHMIDT, MEZGER, entre otros), la culpabilidad es reprochabilidad de una conducta antijurídica desde un enfoque de la deficiencia del proceso psíquico que la ha originado (MORILLAS CUEVA³⁰). Mas concretamente, MEZGER³¹ afirmó que la culpabilidad jurídico-penal es, ante todo, una determinada situación de hecho, de ordinario psicológica (situación fáctica de la culpabilidad), pero es también, al mismo tiempo y siempre, un juicio valorativo sobre la situación fáctica de la culpabilidad (la llamada concepción normativa de la culpabilidad). En otras palabras, el sujeto ha de comportarse, como juicio valorativo, según la norma de deber individual.

Las críticas no tardaron en llegar, pues, como señala PERIS RIERA, las nuevas tendencias, a la hora de fundamentar materialmente la culpabilidad, y tras haber negado cualquier indemostrable posibilidad de obrar de un modo distinto y de basar en ello el reproche culpabilístico, estiman que el fundamento hay que buscarlo en la función motivadora de la norma penal³².

Los autores finalistas (WELZEL, GRAF ZU DOHNA, entre otros), en lo que se ha dado en llamar la concepción normativa pura, mantienen la reprochabilidad de FRANK, como concepto clave de la concepción de la culpabilidad, pero la concretan en la motivación del autor. Se rechaza, con ello, el constructo del hombre medio situado hipotética-

24 COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho penal. Parte General*, Valencia, 1991, pág. 421.

25 MESSINA, SL /TORIO, A. *Presupuestos metódicos del concepto de culpabilidad: Sobre las concepciones normativas del derecho penal*, Valladolid, 1955, pág. 542.

26 LUZÓN PEÑA D.M. *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Valencia, 2016, pág. 472.

27 Así lo afirma CUELLO CONTRERAS, C. *El derecho penal español. Parte general*, Madrid, 2002, pág. 916, (analizando la postura de KAUFMANN. A. *Schuldfähigkeit und verbotsirrtum*, Strafrechtsdogmatik, Berlín, 1983, pág. 82).

28 MILA, F. "La culpabilidad. Supuestos de...", cit., pág. 740.

29 MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de derecho penal*, cit., págs. 604-612.

30 Ibidem, pág. 605.

31 MEZGER, R. *Tratado de derecho penal. Tomo II* (traducción de QUINTANO RIPOLLÉS, A), Madrid, 1957, pág. 11.

32 PERIS RIERA, J. "Condicionantes genéticos y responsabilidad penal: ¿hacia un Renacimiento de los planteamientos fundadores de la culpabilidad?", en *Características biológicas, personalidad y delincuencia*, Romeo Casabona, CM (Ed.), Bilbao-Granada, 2003, pág. 100.

mente en la posición de autor (propio de una teoría más clásica). Como señala ALONSO ÁLAMO³³, el concepto material de culpabilidad, así como el concepto formal formulado a partir del mismo, nos lleva a una culpabilidad en primera persona o en cabeza propia. Conforme a ello, el juicio individualizador de culpabilidad presupone atender, además de a la base psicofísica, a los valores y valoraciones del autor y a sus motivos y emociones desde su individual y personalísimo punto de vista.

Argumento que sostiene la conocida teoría de Gallas, y que considera que la reprochabilidad del hecho aparece cuando se tiene en cuenta la actitud interna jurídicamente desaprobada que el autor ha puesto de manifiesto, precisamente, en ese hecho. De ahí que se considere que el injusto es al desvalor de la acción, lo que la culpabilidad es al desvalor de la actitud interna del hecho. No obstante, esta teoría ha sido ampliamente criticada por autores, como ROXIN, al considerar que sólo se podría hablar de culpabilidad si en la misma acción delictiva se expresa una posición interna del sujeto jurídicamente desaprobada³⁴. Por ello, la concepción normativa pura traslada el dolo y la culpa de la culpabilidad al tipo (MILA³⁵). En efecto, la constatación, debida básicamente al finalismo, de que se podía diferenciar entre un conocimiento del hecho y un conocimiento de la antijuridicidad, dio lugar a un debate sobre la ubicación del dolo que finalizó con la aceptación prácticamente unánime del dolo como elemento de la tipicidad (MIRÓ LINARES³⁶).

Desde el finalismo, GRAF ZU DOHNA vino a distinguir entre la voluntad de la acción, que remitió al tipo subjetivo, y la valoración o juicio sobre la motivación del autor; conclusiones que WELZEL terminó de ajustar en el seno de la teoría del delito (BLANCO LOZANO³⁷). Es por ello, que para estos autores el dolo y la culpa no son más que elementos de la antijuridicidad. Ubicación que despertó las críticas de los defensores de la concepción psicológica, al entender que en la concepción normativa el juicio de desaprobación no quedaba distinguido de la antijuridicidad. En otras palabras, y como señalaban MESSINA/TORIO³⁸, el juicio desfavorable sobre la voluntad del autor se hace coincidir con el juicio de desaprobación que se refiere a la conducta en cuanto contraria a la norma, al precepto jurídico.

Para el finalismo, la culpabilidad se limita a reunir aquellas circunstancias que condicionan la reprochabilidad del hecho antijurídico (MIR PUIG³⁹). Los elementos de la culpabilidad pasarían a ser la imputabilidad, la posibilidad de conocimiento del significado antijurídico del hecho y la ausencia de causas de exculpación. Como se ha dicho, el dolo (natural), desde WELZEL, fue sustraído de la culpabilidad para ubicarlo en el tipo de injusto, en iguales condiciones que, respecto de la imprudencia, hizo con la infracción del deber objetivo del cuidado (MIR PUIG⁴⁰).

Si la culpabilidad, desde una perspectiva normativista, se fundamenta en la motivación del autor y en su capacidad de haberse podido determinar conforme al ordenamiento

33 ALONSO ÁLAMO, M. "Culpabilidad en cabeza propia y el enigma de la libertad de la voluntad", *Cuadernos de política Criminal*, segunda época, Núm. 124, mayo 2018, pág. 37.

34 *Ibidem.*, pág. 64.

35 MILA, F. "La culpabilidad. Supuestos de...", *cit.*, pág. 742.

36 MIRÓ LINARES, F. "Conocimiento, dolo, responsabilidad dolosa: acerca de lo relevante y lo accesorio de una discusión dogmática eterna", *Revista Penal México*, Doctrina, núm. 8, marzo-agosto de 2015, pág. 144.

37 BLANCO LOZANO, C. "Escuelas dogmáticas", en *Tratado de política criminal. Tomo I: Fundamentos científicos y metodológicos de la lucha contra el delito*, Madrid, 2007, pág. 140.

38 MESSINA, SL /TORIO, A. *Presupuestos metódicos del concepto de culpabilidad...* *cit.*, págs. 541-542

39 MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 2011, pág. 538.

40 *Ibidem.*, pág. 538.

jurídico, es lógico entender por qué la exigibilidad (como eje central y unión entre, por un lado, el imperativo de elegir lo debido y, por otro, la libertad de actuar, en contra de la norma, conforme a lo querido o advertido), se erigiera rápidamente en el tercer elemento de la culpabilidad. A la capacidad de motivación del autor con la norma, le debe seguir la obligación de seguirla, lo que comportará, desde la potestad punitiva del Estado (ius puniendi), la exigencia de que efectivamente la actuación del sujeto sea conforme a esa norma. De ahí que no se trate, simplemente, de reprochar una conducta anti normativa para justificar la culpabilidad, sino la capacidad del sujeto de haber podido determinar su comportamiento según la norma de determinación que le era exigible.

Un sujeto necesita tener capacidad (suficiente) para poder entender que lo que realiza se encuentra al margen de lo que la norma de determinación le prescribe u ordena. Por tanto, no es solo capacidad, es capacidad de conocer y elegir, y en eso se basa la libertad y, por tanto, la responsabilidad que se dirige al autor por haber actuado libremente en contra del comportamiento exigido por la norma.

Por esta razón, FREUDENTHAL⁴¹ amplía el concepto de exigibilidad hasta llegar al de inexigibilidad (Unzumutbarkeit), como conducta conforme a la norma como causa general (supralegal, aunque a veces legal) de exclusión de la culpabilidad (LUZÓN PEÑA⁴²). Teoría de la exigibilidad, criticada por ciertos autores, a la que, incluso, denominan en términos sarcásticos como la *fórmula mágica* (ROXIN⁴³), al considerarla una fórmula vacía de contenido⁴⁴.

Más modernamente, la culpabilidad ha querido sostenerse en otro tipo de fundamento, sin desmerecer que la concepción normativa sigue siendo la dominante. Así, nos encontramos con JESCHECK / WEIGEND⁴⁵, para quien la culpabilidad seguiría fundamentada en el juicio de desvalor acerca de la actitud jurídica interna del autor, y más concretamente, su actitud jurídicamente desaprobada. Concepto que incide en la reprochable posición interna del sujeto frente a lo exigido por la norma, es decir, en la reprobación de la actitud, incumplidora con la norma⁴⁶, de quien comete un hecho típicamente anti-jurídico. Por su parte, ANTOLISEI, entiende la culpabilidad como la actitud anti-deber de la voluntad que dio origen al hecho material requerido para la existencia del delito⁴⁷. Actitud anti-deber que, aunque no se dijera por el autor en la definición original, nosotros

41 FREUDENTHAL. *Schuld und Vorwurf*, 1922, págs. 25 y ss.

42 LUZÓN PEÑA, D.M. "Culpabilidad y libertad", *Revista Jurídica de la Universidad de León*, núm. 6, 2019, pág. 6.

43 ROXIN, C. *Culpabilidad y prevención en derecho penal* (traducción de MUÑOZ CONDE, F), Madrid. 1981, pág. 59.

44 En efecto, se indica que la "exigibilidad" es una cláusula carente totalmente de contenido y que, solo por ello, ya no puede ser el fundamento material de la imputación de la culpabilidad. Si a la pregunta: «¿por qué se le reprocha su conducta al autor?», se responde: «porque le era exigible otra conducta», dicha respuesta no hace sino aplazar la cuestión y oscurecer la razón de la imputación; pues sigue sin saberse, y esto es lo único importante, por qué se le exige (o, en caso de exclusión de la culpabilidad, por qué no se le exige) otra conducta. No hay aquí paralelismo con el concepto de la «antijuridicidad material», que comúnmente se determina como «nocividad social» tipificada. La nocividad social es un criterio con contenido y, pese a todos los problemas, susceptible en principio de concreción material; la exigibilidad, en cambio, es una fórmula vacía. Hasta qué punto se la puede emplearen la teoría jurídico-penal de la culpabilidad como criterio regulador en el sentido de Henkel, es algo de lo que nos volveremos a ocupar más adelante; pero en cualquier caso no se la puede tomar en consideración como principio rector normativo de este grado del delito (ROXIN C. *Culpabilidad y prevención...*, cit., págs. 60-61).

45 JESCHECK, H. H / WEIGEND, T. *Tratado de derecho penal...* cit., págs. 457 y 460.

46 En igual sentido, MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de derecho penal...*, cit., pág. 614, cuando afirma que la culpabilidad, para estos autores alemanes, es una deficiencia de actitud interna frente al derecho, nada relacionado con la moral.

47 l'atteggiamento antidoveroso della volontà che ha dato origine al fatto materiale richiesto per l'esistenza del reato (ANTOLISEI, F. *Manuale di Diritto Penales. Parte Generale*, Milano, 1975, pág. 256)

la debemos valorar como actitud anti-normativa, por mantener una dialéctica jurídica frente al concepto de culpabilidad, excluyendo otros deberes no jurídicos (morales, éticos, religiosos, etc.).

Otras teorías modernas que no basan la culpabilidad, como fundamento último (porque es imposible demostrarla), en la libertad del sujeto son las seguidas, con diferentes matices, por ROXIN y JAKOBS. Estos autores alemanes, que supusieron un claro punto y aparte en la discusión dogmática, parten de la culpabilidad normativa, pero intentan cimentarla, desde una perspectiva funcionalista, teniendo en cuenta la finalidad preventiva general del derecho penal. Así, ROXIN, desde un planteamiento funcional moderado (con su perspectiva de política criminal), indica que, si se quiere hablar con exactitud, será aconsejable distinguir entre el objeto de la valoración (el tipo de la culpabilidad), la valoración misma (que la mayoría designa con el nombre de reprochabilidad) y la unión del objeto y de su predicado de valor (la culpabilidad o, más exactamente, el hecho culpable)⁴⁸.

Partiendo de este punto de vista, el autor alemán entiende que el objeto de la reprochabilidad sería la totalidad del hecho. Pero aparte de este reproche, es necesario incluir en la culpabilidad el concepto de responsabilidad⁴⁹. En este sentido, afirma que no se puede saber si en el momento del hecho el sujeto era capaz de imponer una decisión de voluntad que se opusiera al hecho. Lo que realmente se está discutiendo no es la incontestable cuestión del poder del individuo para actuar de otro modo en el momento del hecho, sino que se trata de ver qué es lo que el orden jurídico exige del autor a la vista de sus condiciones y de las circunstancias externas de lo sucedido en comparación con las de otros hombres, es decir, qué se le exige al particular para que aún se le pueda imputar su hecho. Esto no es una comprobación perteneciente al mundo del ser, sino un procedimiento de limitación de la responsabilidad penal atendiendo a puntos de vista normativos (ROXIN⁵⁰).

Esto es lo que se ha dado en llamar asequibilidad normativa⁵¹, ya que, en palabras de ROXIN, hay que afirmar la culpabilidad de un sujeto cual el mismo estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico, cuando le eran psíquicamente asequibles posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma⁵².

Por su parte, JAKOBS, ha variado su concepción virándola a una visión funcionalista más radical (concretamente, hacia una radicalización de los elementos preventivos de la culpabilidad, en palabras de FEIJOO SÁNCHEZ⁵³). En un principio, coincidía con el resto de la doctrina (no debe olvidarse que es discípulo de WELZEL) en que la culpabilidad es un presupuesto necesario de la pena estatal⁵⁴, y que no es sino el resultado de una imputación de reprobación, en el sentido de que la defraudación que se ha producido viene motivada por la voluntad defectuosa de una persona⁵⁵, un déficit de fidelidad al

48 ROXÍN, C. *Culpabilidad y prevención...*, cit. pág. 58.

49 MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de derecho penal...*, cit., pág. 616-622.

50 ROXÍN, C. *Culpabilidad y prevención...*, cit., pág. 62.

51 MILA, F. La culpabilidad. Supuestos de..., cit., pág. 745.

52 ROXIN, C. *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (traducción de Luzón Peña, D/ Díaz. M/ Remesal. J.), Madrid, 2006, pág. 807.

53 FEIJOO SÁNCHEZ, B. "Derecho penal y neurociencias. ¿Una relación tormentosa?", *InDret Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2011, pág. 29.

54 JAKOBS, G. "El principio de culpabilidad" (traducción de Cancio Meliá, M), en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992, pág. 1051.

55 *Ibidem...* pág. 1051.

ordenamiento jurídico⁵⁶. En otras palabras, la culpabilidad es competencia por una lesión de la vigencia de la norma, que presupone que el sujeto competente pueda ser motivado a través de las normas⁵⁷. Sin embargo, actualmente, JAKOBS parte de concebir al derecho penal por su función de prevención general positiva, tal y como acertadamente recuerda MONTROYA VIVANCO⁵⁸. En consecuencia, para este autor⁵⁹ la base de la culpabilidad es la restauración de la confianza de la norma, es decir, se castiga para mantener el reconocimiento general de la norma⁶⁰.

El autor alemán entiende que la culpabilidad se fundamenta en la expectativa social normativa, esto es, no tanto en el incumplimiento de la norma, sino en una sociedad que convive esperando que la norma no se incumpla. Una vez se da el incumplimiento (el delito), se defrauda la expectativa social y se fundamenta la pena, que no es sino el modo de restaurar la vigencia de la norma. Es obvio, que JAKOBS parte de una función preventiva general del derecho penal (aunque luego lo matizaremos) y de la expectativa normativa social como fundamento.

Sirva para comprenderlo el conocido ejemplo, utilizado por SILVA SÁNCHEZ, del semáforo verde en un cruce de calles: la luz verde expresa de modo institucionalizado la expectativa (normativa) del conductor de que no se le crucen otros vehículos. Esta expectativa es compatible obviamente con el fenómeno cognitivo de que hay conductores que no respetan el semáforo y defraudan (cognitivamente) la expectativa del conductor al que el semáforo le da vía libre⁶¹. Dicho de otro modo, más importante que el incumplimiento del infractor, es la confianza social del resto de sujetos, que actúan confiando en el cumplimiento de la norma (como imperativo categórico kantiano) de los demás sujetos. La desconfianza que genera este incumplimiento es lo que debe, socialmente, fundamentar la pena.

En nuestra opinión, la idea de expectativa normativa no justificaría un entendimiento del derecho penal por su prevención general. Al contrario, así entendido, el derecho penal no tendría más finalidad que la estrictamente retributiva, pues lo único importante sería castigar el incumplimiento normativo al considerarlo un daño intrínseco al sistema; y ello, al margen de los problemas concretos que pudieron llevar al sujeto a la realización de tal hecho. Tales concepciones, cada día más aceptadas, no difieren, en nuestra opinión, del derecho administrativo sancionador. El derecho penal no puede usar la pena como medio para demostrar la vigencia de la norma y recobrar la expectativa social. La pena, así considerada, sería un mero castigo insoportable, en el que el sujeto perdería su dignidad al ser considerado un mero medio en el sistema punitivo (restablecer la confianza social en la norma), y no un fin en sí mismo; ni siquiera sería un medio para alcanzar un fin social del que él sea un destinatario de la norma sancionadora (prevención especial).

A nivel general, se encuentra superada la concepción de la culpabilidad como reprochabilidad por la comisión de un hecho típicamente antijurídico. Se ha indicado que las razones actuales para descartar dicho argumento sería que dicho juicio requeriría

56 Ibidem... pág. 1083.

57 JAKOBS, G. "El principio de culpabilidad", ADPCP, 1992, pág. 1082

58 MONTROYA VIVANCO, Y. "La justificación del derecho penal en Jakobs y sus consecuencias en el ejercicio de la potestad jurisdiccional en un Estado constitucional", *Derecho PUCP*, núm. 59, Perú, 2006, págs. 285-286.

59 JAKOBS, G. *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (Trad. Cuello Contreras, J/ Serrano González De Murillo, J.L). Madrid, 1995, pág. 581.

60 MILA, F. "La culpabilidad. Supuestos de...", cit., pág. 746.

61 SILVA SÁNCHEZ, J. *Normas y acciones en derecho penal*. Argentina, 2003, pág. 26.

comprobar el libre albedrío del autor en el momento de actuar, lo que es imposible; y que existen exenciones de culpabilidad, como el miedo insuperable, que no se basan en el reproche al autor por no actuar de otro modo, sino en la inexigibilidad de otro comportamiento (GÓMEZ RIVERO⁶²). No hay ninguna duda de que las concepciones funcionalistas de ROXIN y JAKOBS (cada uno en su respectivo nivel, dentro de la corriente funcionalista) han contribuido a avanzar en un concepto de culpabilidad, basado más en la realidad social (variable de la ecuación que incluye la dogmática alemana, para superar viejos planteamientos metafísicos del derecho penal⁶³), que en presupuestos abstractos metafísicos, de difícil prueba empírica. Se ha llegado incluso a señalar que ambos autores han coadyuvado a la superación de la polémica entre la libertad y el determinismo. Sin embargo, disentimos de tal aseveración, pues, en la actualidad, quizás debido al auge de la inteligencia artificial y las neurociencias, se ha vuelto a plantear la discusión sobre si el fundamento naturalista de la culpabilidad debe ser la libertad o el determinismo, como muy acertadamente ha señalado MASSARO, al afirmar que las neurociencias vuelven a proponer el diálogo complejo con las ciencias naturales⁶⁴.

Lo que sí parece pacífico, es que el fundamento de la culpabilidad ha de centrarse en la idea de exigibilidad (del deber normativo), ya que no es exigible a quien por sus deficiencias o circunstancias tiene serias dificultades para motivarse conforme a los mandatos penales (GÓMEZ RIVERO⁶⁵).

Por todo esto, entendemos la culpabilidad como un juicio de valoración jurídico-penal, que permite responsabilizar al sujeto por la realización de un hecho típicamente antijurídico, siempre que haya tenido la suficiente capacidad, en el momento del hecho, para haber motivado su comportamiento según la norma, y sin que hubiera motivo (típico) para no exigirle un comportamiento normativo. Concebimos, por tanto, que la culpabilidad es un juicio de valor negativo complejo, fundamentado en la capacidad (que ayuda a valorar la aptitud cognoscitiva del sujeto de cara a formar su motivación), en la libertad de decisión, esto es, en la intencionalidad (*dolus malus* o intencionalidad maliciosa) o en la obligación normativa de actuar conforme a la diligencia (imprudencia) y en la existencia de alternativa a esa decisión de cometer la conducta delictiva, que libremente rechaza. Es evidente que el cajón de sastre en el que se convertiría la idea de exigibilidad, si su contenido dependiera de la mera argumentación dialéctica, hace que el derecho penal limite su ámbito aplicativo a dos hechos solamente: el estado de necesidad exculpante y el miedo insuperable. Fuera de estos dos supuestos, el sujeto con capacidad de motivarse no tiene más alternativa que actuar de acuerdo con la norma de determinación.

El constructo complejo de la culpabilidad es el que nos sirve para examinar la responsabilidad del sujeto. Si esa responsabilidad puede llamarse reproche entendemos que es lo de menos, sobre todo si tenemos en cuenta que reprochar no es sino reconvenir o censurar a alguien por lo que ha hecho, que es justo lo que se hace en derecho penal a la hora de abordar la culpabilidad del sujeto. En otras palabras, se trata de la imputación subjetiva. En definitiva, la capacidad de motivación es el fundamento de la culpabilidad, mientras que el reproche sería su consecuencia.

62 GÓMEZ RIVERO, M.C. *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte General*, Madrid, 2010, pág. 262.

63 Realidad social, plasmada según la estructura lógica de la realidad (WELZEL), o como actualmente realiza ROXIN, en el sentido de política criminal (se puede profundizar más en MASSARO, A. "Intelligenza artificiale e neuroscienze: l'eterno ritorno del diritto penale?", en *Diritto penale, intelligenza artificiale e neuroscienze* (Dir. Peris Riera, J. M. / MASSARO, A.), Roma, 2023, pág. 30.

64 MASSARO, A. "Intelligenza artificiale e neuroscienze...", cit., pág. 29.

65 GÓMEZ RIVERO, M.C. *Nociones fundamentales de...*, cit., pág. 262.

Pese a todo, nos adscribimos a quien señala, con acierto, que no resulta sencillo tomar posición sobre un principio tan importante y, a la vez, tan discutido como resulta éste de la culpabilidad (RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ⁶⁶).

III. LIBRE ALBEDRÍO VS DETERMINISMO

Uno de los anclajes esenciales de la culpabilidad parece ser la libertad del sujeto y, ello, al margen de la concreta concepción de culpabilidad que se siga. En efecto, ya sea el mero reproche, ya sea la capacidad de motivación por la norma de determinación, el sujeto responde criminalmente por serle exigible que actuara de otro modo. Y esa posibilidad de actuar de otro modo, y su contradicción con lo realmente sucedido, no puede ser fruto más que de su, a priori, libertad. Siguiendo a GONZÁLEZ TAPIA, el estándar de destinatario de la norma, con capacidad de culpabilidad o imputable, es la de un ser humano agente, racional, que toma decisiones y que es motivable por la norma y los valores subyacentes a ella⁶⁷.

Pese a que no haya grandes discusiones en torno a esta premisa⁶⁸, lo cierto es que la cuestión de la libertad no es nada pacífica en la doctrina, sobre todo en cuanto a su alcance, ubicación y lo que fundamenta desde la perspectiva de la culpabilidad. Podrá negarse contenido a la libertad individual, pero a la postre todas las teorías (lo digan de un modo u otro) tienen que partir de ella para fundamentar la culpabilidad personal.

Siendo la libertad un presupuesto básico de la culpabilidad, es cierto que dicha libertad solo puede tener relevancia en cuanto derivada de la capacidad de conocimiento del sujeto. Una capacidad que debe ser, en todo caso, suficiente para que la persona pueda motivarse por la norma. De ahí que quién no tenga esa aptitud (por ejemplo, un inimputable) no podrá tener capacidad de culpabilidad, pues su comportamiento no es consecuente con un conocimiento sobre el deber derivado de la norma (sería incapaz de representarse no ya el resultado (lo que, incluso, podría ser discutible), sino la antijuridicidad misma del resultado). Dicho de otra manera, sin capacidad de conocimiento no puede haber un uso de la libertad reprochable (imputación subjetiva) por el derecho penal.

Hemos de partir, por ser cierto, que el libre albedrío no puede ser demostrado. Hasta el punto es así que algunos autores opinan que este concepto no es más que un fantasma, un espectro muerto que resurge cuando no se le pone fin adecuadamente (BIGENWALD/ CHAMBO⁶⁹).

De ahí que la doctrina mayoritaria haya preferido ubicar la libertad no en la decisión de cometer la acción típica (ya que sería indemostrable), sino, en palabras de CUELLO CONTRERAS, en la capacidad o posibilidad de ejercicio de la libertad en el momento del hecho, y en el momento de asumir libremente la punición, esto es, como capacidad de comprensión de ambos actos⁷⁰. Dicho de otro modo, no se trataría de probar

66 RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S. “Neuroderecho, TDAH y culpabilidad jurídico-penal”, en *El trastorno por déficit de atención e hiperactividad y su repercusión en la responsabilidad penal* (Dir. Peris Riera, J.M.). Madrid, 2017, pág. 40.

67 GONZÁLEZ TAPIA, M.I. “Neurociencias y culpabilidad: recapitulando”, en *Diritto penale, intelligenza artificiale e neuroscienze* (Dir. Peris Riera, J. M. / Massaro, A.), Roma, 2023, pág. 292.

68 Salvando, eso sí, las corrientes de corte funcionalistas más radicales.

69 BIGENWALD, A/ CHAMBO, V. “Criminal Responsibility and Neuroscience: No Revolution Yet”, *Frontiers in Psychology*, Reino Unido, Junio 2019, pág. 3.

70 CUELLO CONTRERAS, J. *El derecho penal Español...*, cit., pág. 943.

la libertad del sujeto en el caso concreto (toda vez que, como concepto, parece indemostrable), sino el grado de capacidad para decidir cognoscitivamente en el momento del hecho. En definitiva, la responsabilidad vendría de la capacidad de entender la situación y, pese a ello, elegir o realizar la opción prohibida por la norma. O como se ha señalado, la culpabilidad está relacionada con la libertad, pero no con la libertad de la voluntad (libre albedrío), sino con la libertad de autoadministrarse, esto es, de administrar la cabeza y el ámbito de organización propios⁷¹.

Sin embargo, y en nuestra opinión, esta concepción de la libertad podría quedar confundida con la imputabilidad, a la que quedaría adscrita, en exclusiva, como magnitud valorativa (esto es, como circunstancia a valorar por el intérprete). Entendemos que no debe ser así. La libertad debe operar en varios planos: De un lado, en la capacidad de conocer, en el momento del hecho, que el comportamiento resulta ilícito, que vendría a ser el fundamento de la imputabilidad del sujeto; de otro, en el momento de ejecutar la acción, bien sea porque la acción es consecuencia de un acto reflexivo y decidido (dolo), o de una conducta descuidada (infracción del deber objetivo de cuidado, propia de la imprudencia); y por último, en no haber sufrido una vis física o psíquica impeditiva de la voluntariedad.

Solo así la actuación del sujeto queda condicionada por su actitud voluntaria (y, por tanto, aceptada) o despreciativa (imprudencia) respecto del bien jurídico; sin olvidar que la libertad vuelve a ser el fundamento de la exigencia normativa, precisamente, porque cualquier actuación que, como pura opción, exceda de lo que nos sea exigible normativamente y que cause una ofensa típica al bien jurídico debe fundamentar el reproche (o la declaración de responsabilidad) y, en consecuencia, la pena.

Por tanto, la libertad, o capacidad cognoscitiva de opción (alternativa), es un valor sobre el que se hace pivotar toda la culpabilidad. O, en otras palabras, la culpabilidad es el reflejo mismo de la libertad del sujeto, pero una libertad que parte de la capacidad de conocimiento para motivarse por la norma. Sin esta capacidad, el resto de los elementos de la culpabilidad caería como un castillo de naipes.

Es cierto, por tanto, que la libertad, considerada como libre albedrío, resulta indemostrable⁷², pero tampoco la intención, la aceptación o la asunción del resultado en el caso concreto es fácilmente demostrable y nadie puede discutir que eso mismo es la base subjetiva de los delitos dolosos⁷³. El problema está, no en negar la libertad con el mismo rigor con el que se afirma su existencia, sino en definirla desde una perspectiva normativa.

La discusión en torno al fundamento de la culpabilidad, centrada los últimos años en la cuestión de si podía o no admitirse la hipótesis (para un sector doctrinal indemostrable) de que un sujeto había realizado una acción antijurídica a pesar de que podía haberse comportado de una forma distinta, marca las dos corrientes fundamentales a la hora de abordar el concepto mismo de culpabilidad y, como no, su propia estructura categorial (PERIS RIERA⁷⁴).

Señala LUZÓN PEÑA que si el sujeto podía libremente haber decidido actuar de otro modo, de modo lícito y haber actuado así, y sin embargo actuó cometiendo un ilícito

71 JAKOBS, G, "El principio de...", cit. pág. 1082

72 Esto mismo afirmaba ya Kant en su *Critica de la razón pura*.

73 Como se ha indicado, no es posible establecer correspondencias precisas entre aquellos conceptos (deseo, creencia, intención) y los hechos psíquicos demostrados que tienen lugar en la mente (PAREDES CASTAÑÓN, J.M. "Dolo y psicología de sentido común...", cit., pág. 883).

74 PERIS RIERA, J, "Condicionantes genéticos y responsabilidad penal...", cit., pág. 99.

penal, se le podrá reprochar subjetivamente ese hecho (a no ser que concurra otra circunstancia de disculpa); y si, al contrario, por alguna razón interna permanente u ocasional o externa está excluida la libertad del sujeto al cometer el hecho típico, no se le podrá reprochar individualmente esa actuación que no podía haber evitado, no habrá reprochabilidad y con ello se excluirá la culpabilidad⁷⁵.

La incapacidad de demostración empírica de la libertad lleva a otros autores a conceptualizar la libertad no en un sentido metafísico (como libre albedrío), sino en sentido normativizado; es decir, entienden la libertad como la capacidad de representación de la conducta y, por ende, de la posibilidad de reaccionar frente a una anticipada representación delictiva, en base no a la libertad sino a la creencia aceptada de tener libertad. De esta opinión es PRINTZ⁷⁶, ampliamente explicada por PALMA HERRERA; así, este autor señala que uno de los principales efectos del sentimiento de ser libres es la capacidad de frenar el sistema de toma de decisiones subpersonal, que está diseñado para ser rápido y eficiente. Retrasar las decisiones de actuar proporciona una oportunidad para la elaboración y la deliberación, y por lo tanto aumenta la profundidad del procesamiento en los sistemas de representación relevantes para una determinada decisión. Permite, de este modo, una expansión de los recursos de representación para tomar una decisión, y esta formación adicional puede modificar la decisión final en sí misma. El problema es que esta tesis solo habla del control del impulso⁷⁷. Es decir, lo decisivo, como señala BURKHARDT⁷⁸, es si el sujeto actuó en la creencia de que tenía alternativas a su comportamiento⁷⁹.

La libertad es el punto que debe conectar lo antijurídico y lo culpable y, en consecuencia, es lo que representa la culpabilidad, fundamenta el reproche y motiva la imposición de una pena. Hasta el punto es así, que, si concurriera una causa de inexigibilidad que tolerara, en el hecho concreto, una conducta distinta a la obligada por la norma, el derecho penal no castigaría, pero el comportamiento seguiría siendo igualmente antijurídico⁸⁰. Es decir, la libertad no justifica, solo representa el grado de responsabilidad criminal del sujeto. Por ello, como se tiene afirmado, el principio de culpabilidad tiene como presupuesto lógico la libertad de decisión de la persona, pues solo cuando esencialmente existe la capacidad de determinación conforme a las normas jurídicas puede ser hecho responsable el autor por haber cometido el hecho antijurídico en lugar de dominar sus instintos criminales (JESCHECK/WEIGEND⁸¹).

Por otro lado, la exigibilidad no debe confundirse con la inexigibilidad. La exigibilidad es un elemento integrador de la culpabilidad, ya que informa y afecta a todos los elementos previos de esta (imputabilidad, forma de culpabilidad y norma); la inexigibilidad, en cambio, es una negación de la exigencia normativa, pero no afecta al resto de elementos de la culpabilidad, que seguirán presentes en el sujeto. En el caso de quien mata bajo un estado de necesidad exculpante, no se discute su imputabilidad o el carácter doloso de su conducta; tan solo se le tolera excepcionar el mandato de la norma que

75 LUZÓN PEÑA, D.M. "Libertad, culpabilidad y neurociencias", cit., pp. 18-19.

76 PRINTZ, W. *Open minds: The social making of agency and intentionality*. Massachusetts, 2012.

77 PALMA HERRERA, J.M. "Libertad, culpabilidad y psicopatía", en *Estudios jurídicos penales y Criminológicos en homenaje al Prof. Dr. Dr. H.C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Vol. 1, Madrid, 2018, pág. 517.

78 BURKHARDT, B. "La comprensión de la acción desde la perspectiva del agente en el derecho penal", en *Problema de la libertad de acción en el derecho penal*, Burkhardt, B / Günther, K / Jakobs, G. (Dirs.), Buenos Aires, 2007, pág. 45.

79 PALMA HERRERA, J.M. "Libertad, culpabilidad y psicopatía...", cit., pág. 518.

80 Tal hecho, aunque responsable e n otros órdenes jurídicos, quedaría extramuros del derecho penal.

81 JESCHECK, H. H / WEIGEND, T. *Tratado de derecho penal...*, cit., pág. 437.

prohíbe matar. En cambio, la situación inversa no se produce. En este mismo sentido se pronunciaba GOLDSCHMIDT⁸².

En efecto, en el caso de la inimputabilidad el hecho sigue también siendo antijurídico, pero la pena se excluye por la ausencia de libertad cognoscitiva del sujeto, que le impide entender su conducta como antijurídica, y le imposibilita el cumplimiento normativo por incapacidad de motivación. En definitiva, en la imputabilidad, en la forma de culpabilidad (dolo o imprudencia) y en el deber normativo (exigibilidad), la libertad es el conector de la pena, y en la inexigibilidad (miedo insuperable o estado de necesidad exculpante) la libertad no es valorada punitivamente, por más que esté presente también como presupuesto de la acción⁸³ (no de la pena) que se tolera. Esto da cuenta del carácter valorativo/complejo y no categórico⁸⁴ de la libertad en derecho penal.

A pesar de todo ello, es constante y reiterada la discusión doctrinal sobre si la culpabilidad solo puede originarse con comportamientos de sujetos libres, si el sujeto siempre actuaría, en el mismo contexto, de la misma forma a como lo hizo, o si la culpabilidad queda al margen de tal libertad. Incluso se discute si, ante fenómenos patológicos recurrentes, que motivan respuestas etiquetadas clínicamente⁸⁵, la culpabilidad podría seguir existiendo aún el determinismo conductual al que estaría sometido el sujeto.

Si ello fuera así, esto es, si fuera indiferente la libertad para poder hablar de culpabilidad, es evidente que la libertad del sujeto no tendría relevancia alguna ni como libre albedrío, ni como libertad normativa. Pero es que, desde una perspectiva victimológica estricta, tampoco podría valorarse como ese margen de libertad relevante de la víctima que sufre un ataque (respuesta previsible determinada) de un sujeto inconfundiblemente patológico. Ese pequeño margen de libertad relevante de la víctima, que interactuaría socialmente sabiendo que determinadas personas (de las que no se puede tener expectativa de cumplimiento normativo) pueden tener un comportamiento inculpable, pero lesivo (y del que debe salvaguardar el Estado), es lo que se propugna por el determinismo causal; según esta teoría, y como explica CUELLO CONTRERAS, todos nuestros actos están predeterminados por una cadena causal ilimitada que no podemos romper libremente, bien opere a través de causas físicas (por ejemplo, estar en un momento dado en el lugar donde nos atropellará un coche) bien a través de causas psíquicas (por ejemplo, matar a una persona porque hemos sucumbido a un impulso homicida irresistible), puesto que la naturaleza actúa conforme a fuerzas que no nos es posible dominar⁸⁶. Es decir, hay hechos que no podemos conocer que nos van a suceder y que podrían estar determinados. Con todo, esta relación causal natural escapa por completo del objetivo del derecho penal, aun cuando en algún momento pueda tener relevancia criminológica (es el caso, por ejemplo, de la víctima provocadora y/o propiciatoria).

Es evidente que el determinismo causal, como razonamiento especulativo, tampoco impide que la actuación de los sujetos deba valorarse a la luz de la libertad; libertad de quien decide transgredir el derecho; y libertad de quien confía, irrazonablemente, en que no será víctima de un delito (expectativa normativa). Al derecho penal le afecta la primera

82 GOLDSCHMIDT, J. *La concepción normativa de la culpabilidad*, Buenos Aires, 1943, pág. 31.

83 Entiéndase en ese caso como acción coaccionada, esto es, sin haber sido voluntariamente aceptada.

84 Las causas de inexigibilidad impiden afirmar que la culpabilidad (de manera categórica) solo se excluye por la falta de libertad. La libertad, en las causas de inexigibilidad está presente y, sin embargo, no hay culpabilidad.

85 Es decir, respuestas que, en términos clínico-jurídicos, no son más que manifestaciones de voluntad característicos de una determinada patología.

86 CUELLO CONTRERAS, J. *El derecho penal Español...*, cit., pág. 939.

de las libertades citadas (la culpabilidad), mientras que a la victimología compete la segunda (entendida como propiciación). Aun así, lo inquietante, como se ha comentado más arriba, es que la expectativa normativa social –propia de la criminología– es el fundamento de la culpabilidad para muchos autores, sobre todo de la dogmática alemana. Corriente que, dicho sea de paso, cuenta cada vez con más adeptos en la doctrina española.

Coincidimos plenamente cuando se afirma que la culpabilidad coloca al penalista ante la difícil situación de tener que decidirse entre dos extremos igualmente cuestionables: o aceptar la capacidad humana para actuar libremente y aceptar con ello el concepto de culpabilidad o negar esta capacidad, negando con ello, al mismo tiempo, la culpabilidad como elemento o categoría del delito (MUÑOZ CONDE⁸⁷). A favor de la libertad, como categoría de la culpabilidad, se muestra POLAINO NAVARRETE, cuando afirma que la libertad de autodeterminación de conducta es el elemento esencial de la culpabilidad que exige acreditar en el sujeto las facultades de ejercicio del libre albedrío personal⁸⁸.

En nuestra opinión, si la culpabilidad no se fundamentara necesariamente en la libertad, el reproche no sería jurídico-penal; sería moral o, a lo sumo, de corte administrativo. Y no debe olvidarse que a ese reproche moralizante le seguiría la imposición de una sanción jurídica (la pena), por lo que no resulta tolerable ni razonable. Siguiendo la visión de la culpabilidad propuesta más arriba, los tres pilares que fundamentan un reproche personal sería la imputabilidad (luego veremos si como presupuesto o premisa de la culpabilidad), la intencionalidad o el descuido (formas de culpabilidad: dolo o imprudencia) y la exigibilidad del deber de determinación, como elemento vertebrador de un reproche que se caracteriza por su dimensión normativa, es decir, jurídica, es decir, no ética ni moral.

No puede hablarse de un sujeto –imputable– culpable, si no se reprocha su comportamiento libre, y su libertad queda justificada en: Primero, haber cometido un hecho cuya ilegalidad era capaz de conocer y eso no le disuadió realizarlo (primer acto de libertad); segundo, porque lo hizo como opción voluntariamente querida, o aceptando o asumiendo el resultado eventual que se iba a producir o, en otro caso (cuando así lo criminalice el código penal⁸⁹) con un descuido censurable en personas con capacidad de advertencia de peligros y riesgos, control y autodeterminación (segundo acto de libertad); y tercero, estando sometido al cumplimiento (y, por tanto, con posibilidad de cumplir) de la norma de determinación que le era exigible obedecer (tercer acto de libertad); o dicho de otro modo, actuando pese a saber, o con capacidad de saber, que su conducta suponía distanciarse del deber normativo (al no estar sometido a una vis física o psíquica que le impedía la voluntariedad de su acto). En definitiva, y unificando, existirá culpabilidad cuando el sujeto tenga capacidad de motivarse por la norma, y no lo hizo por decisión personal (libre).

A partir de estos tres elementos, se puede valorar si el sujeto debe quedar dispensado de culpabilidad solo si se duda de su margen de libertad cognoscitiva. Así, cuando no se tenía la capacidad suficiente para predecir que el acto delictivo fue racionalmente conocido (inimputabilidad); cuando el sujeto partió de un error invencible en el hecho o en la ilicitud de este (error), o cuando por su situación no pudo actuar de otro modo (inexigibilidad).

87 MUÑOZ CONDE, F. *Teoría general del delito*, Valencia, 1991, pág. 119.

88 POLAINO NAVARRETE, M. *Lecciones de derecho penal. Parte General*, Tomo 2, Madrid, 2021, pág. 196.

89 El artículo 12 del código penal español establece que “las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”, estableciéndose así un sistema de incriminación cerrado o *numerus clausus*.

A nuestro entender, la problemática de la libertad (como elemento) en la imprudencia es tan particular que el código penal español no castiga todos los delitos a título imprudente, sino solo en aquellos casos en los que el bien jurídico requiere su protección al máximo nivel⁹⁰ (decisión esta que compete solo al legislador). En este caso, la exigibilidad rodearía todo el contenido de la imprudencia, ya que no habría más comportamiento prudente que el que resulte exigible por la norma de cuidado, es decir, el deber normativo se convierte en eje central (objetivo y subjetivo) del tipo imprudente. En este mismo sentido COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON⁹¹.

En la imprudencia, la previsibilidad es el rasgo característico que define la acción psíquica del sujeto. Pero no tanto por no prever, sino por no haber hecho uso (consciente o inconsciente) de la capacidad/obligación (todo es deber normativo) de prever y/o, en su caso, evitar. Todo ello, no obstante, sin entrar en la problemática que subyace también a la imprudencia, desde una perspectiva dogmática, y que por obvias razones de extensión no analizamos en el presente trabajo.

En cuanto a la exigibilidad, la cuestión ha sido ampliamente debatida por la doctrina, llegándose a incardinar su discusión en función de la finalidad que se otorgue a la culpabilidad. En efecto, dependiendo de si con la culpabilidad se pretende reprochar al individuo, o asegurar el orden social la solución será bien distinta.

Para JAKOBS, por ejemplo, tomar en cuenta el libre albedrío solo tiene sentido cuando con la culpabilidad se pretende exclusivamente la desvalorización del individuo (reprochabilidad), pues tal concepto (la libertad) carece de dimensión social⁹². Según entiende este autor, si nos limitamos a concebir el sentido teleológico de la culpabilidad como el aseguramiento del orden social, entonces la culpabilidad no trata de si el autor tiene realmente una alternativa de comportamiento, sino de si hay, para la imputación del autor, una alternativa de organización que sea preferible en general. Si falta una alternativa de organización, se le asigna al autor una alternativa de comportamiento y se le reprocha que no la haya utilizado (JAKOBS⁹³). Es decir, que mientras no haya un sistema social alternativo, el Estado solo puede describir comportamientos normativos e imponerlos a todos los sujetos. En conclusión, para JAKOBS la culpabilidad tiene por finalidad determinar la deslealtad al derecho del autor⁹⁴.

Para esta corriente, por tanto, el libre albedrío no tiene significado jurídico penal alguno, pues no se trata de ver las opciones que tenía el autor y su libertad para elegir⁹⁵; tan solo se trata de mantener el orden social. Tampoco un determinista, según JAKOBS⁹⁶, se opondría a esta tesis, si es que lo que se quiere mantener es el orden. Pese al creciente entusiasmo de algunos autores españoles por el autor alemán, se parte en su teoría, y es nuestro parecer, de una visión por completo deshumanizada, solo comprensible –aunque

90 Actualmente, solo hay delito imprudente allá donde expresamente lo establezca el código (artículo 12 código penal español), a diferencia de lo que ocurría con el anterior código penal, en cuyo artículo 565 se establecía un sistema abierto de incriminación imprudente en los siguientes términos: “El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare malicia, constituiría delito, será castigado con la pena de prisión menor”.

91 Estos autores señalan que se postula, en el seno de la culpabilidad, una doble naturaleza de la inexigibilidad: en los delitos dolosos constituiría un tercer momento del juicio de reproche, sobreañadido a la imputabilidad y al dolo, mientras que en los culposos se integraría en la esfera correspondiente a la propia forma de culpabilidad, determinando su exclusión (COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTON, T.S. *Derecho penal...*, cit., pág. 527).

92 JAKOBS, G. *Derecho penal. Parte General...*, cit., pág. 585.

93 *Ibidem...* pág. 585.

94 *Ibidem...* pág. 596.

95 Precisamente porque ha elegido opción contra la norma es lo que se le reprocha.

96 JAKOBS, G. *Derecho penal. Parte General. Fundamentos ...*, cit., págs. 584-585.

no compartida— en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tal y como se ha podido desarrollar, con mayor detalle, en otros trabajos⁹⁷. No compartimos, en absoluto, esta visión social deshumanizada, por resultar inadecuada (e incluso inapropiada) para categorizar una responsabilidad tan individual como es la penal. La expectativa normativa será social, pero la pena es individual. Mucho menos podemos fundamentar la culpabilidad (que cimienta la pena) en valores sociales y no en la actitud interna del sujeto para con el hecho penal cometido.

Que sin libertad (entendiéndola como aquí venimos haciendo⁹⁸) no hay culpabilidad (por inimputabilidad, error o inexigibilidad) es un hecho normativo, con cobertura en el código penal español (aun su defectuosa redacción). Sin embargo, cuando esa falta de culpabilidad se debe, en exclusiva, a la inimputabilidad, la cuestión es ¿solo consiste en negar la libertad?; es decir, ¿la negación de la libertad da paso al determinismo? Si así fuera ¿el comportamiento del sujeto determinado no permite en ningún caso su responsabilidad penal? ¿O es, precisamente, su determinismo lo que impide la exigibilidad de otra conducta y, con ello, el motivo real para apreciar su inculpabilidad?

IV. DETERMINISMO: ¿UN PROBLEMA DE EXIGIBILIDAD?

En los términos indicados, una explícita patología puede conllevar a una actuación no libre, sino determinada, lo que puede poner en seria duda la culpabilidad del sujeto y, con ello, su responsabilidad penal. Pese a ello, afirmar esto sería aceptar siempre, en sentido contrario, la libertad del sujeto en condiciones de imputabilidad, lo que tampoco queda demostrado.

Como punto de partida, se señala en la doctrina que, al hablar de determinismo, se tiende erróneamente a confundir con fatalismo, entendido este como el inevitable acontecer causal de los hechos. PERIS RIERA, recordando a WIKLER⁹⁹, conceptúa el *fatalismo*, precisamente, como una creencia supersticiosa que a veces se confunde con la idea más verosímil del determinismo, y está claro que una cosa no es la otra¹⁰⁰.

El origen del determinismo (como fundamento del crimen), o *indeterminismo tradicional*¹⁰¹, está, en su base misma, anclada a la teoría positivista del siglo XIX¹⁰² y, más concretamente, a la teoría monista mecanicista, que dirigirá la atención al biodeterminismo, como teoría de las ciencias naturales y que consideraba que los procesos químicos y físicos eran capaces de explicar todo cuanto existiera en el mundo, del mismo modo que, respecto del hombre, era capaz de interpretar el origen de su conducta. Teoría esta, junto a otras como el Darwinismo social, fueron el origen del conocido *criminal nato* de LOMBROSO¹⁰³, en su conocida obra *L'Uomo Delinquente*, publicada en el año 1876. No

97 Véase, por ejemplo, PÉREZ-ARIAS, J. *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Madrid, 2014, págs. 175-194.

98 Esto es, como concepto normativo de libertad (basada en la capacidad de conocer) y no como libre albedrío.

99 WIKLER, D. “Los genes y la libertad humana: ¿qué es lo característico de los condicionamientos genéticos en relación con el destino de una persona?”, en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Vol. 1, Fundación BBV, Madrid, 1994, pág. 108.

100 PERIS RIERA, J. “Condicionantes genéticos y responsabilidad penal...”, cit., pág. 99.

101 POLAINO NAVARRETE, M. *Lecciones de derecho penal...*, cit., pág. 196.

102 En Italia representada por la Escuela Positiva, a diferencia de la Escuela Clásica, que basó su sistema en la centralidad de la libertad (MASSARO, A. “Inteligencia artificial e neuroscienze...”, cit., pág. 31).

103 Médico y jurista.

puede extrañar que la interacción¹⁰⁴ que más adelante se producirá entre el derecho penal y la psiquiatría se engendre en este siglo.

Estos avances teóricos condujeron (incluso entrado ya el Siglo XX), a profundizar no solo en el determinismo del criminal nato, sino en la perspectiva que el derecho debe adoptar frente a él, surgiendo lo que se había dado en llamar la defensa social (destacando autores decimonónicos tan relevantes como VON LISZT, dentro del llamado positivismo jurídico con tintes naturalistas¹⁰⁵, o correccionalistas como STELZER, DORADO MONTERO y ya en el siglo XX como JIMÉNEZ DE ASÚA) y la peligrosidad. Esta concepción del sujeto permitirá, décadas después, desarrollar el tan manido concepto del derecho penal de autor, al entender que el delito es un indicio de la personalidad del delincuente. Superado el determinismo en su sentido tradicional, se hizo relevante el determinismo relativo, según el cual el hombre dentro del conjunto de factores condicionantes de su acción tiene un marco de libertad de conducta, que constituye el presupuesto de la imputación subjetiva por su ejecución. Este indeterminismo tendría dos planos, por tanto, el psicológico y el normativo (POLAINO NAVARRETE¹⁰⁶).

No puede decirse que se superaran rápida y definitivamente estas tesis, bien al contrario. Todas ellas fueron formando, con el tiempo, el concepto de peligrosidad entendida como riesgo probable de delincuencia en aquellos sujetos inimputables que ya habían delinquido con anterioridad. Es decir, el determinismo, desde una perspectiva psíquica, no permite fundamentar la inocuidad del inimputable (lo antijurídico es algo más que la imputabilidad), pero sí explicar la probable reincidencia en la inimputabilidad. La peligrosidad daría lugar a la imposición de medidas de seguridad, en los mismos términos que la pena cuando existe culpabilidad¹⁰⁷.

En la actualidad, se ha llegado a admitir que el problema del libre albedrío, como fundamento último de la responsabilidad penal, es una cuestión que incide en la columna vertebral de nuestro sistema, en tanto que una opción incompatibilista conduciría a eliminar el elemento intencional y se dinamitaría el sistema desde dentro, dirigiéndonos hacia un derecho penal funcional de la peligrosidad, cuyo fundamento y finalidad habrían de ser: neutralizar dicha peligrosidad del sujeto que delinque o que tiene una propensión a delinquir (TAPIA GONZÁLEZ¹⁰⁸). Si se eliminara la libertad, en cualquiera de sus versiones (libre albedrío, libertad normativa, etc.), el derecho penal no trataría culpables, sino sujetos peligrosos, definidos mediante la estadística. Esto llevaría a un proceso de conversión en el que la medida de seguridad sustituiría a la pena como respuesta penal al hecho cometido. Es decir, en el hipotético caso de que eso ocurriera, el tipo de injusto coparía todo el contenido relevante del delito, lo que no deja de ser alarmante, porque el delito no es solo vertiente objetiva. Es, precisamente, su vertiente subjetiva, la que

104 O sinergia, si se prefiere.

105 MASSARO, A. "Inteligencia artificial e neuroscienze...", cit., pág. 29.

106 POLAINO NAVARRETE, M. *Lecciones de derecho penal...*, cit., págs. 196-197.

107 Sin poder olvidar que, en el código penal español, a partir de su reforma mediante Ley Orgánica 5/2010 incorporó al derecho penal español el establecimiento de la medida de seguridad para los imputables que sean considerados peligrosos, complementariamente a la pena: Se reinaugura así el derecho penal preventivista en España. Ejemplo clave de esta nueva situación, la encontramos en la libertad vigilada (máximo 5 años), y que se configura como una medida de seguridad postpenitenciaria dirigida a los imputables. La peligrosidad pasa a fundamentarse ya no en la individualidad del sujeto, sino en la previsión en abstracto de la naturaleza del delito cometido. Incluso se prevé el análisis de la peligrosidad en el imputable a la hora de valorar la suspensión de la pena. Y ello, aunque el código en su art. 80 no la mencione expresamente (pero sí haga mención a la probabilidad de comisión de delitos futuros).

108 GONZÁLEZ TAPIA, M.I. "Neurociencias y culpabilidad...", cit., págs. 296-297.

justifica la existencia del derecho penal, como rama separada de otros sectores del ordenamiento jurídico.

Al margen de esta visión determinista, propia de la psiquiatría del Siglo XIX (y principios del XX), más tarde se producirá otro avance científico que hará retomar la idea del determinismo como fundamento de la culpabilidad: La genética, y el denominado *determinismo genético* (PERIS RIERA¹⁰⁹), con la acertada crítica realizada por este autor, cuando considera un error reducir la vida humana a la biología, por más que sea comprensible la creencia de que los genes son una limitación directa y característica de la libertad del hombre¹¹⁰.

No obstante, y entendemos que con cierto desliz o, al menos, de manera incompleta, se ha señalado por alguna jurisprudencia menor que, de la regulación legal, se desprende que nuestro Derecho sigue un método biológico - psicológico de constatación de la inimputabilidad: deben comprobarse primeramente determinados estados orgánicos (biológicos) y a partir de ahí comprobar si, como consecuencia, está excluida la capacidad psicológica de comprensión o de inhibición¹¹¹. Es pacífico en la doctrina actual entender que la imputabilidad, por más que tenga un momento biológico o psicológico de valoración, no es un concepto encuadrable en la ciencia natural, bien al contrario. Es, ante todo, un concepto jurídico. Hasta el punto de que si un sujeto sufre la patología más grave ello no se va a traducir –por pura biología– en una causa de inimputabilidad.

Los avances neurocientíficos han hecho también renacer (si es que hubiera muerto alguna vez) la discusión en torno a la posible determinación de algunos sujetos por causas biológicas. Este progreso científico, sobre todo en lo atinente a la actividad no consciente del cerebro humano, abriría la posibilidad de que esta actividad responda exclusivamente a condicionantes biológicos cuando se trata de toma de decisiones simples en las que no intervienen otro tipo de consideraciones, como la idea de cumplimiento del deber; sin embargo, cuando se trata de decisiones complejas en cuya toma intervienen múltiples factores, también esa actividad no consciente del cerebro humano podría acabar dirigiéndola el propio individuo influido por su intuición o sentimiento de libertad (PALMA HERRERA¹¹²).

De ahí que, por el momento, no haya evidencia científica que permita prescindir de un ámbito consciente y deliberado del sujeto, por lo que parecería prematuro considerar que la biología puede determinar la conducta penalmente relevante de este. Al contrario, se ha señalado que la neurociencia no ha venido a demostrar el determinismo ni tampoco el libre albedrío en el sentido tradicional y categórico de ambos términos. Lo que sí ha venido es a unificar y a matizar ambos conceptos, introduciendo un enfoque dimensional de los mismos, es decir, graduable (GONZÁLEZ TAPIA¹¹³).

Analizando a TARUFFO¹¹⁴, y nos lo recuerda RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ¹¹⁵, las técnicas neurocientíficas tan sólo describen la situación del sujeto en el momento en que se llevan a cabo los test, pero no proporcionan ninguna prueba del pasado; como máximo pueden aspirar a proporcionar algún elemento actual que puede ser útil para la recons-

109 PERIS RIERA, J. “Condicionantes genéticos y responsabilidad penal...”, cit., pág. 97.

110 Ibidem..., pág. 97.

111 SAP Sevilla 188/2007, de 25 de abril (ECLI: ES:APSE:2007:1047).

112 PALMA HERRERA, JM, “Libertad, culpabilidad y psicopatía...”, cit., pág. 525.

113 GONZÁLEZ TAPIA, M.I. “Neurociencias y culpabilidad...”, cit., pág. 292.

114 TARUFFO, M., “Proceso y Neurociencia. Aspectos generales”, en *Neurociencia y proceso judicial* (Dir. Taruffo, M./ Nieva Fenoll, J.), Madrid, 2013, págs. 17-18.

115 RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S. “Neuroderecho, TDAH...”, cit., pág. 43.

trucción del pasado. No obstante, y en nuestra opinión, esto solo serviría como método interpretativo si la conducción en la vida por parte del sujeto fuera objeto relevante de valoración jurídico penal; circunstancia ésta que, afortunadamente, no ocurre.

En el caso hipotético de que estos avances probaran la determinación de algunos sujetos en la causalidad de su conducta, el problema sería la posición que el derecho penal debería adoptar frente a tales sujetos. No tendría sentido, desde el planteamiento actual de la culpabilidad, como deber normativo, responsabilizar a quién ninguna posibilidad tiene de modificar su conducta, ni quedar motivado por la norma. Hoy en día, cuando el sujeto puede conocer parcialmente el significado de su conducta, o no puede controlar el impulso ejecutivo, puede no ser automáticamente exonerado de responsabilidad; al contrario, el código penal español abre la puerta a su consideración como semi-imputable, con la posibilidad añadida de imponer, eventualmente, una medida de seguridad. En todo caso, la determinación del sujeto penal abocaría al sistema a establecer su fundamento en la inquietante figura de la peligrosidad.

Lo que parece claro, es que al sujeto determinado no se le podría exigir un comportamiento distinto, ni su incumplimiento normativo se debe a una causa de inexigibilidad típica (estado de necesidad exculpante o miedo insuperable). En este caso, los avances neurocientíficos centrarían la discusión no solo en la imputabilidad (que sería analizado caso a caso) sino, y en todo caso, en la exigibilidad (que no en las causas de inexigibilidad, que serían la excepción¹¹⁶) como elemento esencial de la culpabilidad.

Es decir, si no se presume, sino que se niega categóricamente el libre albedrío, las garantías propias del Estado de Derecho parecerían desprovistas de sentido, e, incluso, la misma idea de Estado de Derecho sería absurda, pues, en una sociedad gobernada según la hipótesis determinista, no tendría siquiera por qué haber Derecho o, cuanto menos, no un Derecho justo, sino un mero Derecho impuesto (RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ¹¹⁷).

Es tiempo, quizás, de que el derecho penal introduzca voces de otras disciplinas que prueben lo que para nosotros no son más que conceptos metafísicos e hipotéticos. La consecuencia es que, cuando estos avances se hayan producido, los penalistas nos habremos quedado sin excusas. Habrá que cambiar el modelo o fundamentarlo en base a realidades empíricas. No resultará extraño descubrir entonces la frivolidad con la que se han analizado conceptos como el de la libertad o el determinismo, y las condenas que han podido recaer sobre sujetos que, a todas luces, y desde un plano real y científico, no debieron producirse. Si aun así se siguiera con la misma teoría y estructura, manteniéndonos en un oscurantismo ya doloso (al margen de la prueba objetiva que nos puede ofrecer la ciencia), el derecho penal iría hacia una deriva autoritaria, desprovista no solo de certezas, sino de racionalidad.

Parece inevitable, como se tiene afirmado, que la neurociencia mejorará las técnicas de evaluación que impactarán en el diagnóstico de trastornos cerebrales relacionados con la mala conducta social y la predicción del crimen y reincidencia (NERI¹¹⁸). Se dice incluso que los debates doctrinales, fuertemente influidos por enfoques filosóficos, buscan ya un fundamento basado en las ciencias naturales, en particular en las neurociencias (DESTÉFANIS/ SÁNCHEZ-OSTIZ¹¹⁹). La neurociencia puede contribuir a una mayor comprensión de

116 En los términos afirmados más arriba.

117 RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S. "Neuroderecho, TDAH...", cit., pág. 44.

118 NERI, T. "Criminal Law and Neuroscience: A New Ontology?", *Jura Gentium XX*, 1, 2023, pág. 307.

119 DESTÉFANIS/SÁNCHEZ-OSTIZ, "Recensión a Thomas Duve/Stefan R (coords.), *Rechtswissenschaft in der berliner republik, suhrkamp*, Berlín, 2018, 767 páginas", *Cuadernos de Política Criminal*, Núm. 140, época II,

las capacidades cognitivas que un agente debe mostrar para ser un objetivo justo de evaluaciones y prácticas normativas, incluido el castigo (BONICALZI / HAGGARD¹²⁰).

Si la ciencia avanza en el sentido que parece estar avanzando, quizás deba renacer la conexión de lo científico biológico con el derecho penal; sin olvidar que, hoy en día, lo científico (ya sea la neurología, la psiquiatría, la psicología, la bioquímica, etc.) no es la ciencia del siglo XIX, y que solo el derecho penal quedaría anclado –por celo– a presupuestos ontológicos decimonónicos y, objetivamente, desfasados.

Resulta muy interesante la siguiente reflexión que realiza FEIJOO SÁNCHEZ: Lo decisivo a efectos de responsabilidad penal no es si los seres humanos somos seres indeterminados o determinados –que lo somos–, sino la dimensión comunicativa de nuestro comportamiento como ciudadanos de cara a la estabilización de reglas esenciales de convivencia (del orden jurídico). Sólo deberíamos prescindir de la culpabilidad si los neurocientíficos llegan a transformar radicalmente nuestro concepto de ciudadanía en una democracia deliberativa. Sin embargo, todavía no han podido poner en marcha este proceso de transformación social¹²¹.

V. IMPUTABILIDAD

4.1. Concepto

El código penal español no ofrece -de manera directa- un concepto de imputabilidad. Sin embargo, es común en la doctrina entender que, de las causas de inimputabilidad contempladas en el artículo 20, y concretamente en sus apartados primero y segundo, se puede y se ha de deducir un concepto cuasi normativo de lo que haya de entenderse por imputabilidad.

En efecto, el código penal español de 1995 (del que, por cierto, casi solo queda el nombre, tras una treintena de reformas) establece una novedad importante respecto de sus antecesores, que es describir (cuasi) normativamente en qué debe consistir ese estado de imputabilidad. Así, y según dispone el artículo 20. 1º del Código Penal, el sujeto debe ser capaz, al momento de cometer la infracción, de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión (PÉREZ ARIAS¹²²).

Esta velada descripción, en realidad, no aporta claridad conceptual alguna, debiendo incluso subrayarse, como ha sostenido algún autor (IGLESIAS RÍOS)¹²³, que la literalidad del artículo 20. 1º del Código Penal se encuentra distante de las nociones científicas vigentes en la actualidad, y que sistematizan la imputabilidad en los conceptos de conciencia, inteligencia, voluntad y yoidad. En este precepto, y siguiendo elementos propios de la tradicional concepción normativa de la culpabilidad, solo se contemplan dos de los aspectos de la concepción científica: el elemento intelectual y el volitivo.

septiembre 2023, pág. 188.

120 BONICALZI / HAGGARD, “Responsibility Between Neuroscience and Criminal Law. The Control Component of Criminal Liability”, *Rivista Internazionale Di Filosofia E Psicologia*, vol. 10, 2019, pág. 115.

121 FEIJOO SÁNCHEZ, “Derecho penal y neurociencias...”, cit., pág. 48.

122 PÉREZ ARIAS, J. “El trastorno por déficit de atención e hiperactividad y peligrosidad. Medidas de seguridad”, en *El trastorno por déficit de atención e hiperactividad y su repercusión en la responsabilidad penal*, Peris Riera, J.M. (Dir.), Madrid, 2017, pág. 211.

123 IGLESIAS RÍOS, MA. “La eximente de Anomalía o alteración psíquica (Art. 20-2 CP). Una problemática abierta hacia el futuro científico”, *Anuario de Derecho y Ciencias penales*, Vol. LVI. 2003, pág. 162.

Debemos acoger el concepto tradicional de imputabilidad ofrecido¹²⁴ por COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN¹²⁵, que la vinculan con el conjunto de requisitos psicobiológicos, exigidos por la legislación penal vigente, y que expresa que la persona tiene capacidad de valorar y comprender la ilicitud del hecho realizado y actuar en los términos requeridos por el ordenamiento jurídico. En sentido contrario, la inimputabilidad de la persona adulta es la excepción que impide toda posibilidad de reprochar a título de culpabilidad la acción típica y antijurídica a su autor (CUELLO CONTRERAS¹²⁶).

Lejos quedan concepciones de la imputabilidad, como la defendida por BINDING (desde su modelo positivista¹²⁷), y que la entiende como capacidad de acción¹²⁸, de tal forma que la inimputabilidad lo que suprime es la capacidad de actuar; o la de MERKEL, HOLD, entre otros, que la conciben como capacidad jurídica del deber.

Señala TRAPANI que si la imputabilidad fuese realmente un elemento de la culpabilidad y la culpabilidad, como todos los que siguen la teoría tripartita afirman, fuese a su vez un elemento del delito, eso significaría que los no imputables no podrían cometer delito. Y a esa conclusión debería llegarse siguiendo la concepción tanto de la (antigua) culpabilidad psicológica como de la (más moderna) culpabilidad normativa. Así, si la imputabilidad fuese simplemente el presupuesto del dolo y de la culpa, entendidos como las dos formas de relación psíquica con el hecho en las cuales puede manifestarse – y agotarse – la culpabilidad (en el sentido de culpabilidad psicológica), los inimputables, no pudiendo – lógicamente – actuar con dolo o culpa, no podrían consecuentemente cometer hechos normativamente calificables como “delitos”¹²⁹.

4.2. Naturaleza jurídica: ¿Premisa o elemento de la culpabilidad?

Quizás la cuestión de si la imputabilidad es un requisito de la culpabilidad o su presupuesto carece de importancia práctica. No obstante, para el presente estudio resulta interesante tomar una posición respecto de la naturaleza jurídica de la imputabilidad, en el momento y hora que tal extremo puede condicionar nuestras conclusiones. Se entenderá bien que no es igual que concluyamos que la libertad del sujeto solo afecta a la imputabilidad, siendo tan solo un presupuesto de la culpabilidad, o la libertad debe predicarse de toda la culpabilidad en general, siendo la imputabilidad la portadora del primer juicio sobre la libertad desviada y reprochable del individuo.

Y todo ello partiendo de una visión normativa de la culpabilidad, pues, como señala COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN¹³⁰ en el ámbito de una concepción psicológica de la culpabilidad, que entiende agotado el contenido de la culpabilidad en el dolo y en la culpa, la imputabilidad aparece como un simple presupuesto, no como un elemento integrante de la culpabilidad. Sin embargo, aceptada una visión normativa (o al menos mixta, con momentos psicológicos y otros normativos) es relevante que nos cuestionemos si la

124 Y acertadamente desarrollado por MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L. “La Responsabilidad penal de las personas con TDAH”, en *El trastorno por déficit de atención e hiperactividad y su repercusión en la responsabilidad penal*, Peris Riera, J.M. (Dir.), Madrid, 2017, págs. 81-88.

125 COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN. *Derecho penal. Parte General*, 2005, pág. 576.

126 CUELLO CONTRERAS, J. *El derecho penal Español ...*, cit., pág. 988.

127 MASSARO, A. “Intelligenza artificiale e neuroscienze...”, cit., pág. 29.

128 BINDING, K. *Die Normen und Une Übertretung*, II, Leipzig, 1914, pág. 117.

129 TRAPANI. M. “Imputabilidad y delito”, en *Diritto penale, intelligenza artificiale e neuroscienze* (Dir. Peris Riera, J. M. / Massaro, A.), Roma, 2023, pág. 273.

130 COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho penal...*, cit., pág. 434.

imputabilidad, como premisa, condiciona el resto de los elementos de la culpabilidad o, si, por el contrario, es la libertad la que debe analizar todos los actos del sujeto, siendo la imputabilidad tan solo uno de ellos.

Coincidimos plenamente cuando se afirma que determinar la naturaleza de la imputabilidad como presupuesto o requisito de la culpabilidad, va a depender exclusivamente de si consideramos la imputabilidad como algo ajeno al hecho concreto y objeto de valoración, o como algo inescindible a la valoración del hecho (PETROCELLI¹³¹). En este sentido, se ha indicado que si se parte de una contemplación abstracta de la imputabilidad (al margen del hecho), entonces aparecerá como un simple presupuesto de la culpabilidad, no como un componente de esta, pues la realidad de la culpabilidad todavía no habrá sido tomada en consideración. Si, por el contrario, se aborda la imputabilidad en concreto, respecto al hecho realizado, aparecerá como elemento del reproche, pues un momento fundamental de ese reproche es el mal uso de la capacidad de autodeterminación en que la imputabilidad consiste (COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN¹³²).

Partiendo de esta tesis, y teniendo en cuenta que la imputabilidad a valorar es la que el sujeto tiene en el momento del hecho (así lo exige el artículo 20 1º y 2º del código penal español), debemos concluir que se trata de un elemento de la culpabilidad y no una mera premisa. Y la razón es simple: el objeto de valoración no es la capacidad de un sujeto al que se le valora un hecho, sino un sujeto cuyo hecho concreto debe ser valorado por la capacidad de aquel, y en aquel momento. Dicho de otro modo, es el primer elemento que ha de valorarse respecto del hecho penal cometido, para poderlo imputar subjetivamente a su autor.

Desde el mismo instante en que existe capacidad de culpa, toman sentido el resto de los elementos de la culpabilidad, pero eso lo convierte en el primer elemento, no en una premisa. Mas aun, una imputabilidad disminuida (el denominado semi imputable) no elimina la capacidad de integrar el resto de los elementos culpabilísticos, como sí ocurriría de ser la imputabilidad tan solo una premisa, pues no tendría sentido –ni sería jurídicamente correcto en un Estado contemporáneo– que siendo defectuosa la premisa, se siguiera valorando subjetivamente al sujeto (analizando la forma de culpabilidad o su deber normativo).

En sentido contrario se posiciona TRÁPANI¹³³, al considerar que la “imputabilidad” (entendida como capacidad de pena) es un elemento que se encuentra fuera del delito, ya que, de un lado, todas las personas (sean imputables o inimputables) pueden cometer un hecho delictivo, con todos sus elementos; y, de otro lado, la imputabilidad es solo una característica (calidad personal) del autor del hecho delictivo que permite al mismo autor ser penado.

VI. CONCLUSIÓN

Tras el examen realizado, podemos concluir lo siguiente:

1. La culpabilidad ha sido y sigue siendo una de las categorías más discutibles en la teoría del delito. La evidente preocupación de distinguirla de reproches éticos la convierte, sin duda, en el problema más arduo del derecho penal.

131 PETROCELLI, B. *La Colpovolezza*, Padova, 1951, pág. 12.

132 COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho penal...*, cit. págs. 434-435.

133 TRAPANI, M. “Imputabilidad y delito...”, cit., pág. 273.

2. Prueba de ello es la constante evolución que ha experimentado la concepción sobre la culpabilidad en el derecho penal. De hecho, aún en la actualidad se siguen proponiendo nuevos argumentos o teorías que la distancian de consideraciones subjetivas, aun el riesgo de objetivarla y, con ello, hacerle perder su sentido y finalidad, que no es otro que valorar la responsabilidad personal de un sujeto (subjetiva) que ha cometido un hecho típicamente antijurídico.
3. A pesar de que la concepción psicológica de la culpabilidad debe entenderse superada, no hay duda de que la conexión psíquica entre el autor y su hecho (como relación causal), su capacidad de comprensión, y su aptitud para dirigir finalmente una conducta, no pueden ser más que derivadas de un estado y salud mental que han de ser determinables.
4. Pero ello, no permite ocupar la culpabilidad, ni preocupar al dogmático, con hipótesis especulativas de corte psicológico en la esfera del profano, más propias de “brujería” (TRAPANI¹³⁴), que de juristas. De ahí, que la imputabilidad sea una valoración jurídica, por más que algunos de sus condicionantes hayan de ser informados por peritos técnicos. Es mucho más importante valorar la capacidad del sujeto en el momento de cometer el delito, que determinar la enfermedad misma que teóricamente padece.
5. Desde nuestra perspectiva, e intentado ofrecer una valoración sin excesivos subjetivísimos, consideramos que la culpabilidad es un juicio de valoración jurídico-penal, que permite responsabilizar al sujeto por la realización de un hecho típicamente antijurídico. Creemos firmemente que el tipo de injusto y la culpabilidad son dos vertientes separadas del delito. La conjunción de estas dos vertientes permite atribuir responsabilidad penal. Puede resultar discutible, incluso aceptable, la ubicación del llamado dolo natural dentro del tipo de injusto; eso sí, dejando la valoración del dolus malus en el ámbito de la culpabilidad. Con todo, es discutible.
6. Este juicio de valoración debe abarcar, de un lado, la capacidad del sujeto (que debe ser suficiente, en el momento del hecho, para tener un comportamiento motivado normativamente); de otro, la representación del significado antijurídico de la conducta o, al menos, en los tipos imprudentes, la exigencia de haber podido valorar el significado antijurídico de la conducta descuidada; y, por último, la norma de determinación (deber normativo) que era exigible para el sujeto en el momento del hecho.
7. No creemos que sea un error que la culpabilidad vaya paulatinamente incluyendo fenómenos extrajurídicos, siempre que mantenga su naturaleza jurídica, tal y como ya ocurrió con la imputabilidad.
8. Los avances científicos, sea el de la neurociencia o el de la psicología, nos muestran zonas cerebrales que pueden explicar el comportamiento humano. Esos avances deben informar convenientemente al derecho penal, cuando tales comportamientos consistan en conductas delictivas. Esto permitirá concretar el fundamento del castigo penal, de cara no solo a la creación legislativa sino a la interpretación y aplicación de la norma. Dicho de otra manera, el problema de

134 Ibidem, pág. 278.

la libertad de la voluntad ha de abordarse *en diálogo* con las neurociencias¹³⁵, sin darles la *espalda*¹³⁶.

9. Aun así, es cierto que en la actualidad solo se mantienen hipótesis científicas, no certezas, por lo que el intérprete debe mantener una posición de prudencia a la hora de incorporarlas al razonamiento jurídico.
10. Lo que no parece posible, el menos hoy en día, es eliminar la libertad del sujeto como fundamento concreto de su conexión con el hecho antijurídico. La cuestión es delimitar el concepto de libertad, para evitar teorías excesivamente naturalistas.
11. Delimitar este concepto, nos permitiría introducir normativamente un elemento esencial en la interpretación de la culpabilidad. Así, consideramos que la libertad debe entenderse como un constructo para caracterizar el comportamiento del sujeto. No se trata de valorar la libertad como un fenómeno virtuoso de la ontología, sino como aquella situación práctica que demuestra que el sujeto, a pesar de estar obligado a no infringir la norma, la incumplió como mera opción (alternativa disponible), sin un motivo típico (jurídicamente aceptado).
12. Se trataría de valorar si, en el momento y contexto del hecho, el sujeto tuvo la posibilidad de acomodar su comportamiento a lo que le era exigible normativamente. Y para ello, es preciso valorar su capacidad cognoscitiva. Solo cuando el sujeto es capaz de entender la ilicitud del hecho, y no existe causa (contextual ni cognoscitiva) que impida su cumplimiento normativo, se puede afirmar que el sujeto ha actuado siguiendo una alternativa u opción desviada, que es la que le atribuye responsabilidad. Solo así podremos concluir que el sujeto decidió de manera libre no actuar conforme a la norma de determinación que le era exigible (bien de manera dolosa, bien de manera descuidada).

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO ÁLAMO, M., “Culpabilidad en cabeza propia y el enigma de la libertad de la voluntad”, *Cuadernos de política Criminal*, segunda época, núm. 124, 2018.
- ALONSO ÁLAMO, M., “Acción, capacidad de acción y capacidad de culpabilidad: problemas de delimitación”, *Cuadernos de política Criminal*, segunda época, núm. 131, 2020.
- ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto Penales. Parte Generale*, Milano, 1975
- BARDAJÍ ÁLVAREZ, A. y BARDAJÍ GÁLVEZ, L., “Neuroderechos: ser o no ser: una propuesta de adscripción sistemática en el ordenamiento jurídico español”, *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, núm. 57, 2022.
- BENAVENTE CHORRES, H., *Los métodos y sistemas de la teoría del delito*, Barcelona, 2023.
- BIGENWALD, A. y CHAMBO, V., “Criminal Responsibility and Neuroscience: No Revolution Yet”, *Frontiers in Psychology*, Reino Unido, Junio 2019.
- BINDING, K., *Die Normen und Une Übertretung*, II, Leipzig, 1914.
- BINDING, K., *La culpabilidad en derecho penal* (trad. Cancio Meliá, M), Buenos Aires, 2009.
- BONICALZI, S. y HAGGARD, P., “Responsibility Between Neuroscience and Criminal Law. The Control Component of Criminal Liability”, *Rivista Internazionale Di Filosofia E Psicologia*, vol. 10, 2019.

135 ALONSO ÁLAMO, M. “Acción, capacidad de acción...”, cit., pág. 10.

136 FEIJOO SÁNCHEZ, “Derecho penal y neurociencias...”, cit., pág. 48.

- BURKHARDT, B., “La comprensión de la acción desde la perspectiva del agente en el derecho penal”, en *Problema de la libertad de acción en el derecho penal*, Burkhardt; Günther; Jakobs (coords.), Buenos Aires, 2007.
- CASTRO CUENCA, C. *Manual de Teoría del Delito*. Colombia, 2017.
- COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte General*. Valencia, 1991.
- COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte General*. Valencia, 2005.
- CUELLO CONTRERAS, J., *El derecho penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del Delito*, Madrid, 2002.
- CUESTA AGUADO, P. M., *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación*, Madrid, 2003.
- DESTÉFANIS, J. & SÁNCHEZ-OSTIZ, P., “Recensión a Thomas Duve/Stefan R(coords.), *Rechtswissenschaft in der berliner republik, suhrkamp*, Berlín, 2018, 767 páginas”, *Cuadernos de Política Criminal*, Núm. 140, época II, septiembre, 2023.
- ENGISCH, K., *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, 1930.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Derecho penal y neurociencias. ¿Una relación tormentosa?”, *InDret Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2011.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Derecho penal, neurociencias y bien jurídico*, Argentina, 2017.
- FRANK, R., *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, Buenos Aires, 2004.
- GOLDSCHMIDT, J., *La concepción normativa de la culpabilidad*. Buenos Aires, 1943.
- GÓMEZ-JARA DIEZ, C., “La culpabilidad de la persona jurídica”, en *Tratado de Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bajo Fernández, M; Feijoo Sánchez, B; Gómez-Jara Diez, C. (coords.), Madrid, 2012.
- GÓMEZ RIVERO, M. C., *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte General*, Madrid, 2010.
- GONZÁLEZ TAPIA, M. I., “Neurociencias y culpabilidad: recapitulando”, en *Diritto penale, intelligenza artificiale e neuroscienze*, Peris Riera, JM; Massaro, A. (coords, Roma, 2023.
- IGLESIAS RÍOS, M. A., “La eximente de Anomalia o alteración psíquica (Art. 20-2 CP). Una problemática abierta hacia el futuro científico”, *Anuario de Derecho y Ciencias penales*, vol. LVI, pp. 151-173, 2003.
- JESCHECK, H. H. y WEIGEND, T., *Tratado de derecho penal. Parte general* (trad. Olmedo Cardenete, M), Granada, 2002.
- JESCHECK, H. H., “Evolución del concepto jurídico penal en Alemania y Austria”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminológica*, 05-01, pp. 1-22, 2003.
- JAKOBS, G., “El principio de culpabilidad” (trad. Cancio Meliá, M.), en *Anuario de derecho penal y Ciencias Penales*, tomo 45, pp. 1051-1084, 1992.
- JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (Trad. Cuello Contreras, J/ Serrano González De Murillo, J.L), Madrid, 1995.
- KAUFMANN, A. *Schuld und Strafe: Studien zur Strafrechtsdogmatik*, Berlín, 1983.
- LUZÓN PEÑA, D. M., “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, *Revista InDret*, núm. 3, pp. 2-59, 2012.
- LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Valencia, 2012.
- LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de derecho penal. Parte general*. Valencia, 2016.
- LUZÓN PEÑA, D. M., “Culpabilidad y libertad”, *Revista Jurídica de la Universidad de León*, núm. 6, 2019, pp. 1-46, 2019.
- MASSARO, A. *Questioni di fine vita*, Roma, 2020.
- MASSARO, A., “Laicità, diritto penale e bene giuridico: l’equilibrio (precario, ma possibile) tra autodeterminazione e vulnerabilità”, en *Laicità e diritto penale nella recente giurisprudenza costituzionale*, Cadoppi, A; Veneziani, P; Mazzacuva, F. (dirs.), Bologna University Press, pp. 111-123, 2022.
- MASSARO, A., “Intelligenza artificiale e neuroscienze: l’eterno ritorno del diritto penale?”, en *Diritto penale, intelligenza artificiale e neuroscienze*, Peris Riera, JM ; Massaro, A. (coords.), Roma., 2023
- MESSINA, S. L. y TORIO, A., *Presupuestos metódicos del concepto de culpabilidad: Sobre las concepciones normativas del derecho penal*. Valladolid, 1995.

- MILA, F., “La culpabilidad. Supuestos de exclusión de la culpabilidad”, en *Manual de Derecho Penal. Barcelona*, 2023.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 2011.
- MIRÓ LINARES, F., “Conocimiento, dolo, responsabilidad dolosa: acerca de lo relevante y lo accesorio de una discusión dogmática eterna”. *Revista Penal México*, Doctrina, núm. 8, marzo-agosto, pp. 141-159, 2015.
- MONTOYA VIVANCO, Y., “La justificación del derecho penal en Jakobs y sus consecuencias en el ejercicio de la potestad jurisdiccional en un Estado constitucional”. *Revista Derecho PUCP*, 59, Perú, pp. 285-295, 2006.
- MORILLAS CUEVA, L., “La función de la pena en el Estado social y democrático de Derecho”, en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 4, pp. 1-26, 2013.
- MORILLAS CUEVA, L., *Sistema de derecho penal. Parte general*, Madrid, 2021.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., “La Responsabilidad penal de las personas con TDAH desde una perspectiva práctica”, en *El trastorno por déficit de atención e hiperactividad y su repercusión en la responsabilidad penal*, Peris Riera, J (Dir.), Madrid, 2017.
- MUÑOZ CONDE. F., *Teoría general del delito*, Valencia, 1991.
- NERI, T., “Criminal Law and Neuroscience: A New Ontology?”, *Jura Gentium XX*, 1, págs. 288-308, 2023.
- PALMA HERRERA, J. M., “Libertad, culpabilidad y psicopatía”, en *Estudios jurídicos penales y Criminológicos en homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Vol. 1, Madrid, 2018.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M., “Dolo y psicología de sentido común”, en *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Vicente Remesal, J; Díaz y García Conlledo, M; Paredes Castañón, J.M; Úlaizola Nogales, I; Trapero Barreales, M.A; Roso Cañadillas, R; Lombana Villalba, J.A. (Dir.), V. I, Madrid, 2020.
- PÉREZ-ARIAS, J, *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Madrid, 2014.
- PÉREZ-ARIAS, J., “El trastorno por déficit de atención e hiperactividad y peligrosidad. Medidas de seguridad”, en *El trastorno por déficit de atención e hiperactividad y su repercusión en la responsabilidad penal*, Peris Riera, J (Dir.), Madrid, 2017.
- PERIS RIERA. J. M., “Condicionantes genéticos y responsabilidad penal: ¿hacia un Renacimiento de los planteamientos fundadores de la culpabilidad?” en *Características biológicas, personalidad y delincuencia*, Romeo Casabona, CM. (Ed.), Bilbao-Granada, pp. 95-123, 2003.
- PETROCELLI, B., *La Colpovolezza*, Padova, 1951.
- POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de derecho penal. Parte General*, tomo II, Madrid, 2021.
- PRINTZ, W., *Open minds: The social making of agency and intentionality*, Massachusetts, 2012.
- QUINTERO OLIVARES. G., *Curso de derecho penal. Parte General*, Barcelona, 1996.
- RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., “Neuroderecho, TDAH y culpabilidad jurídico-penal”, en *El trastorno por déficit de atención e hiperactividad y su repercusión en la responsabilidad penal*, Peris Riera, J (Dir.), Madrid, 2017.
- ROXÍN C., *Culpabilidad y prevención en derecho penal* (trad. Muñoz Conde, F), Madrid, 1981.
- ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. Luzón Peña, D /Díaz, M/ Remesal, J.), Madrid, 2006.
- SILVA SÁNCHEZ, J., *Normas y acciones en derecho penal*, Argentina, 2003.
- SILVA SÁNCHEZ, J., “La influencia de la obra de Günther Jakobs en el espacio jurídico-penal hispanoablante”, *InDret Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, pp. 1-20, Barcelona, 2019.
- TARUFFO, M., “Proceso y Neurociencia. Aspectos generales”, en *Neurociencia y proceso judicial*, Taruffo, M / Nieva Fenoll, J. (dirs.), Madrid, 2013.
- TRAPANI, M., “Imputabilidad y delito”, en *Diritto penale, intelligenza artificiale e neuroscienze*, Peris Riera, JM; Massaro, A. (coords.), Roma, 2023.
- WIKLER, D., “Los genes y la libertad humana: ¿qué es lo característico de los condicionamientos genéticos en relación con el destino de una persona?”, en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. 1, Fundación BBV, Madrid, 1994.