

CÁTEDRA DE DERECHO PENAL  
Prof. Dr. JOSÉ URQUIZO OLAECHEA

# FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ

Catedrático de Derecho Penal de la  
Universidad Autónoma de Madrid

*Con ocasión de su visita a la  
Universidad Mayor de San Marcos*

Lima, 15 de mayo de 2019

*Coordinador*

*Allen Martí Flores Zerpa*

*Colaboradores*

*Zara Silvana Rosales León*

*Cinthia Jeanette Ruiz Arpe*



ISBN: 978-612-48012-1-1



9 786124 801211

CÁTEDRA DE DERECHO PENAL

Prof. Dr. JOSÉ URQUIZO OLAECHEA

# FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ

Catedrático de Derecho Penal de la  
Universidad Autónoma de Madrid

*Con ocasión de su visita a la  
Universidad Mayor de San Marcos*

Lima, 15 de mayo de 2019



**FERNANDO MOLINA  
FERNÁNDEZ**

Primera edición digital, Octubre del 2021

*Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra  
sin consentimiento expreso de su autor.*

Editado por :

© Copyright 2021: Sociedad Estado y Pena Fondo Editorial SAC  
Calle Bernardo Monteagudo N° 265 San Isidro  
Lima- Perú  
Telf. (511) 2640548

Disponible en: <http://rpcp.pe>

ISBN ELECTRÓNICO: 978-612-48012-1-1

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional  
del Perú N.° 2021-10998

Universidad San Mayor de San Marcos: Por la visita del Doctor  
Fernando Molina Fernández a la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Editado en Perú-Edited in Perú



Prof. Dr. Fernando Molina Fernández  
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid



## PRESENTACIÓN

### I

El Prof. Dr. Fernando Molina Fernández, reconocido catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, el 15 de mayo de 2019 realizó una clase magistral en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, ella llevó por título “¿Por qué castigamos? Nuevos desarrollos en la Teoría de la Pena desde la Psicología Social” en el marco del ciclo de actividades académicas programadas por la cátedra de Derecho Penal – Parte General que dirijo.

El presente texto se ha elaborado en ocasión a esta visita, con el único fin de difundir el conocimiento y rigurosidad científica del distinguido jurista.

### II

Los trabajos que se presentan ahora giran en torno a la dogmática jurídico-penal, como verá el lector, cada uno de estos posee un modo distinto de razonamiento, destacando el análisis serio y crítico tan importantes en la discusión doctrinal moderna.

El primer artículo se denomina “*Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)*”, el cual se compone de dos partes que poseen fines distintos, en la primera parte el autor hace un exhaustivo análisis de los sentidos que tiene el concepto de responsabilidad, para ello toma en cuenta trabajos precedentes de otros juristas y establece al menos dos sentidos relevantes; uno de ellos que “[...] mira al pasado, a los acontecimientos previos al hecho, e intenta encontrar antecedentes que expliquen su existencia, que sean «responsables» de su aparición. El segundo [...] mira más bien al futuro, a las consecuencias del hecho, e identifica quién o quiénes deben «responder» de él”, concluyendo que cuando se habla de la responsabilidad jurídica se estaría hablando en el segundo sentido mencionado.

Luego, a partir de la identificación de estos sentidos, se establecen límites respecto a otros conceptos jurídicos afines como imputación, culpabilidad, acción o causalidad, identificando en cada uno de ellos una mayor o menos semejanza a los sentidos que atribuye Fernando Molina al término responsabilidad. Ya para este estadio de la investigación materia de comentario, se hace necesario tratar dos temáticas esenciales: los criterios que permiten justificar la responsabilidad jurídica, la libertad y su vínculo a la

responsabilidad subjetiva, si bien la última temática es la que se aborda en la segunda parte del trabajo, respecto a la justificación de la responsabilidad jurídica se hace la observación de que las normas jurídicas buscan la prevención del daño a los bienes jurídicos que a la vez se realiza de dos maneras; previniendo el daño o reparando el daño y la pena, por ejemplo, se halla como una medida preventiva y lesiva, por lo cual se abre un nuevo campo de estudio en el que se trata la justificación de este tipo de medida que *“Como cualquier otra medida que entrañe privación de derechos, requiere justificación en dos sentidos: desde la perspectiva de su utilidad práctica debe explicarse cómo es que un ordenamiento que tiene por finalidad la preservación de bienes jurídicos, puede imponer consecuencias que consistan materialmente en lesionarlos; y desde la óptica de su distribución debe explicarse por qué el efecto beneficioso final que espera obtenerse con la imposición de consecuencias se hace precisamente a costa del responsable jurídico”*

Como se dijo, el segundo bloque del trabajo se enfoca en la imperiosa necesidad de preguntarse por el fundamento último que debe tener el concepto de libertad y el vínculo que tiene con la responsabilidad subjetiva, conceptos que no le son ajenos al Derecho Penal (sobre todo a la hora de construir sus propios conceptos) pues de ellos se extraen efectos necesarios para la aplicación de las consecuencias jurídico-penales; sin embargo, tampoco son temáticas exclusivas del saber jurídico; es por ello que el autor analiza a profundidad las propuestas teóricas esbozadas en otras áreas como la filosofía moral o la ciencia; todo ello para responder al concepto de responsabilidad en el sentido de responsabilidad subjetiva, así agrupa a todas estas propuestas dentro de tres grupos; las propuestas deterministas, indeterministas y eclécticas, las que a su vez pueden ser compatibilistas e incompatibilistas.

En tal sentido, se destaca la gran capacidad argumentativa y analítica que se presenta en el artículo debido a que mediante razones y razonamientos lógicos se enfrenta a cada una de las concepciones, propuestas y argumentos ofrecidos desde cada uno de estas posturas, inclusive atacando y corrigiendo las deficiencias que considera que tiene el planteamiento ecléctico, que es con el que cual se comulga en el texto. Pues para arribar a esta conclusión, él propone criterios que mínimamente debería satisfacer una propuesta conceptual; pues como afirma: *“[C]ualquier propuesta debería reunir las siguientes características: en primer lugar, ser respetuosa con la previsible estructura de la realidad que nos ofrece la ciencia (requisito de cientificidad); en segundo lugar, ofrecer explicación desde esa misma estructura a un sentimiento de libertad que resulta en algunos aspectos incompatible con ella (capacidad explicativa); en tercer lugar, ser capaz de rellenar sin pérdidas excesivas (alguna es inevitable) y de manera congruente con el primer requisito el hueco en la justificación de la responsabilidad subjetiva que deja la renuncia a la capacidad de actuar de modo distinto (congruencia y capacidad de justificación)”*.

Siguiendo tales criterios, se embarca en una búsqueda conceptual de libertad que sea mínimamente congruente con lo que se afirma desde las posiciones netamente científicas sobre la estructura de la realidad y que a la vez reconcilie la intuición de actuación libre que poseen los seres humanos, en tal sentido se abarcan temáticas que podrían incluso denominarse clásicas (como el principio causal, presunción de libertad, etc), que se ven actualizadas por el modo de abordarlos y la forma de presentarlos.

Finalmente, se cierra esta investigación con una novedosa conceptualización sobre la libertad que pese a hacer sacrificios teóricos (como la rotunda negación al concepto de actuación de otro modo) construye un concepto cuya ventaja radica en la distinción entre la vista interna y externa del “bloque de hierro macizo” causal en el que se halla el ser humano, concepto que a su vez es ecléctico y que – como si no fuera obvio- cumple con los criterios que el profesor Fernando se propone.

### III

Distinguir entre Dolo e Imprudencia constituye una de las problemáticas que más de las veces ha quitado el sueño a los juristas, problemática que no solamente ha significado inagotables debates teóricos (y hasta retóricos), sino que ha trascendido y se ha trasladado a la aplicación de las leyes penales, pues desde el momento en que normativamente se solicita que subjetivamente el sujeto esté vinculado a los hechos que él mismo causa hallamos la necesidad latente de que este requisito sea mínimamente fundamentado sobre la base de la racionalidad. Es esta temática la que se aborda en “*La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites derecho penal*”, sugerente título que cumple con las expectativas que promete al lector.

El trabajo inicia planteando que las “[...] *extensas descripciones en las que se desgranar una tras otra propuestas de delimitación que giran sobre dos o tres ideas relevantes, sin que al final se tenga la sensación de haber alcanzado una conclusión medianamente satisfactoria que pueda ser manejada por los tribunales [...]*” y sobre esa base se plantea que el problema de delimitación entre el dolo y la imprudencia responde a una pretensión que posiblemente no tenga respuesta o cuanto menos no una que tome en cuenta la forma en la que se manifiestan estas categorías en la realidad; es este último punto en el que se enfocan los esfuerzos de este artículo, mediante la consideración de variables que muchas se han pasado por alto o ni siquiera se supo de su existencia, me refiero a los problemas irresolubles, la gradualidad, la vaguedad, los prototipos, entre otros.

De este modo, se da una vuelta de tuerca, pues se aborda desde otro punto de vista muy innovador uno en el que se tiene consciencia de que “[...] *la distinción de dolo e imprudencia, responden a un patrón común, [...] y este patrón es que se trata de conceptos referidos a situaciones graduales, en las que es imposible establecer límites definidos que sean valorativamente justificables [...]*”, además es de resaltar que en el texto se precise que la cuestión escapa al plano netamente teórico o lingüístico, pues a su entender la gradualidad que se halla en los objetos —y por ende también al dolo e imprudencia— se halla en el plano de la realidad, pues “*La realidad es genuinamente gradual y nuestro lenguaje se adapta a ello acuñando términos vagos*” esta situación, a decir del autor, está reforzada por lo que en la psicología cognitiva se ha denominado “principio de economía lingüística” y los prototipos.

En fin, estos son solamente algunos de los puntos relevantes del trabajo puesto que sustantivamente se aborda desde diversos ámbitos los problemas irresolubles, en especial la paradoja sorites, otorgándonos a detalle cada una de las respuestas que se ha



querido dar a ella, desde la filosofía, la lógica, la psicología y la lingüística, de lo que es necesario resaltar que no se hace una mera exposición de las temática, sino que se toma una postura frente a estos problemas, de este modo, Fernando Molina defiende “[...] *que la paradoja sorites se alimenta del contraste entre nuestra visión intuitiva del proceso de categorización, que coincide con el descrito por la teoría clásica, y el proceso real, ajustado a la teoría prototípica*”.

Finalmente, tras identificar que la conceptualización del dolo e imprudencia responde a una gradualidad que es inherente a ambos conceptos, además de poner en evidencia la similitud entre diversos tipos de dolo y la arbitrariedad que implica fijar cortes que delimiten a uno y otro, por todo ello propone que ante la gradualidad que suponen estos elementos de la teoría del delito será adecuado que también exista una gradualidad en cuanto a las consecuencias que impliquen estos delitos.

#### IV

El artículo “*Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito*”, puede agruparse internamente en tres partes fundamentales, la primera de ellas está referida a la presentación de casos de “inimputabilidad” que —como el lector podrá suponer por la simple lectura del título del texto— no representan desafíos para la culpabilidad, sino para los conceptos de acción, tipicidad y antijuricidad, estos casos, en su mayoría, se han presentado en la jurisprudencia, hecho que deja de lado toda consideración que se tenga por creer que estos son “casos de laboratorio” que harían concluir que son problemas creados por el autor como apoyo argumentativo de su hipótesis; sin embargo, lo cierto es que estos son problemas reales que —tal como se afirma en el texto— “[...] *no son más que la manifestación singular de un problema estructural profundo de la teoría del delito, y en particular de su eje central, la distinción entre antijuricidad y culpabilidad* [...]”.

La segunda parte de este mismo artículo está enfocada en evaluar cada una de las respuestas doctrinarias que han tratado esta problemática con el fin de brindar alguna respuesta, Fernando Molina agrupa estas propuestas en dos grupos que tiene como baremo consideraciones sistemático-dogmáticas y político criminales, además dentro de ellas se hallan subgrupos de soluciones a estos casos; todo ello no hace más que demostrar el bagaje científico que posee el autor pues incluso deja en evidencia las incongruencias a las que incurrir cada una de las propuestas que él somete a evaluación.

Entiendo que todo ello lo hace con el fin al que arriba a la tercera parte del artículo que ahora estamos presentando, pues en ella se reelabora la comprensión del delito, dividiendo a este en dos análisis, el primero de *lesividad*, que implica una valoración de los hechos sin la necesaria consideración subjetivas del sujeto a imputar (aunque Fernando Molina identifica ciertos hechos lesivos en los que necesariamente tienen que concurrir evaluaciones subjetivas por la especial lesividad del hecho); y el segundo de *contrariedad a la norma*, que implica la transgresión de la norma de conducta; la conclusión práctica de la fundamentación es la siguiente:

*“[...] la lesividad penal, es relevante a efectos de la actuación de terceros: justifica la imposición de medidas de seguridad; permite la defensa; impide la participación; y, normalmente, en ausencia de un sujeto culpable, obliga a reparar. [...] [L]a antijuridicidad penal (culpable), es presupuesto de la pena, y entraña la infracción de una norma de conducta cuya finalidad es precisamente evitar hechos lesivos, y en la que se tienen en cuenta, no sólo la capacidad lesiva de la acción, sino todas las circunstancias de la imputación personal que condicionan la capacidad para cumplir deberes jurídicos”.*

Como podrá haber notado el lector, nos hallamos ante tres poderosos estudios que en su totalidad pueden distinguirse por analizar, problematizar y proponer nuevos puntos de vista respecto a las principales temáticas que le interesan a la Dogmática Jurídico-penal, todas ellas con la característica de tener vocación por la cientificidad y la propiedad del uso del lenguaje que se emplea, así como el repertorio de conocimiento que no vive y muere en el Derecho Penal sino que trasciende a ella y que el lector hallará en el estudio programado de Fernando Molina Fernández, muy probablemente todas estas características estén guiadas por lo que el profesor de la Universidad Autónoma de Madrid dijo en otro trabajo *“Un signo distintivo del pensamiento moderno es el monopolio del método científico como forma de aproximarse al estudio de la realidad. Ninguna rama del saber que aspire a denominarse ciencia es ajena a esta forma de proceder. En algunas disciplinas, especialmente en las llamadas ciencias naturales, esto no es discutido por nadie; al menos por nadie de los que hacen ciencia y no meramente especulaciones pseudofilosóficas. En otras, como el Derecho, aún hay un camino que recorrer”* (Molina Fernández, Fernando, Justicia penal y pensamiento científico, Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid, N.º. 23, 2011, p. 7).

No quiero concluir sin antes manifestar mi profundo agradecimiento al Prof. Dr. Fernando Molina Fernández, quien con absoluta gentileza aceptó la invitación que le hiciera junto a mis asistentes académicos Allen Martí Flores Zerpa y Cinthia Jeanette Ruiz Arpe, para impartir la conferencia magistral en las aulas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, tampoco puedo dejar de mencionar la colaboración de la doctora Zara Silvana Rosales León. Nosotros, así como todos los alumnos que conformaron la cátedra de Derecho Penal – Parte General – 2019 de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y los asistentes a la clase magistral agradecemos el tiempo que se tomó y los conocimientos que nos compartió.

**José Urquiza Olaechea**

Profesor principal de Derecho Penal en la UNMSM



## ÍNDICE GENERAL

Presentación.....	5
<b>FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ: Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad).....</b>	<b>15</b>
I. Responsabilidad.....	16
1. Dos significados de responsabilidad .....	16
a) Responsabilidad como originación del hecho.....	18
b) Responsabilidad como atribución de consecuencias por el hecho lesivo: la responsabilidad jurídica .....	21
2. Relación con términos afines.....	23
a) Imputación.....	23
b) Culpabilidad.....	26
c) Acción .....	27
d) Causalidad.....	28
3. Criterios de fundamentación de la responsabilidad jurídica.....	29
a) Criterios de utilidad cuantitativos .....	34
b) Criterios basados en una justa distribución de cargas y beneficios.....	36
c) Conflictos entre utilidad y justicia distributiva .....	44
II. Responsabilidad subjetiva y libertad.....	46
1. Responsabilidad y capacidad de actuar de manera distinta .....	46
2. ¿Determinismo?, ¿indeterminismo?, ¿azar?: la visión científica de la realidad y sus implicaciones en el concepto de responsabilidad subjetiva.....	57
a) El principio causal .....	57
b) Determinismo.....	61
c) Indeterminismo. Crítica al libertarismo .....	67
d) Otras soluciones propuestas .....	75
3. Hacia una solución ecléctica .....	88

a)	Introducción.....	88
b)	¿Es la libertad un error de percepción? .....	89
c)	Una teoría empírica de la libertad .....	91

**FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ:** La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites derecho penal..... 105

I.	Introducción: acerca de problemas irresolubles .....	105
II.	Vaguedad, gradualidad y paradoja sorites.....	114
III.	Soluciones .....	122
IV.	Aproximación a la vaguedad desde la psicología cognitiva: La categorización mediante prototipos.....	129
1.	Categorías y realidad: ¿arbitrariedad o estructura correlacional?....	135
2.	Estructura interna de las categorías.....	139
V.	Categorías y vaguedad .....	142
VI.	Respuestas jurídicas a situaciones graduales.....	145
VII.	«Cuadrando» dolo e imprudencia .....	146
1.	Dolo e imprudencia como categorías graduales construidas en torno a prototipos .....	147
2.	La fijación de consecuencias jurídicas graduales.....	151
VIII.	Conclusión .....	154

**FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ:** Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito..... 157

I.	Introducción.....	158
II.	Casos.....	159
1.	Ausencia de acción: el caso de los avestruces.....	159
2.	Error de tipo: agresiones contra demonios o seres sobrenaturales..	162
3.	Error sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación: defensa contra agresiones imaginadas .....	163
4.	Ausencia de elementos subjetivos del tipo: el caso de los falsos billetes falsos .....	165
III.	Recapitulación.....	166
IV.	Soluciones Propuestas.....	168
1.	Preeminencia del sistema y no imposición de medidas de seguridad	168
1.1.	Opción decidida por el sistema .....	168
1.2.	Opción resignada por el sistema.....	169
1.3.	Opción sólo nominal por el sistema.....	170

2.	Preeminencia de la solución político-criminal (imposición de medidas de seguridad) y refinamiento del sistema .....	171
2.1.	Reafirmación del carácter típicamente antijurídico del hecho	171
2.2.	Renuncia a un presupuesto común para la imposición de penas y medidas de seguridad.....	177
V.	La solución del problema en la estructura básica de la teoría del delito..	181
1.	La dimensión global del problema .....	181
2.	Lesividad y contrariedad a la norma (antijuridicidad culpable).....	184
3.	Circunstancias que condicionan la lesividad.....	185
	Bibliografía jurídica del Prof. Dr. Fernando Molina Fernández .....	191
	Libros coordinados y escritos.....	191
	Artículos para libros colectivos .....	191
	Artículos en revistas académicas.....	202



# PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA (ANÁLISIS DE LA RELACIÓN ENTRE LIBERTAD Y RESPONSABILIDAD)\*

FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ

*Catedrático de Derecho Penal  
Universidad Autónoma de Madrid*

La invención de los mitos y de las religiones, la construcción de vastos sistemas filosóficos, son el precio que el hombre debe pagar para sobrevivir como animal social in caer en un puro automatismo.

JACQUES MONOD

*(El azar y la necesidad)*

**SUMARIO:** **I. RESPONSABILIDAD.** 1. Dos significados de responsabilidad: a) Responsabilidad como originación del hecho, b) Responsabilidad como atribución de consecuencias por el hecho lesivo: la responsabilidad jurídica. 2. Relación con términos afines: a) Imputación, b) Culpabilidad, c) Acción. d) Causalidad. 3. Criterios de fundamentación de la responsabilidad jurídica: a) Criterios de utilidad cuantitativos, b) Criterios basados en una justa distribución de cargas y beneficios: 1.º Responsabilidad jurídica merecida; 2.º Responsabilidad equitativa, c) Conflictos entre utilidad y justicia distributiva. **II. RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y LIBERTAD.** 1. Responsabilidad y capacidad de actuar de manera distinta. 2. ¿Determinismo?; ¿indeterminismo?; ¿azar?: la visión científica de la realidad y sus implicaciones en el concepto de responsabilidad subjetiva: a) El principio

\* Con algunas modificaciones menores, este artículo se corresponde con el inicialmente publicado en Fernando Pantaleón (ed.), *La Responsabilidad en el Derecho*, número monográfico del Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 4 (2000), pp. 57-137. Agradezco al Consejo de Redacción del Anuario de la UAM su autorización para la reimpresión.



causal; b) Determinismo; c) Indeterminismo, crítica al libertarismo; d) Otras soluciones propuestas: 1.º Poder medio; 2.º Presunción normativa de libertad; 3.º Compatibilismo clásico; 4.º Negación de la libertad como base de la responsabilidad. 2. Hacia una solución ecléctica: a) Introducción; b) ¿Es la libertad un error de percepción?; c) Una teoría empírica de la libertad: 1.º Libertad y perspectiva interna; 2.º Libertad, determinismo y fatalismo; 3.º Libertad y responsabilidad subjetiva.

La finalidad de este trabajo es analizar el concepto de responsabilidad, y en particular la responsabilidad jurídica y su relación con la responsabilidad subjetiva o moral. Está dividido en dos partes relativamente independientes. Objetivos de la *primera* son, en primer lugar, precisar los diferentes significados del término, especialmente en la teoría jurídica, y mostrar su relación con otros términos afines habitualmente utilizados, como imputación, culpabilidad, causalidad o acción; en segundo lugar, delimitar los criterios prácticos y de justicia que sirven para fundamentar la responsabilidad jurídica, entre los que el más importante es la realización del hecho en condiciones que permitan considerar subjetivamente responsable (culpable) al autor, y por ello merecedor de la consecuencia jurídica que se le aplica.

En la *segunda* parte se analiza el concepto de responsabilidad subjetiva y se discute el tradicional problema de su compatibilidad o incompatibilidad con la posible estructura determinada del mundo. La finalidad última de esta parte es ofrecer una explicación de la responsabilidad subjetiva coherente con la explicación científica; compatible con la tradición filosófica que ve al hombre como agente moral; y, principalmente, capaz de servir de presupuesto legitimador de la aplicación de consecuencias jurídicas gravosas tomando como base criterios de justicia distributiva. En Derecho penal, ello tendría aplicación sobre todo a la hora de brindar una fundamentación material a la culpabilidad y a la pena.

## I. RESPONSABILIDAD

### 1. Dos significados de responsabilidad

Pocos términos son de uso tan frecuente en la teoría del derecho, en las ciencias sociales en general y en el propio lenguaje ordinario como el de responsabilidad. Ello se debe, seguramente, a que con él se alude a algo tan básico como la posición del ser humano como *agente* en el mundo que le rodea, que condiciona no sólo su percepción de sí mismo y de los demás, sino sus relaciones mutuas, sus derechos y obligaciones. Pero bajo este genérico, y forzosamente vago, criterio aunador son distintos los significados con los que se utiliza en el lenguaje ordinario esta expresión. En un conocido ensayo, Hart ha identificado cuatro<sup>1</sup>: responsabilidad como competencia sobre un determinado

1 «Responsibility and Retribution», «Postscript» a *Punishment and Responsibility, Essays in the*

ámbito vital derivada de un rol o posición social (*Role-Responsibility*); responsabilidad como antecedente causal de un hecho (*Causal-Responsibility*); responsabilidad como sometimiento (*Liability-Responsibility*, que puede ser legal o moral); y responsabilidad como capacidad (*Capacity-Responsibility*).

Sin negar valor a esta clasificación, creo que los cuatro usos del término que ha identificado Hart, y otros que se han sugerido<sup>2</sup>, pueden ordenarse en torno a dos significados principales, que tienen en común el hecho, situación o acontecimiento básico por el que se responde, y que apuntan a dos cuestiones en principio distintas, pero estrechamente conectadas. El primer grupo de significado mira al pasado, a los acontecimientos previos al hecho, e intenta encontrar antecedentes que expliquen su existencia, que sean «responsables» de su aparición. El segundo grupo mira más bien al futuro, a las consecuencias del hecho, e identifica quién o quiénes deben «responder» de él, en el sentido de sufrir ciertas cargas que se anudan a la existencia del hecho. Para evitar posibles equívocos, utilizaré ocasionalmente la expresión «responsabilidad» para el primer grupo y «responsabilidad» para el segundo.

La distinción de estos dos planos no es habitual en los análisis sobre la responsabilidad. Más bien es frecuente que ambas cuestiones se traten conjunta e indiferenciadamente. Ello se debe seguramente a la existencia de un indudable puente de conexión entre los dos significados. El primer y más importante criterio para responder de un hecho es ser el responsable de él. En este caso coincidirían los sujetos de la imputación de cada uno de los juicios, lo que seguramente explica que hayan acabado compartiendo un mismo término. Pero la conexión de ambos significados es contingente. Ser responsable no es condición suficiente ni necesaria para responder de un hecho. Ello se ve especialmente bien en el derecho, donde la responsabilidad jurídica puede ser por completo independiente de la responsabilidad subjetiva, pero no en la filosofía moral,

---

*Philosophy of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1970), pp. 210 ss.

- 2 Por ejemplo, Alf Ross ha distinguido entre «responsabilidad de rendir cuentas», que en el lenguaje ordinario se asocia a la expresión «tener la responsabilidad sobre», y «responsabilidad de condena», que traduce la usual expresión «ser responsable de», aunque esta última también se emplea en el otro sentido -*Colpa, responsabilitá e pena* (Milán: Giuffrè, 1972), (traducción de Birgit Bendixen y Pier Luigi Lucchini del original en danés, *Skyld, ansvar og straf*, Copenhague: Berlingske Forlag, 1970), pp. 34 ss.-. Aunque en principio podría tratarse de una distinción próxima a la clásica entre responsabilidad prospectiva -en la línea de la *Role-Responsibility* de Hart- y retrospectiva -similar a la *Liability-responsibility*-, la forma en la que Ross desarrolla la distinción la hace poco clara. Así, la relación con distinciones procesales -ser justamente acusado frente a ser justamente condenado (p. 34)- y materiales -referirse a los presupuestos objetivos de la condena o a los subjetivos (p. 35)-, distinciones que ni concuerdan necesariamente entre ellas, ni con la de responsabilidad prospectiva y retrospectiva, a la que parece aludir la denominación utilizada. Sobre esta última distinción, por ejemplo, A. Heller -*Ética general* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995; traducción de Ángel Rivera Rodríguez del original en inglés, *General Ethics*), pp. 91 ss-, que apunta que es «tan vieja y se da tan por sentado que con frecuencia ha esquivado el examen», cit., p. 93).

donde van entrelazadas. La independencia de los dos significados aconseja entonces examinarlos inicialmente por separado.

### a) *Responsabilidad como originación del hecho*

El primer significado alude a la conexión entre el hecho y otros hechos antecedentes que guardan con aquél una relación que podríamos denominar *genética*. «Relación causal» podría ser también una expresión para describir este vínculo entre acontecimientos, si no fuera porque hoy mayoritariamente esta expresión se utiliza sólo para una subclase dentro de lo que aquí denomino conexión genética.

En este primer sentido, cuando preguntamos quién o qué es responsable de un hecho queremos identificar otros hechos antecedentes que de alguna forma expliquen la existencia de aquél. Por ello, otra posible denominación para este vínculo es la de conexión *explicativa*. Habitualmente los antecedentes a los que se ancla la responsabilidad son comportamientos humanos, y dentro de ellos los que reúnen ciertas condiciones que permiten una imputación subjetiva, pero es cierto que en el lenguaje ordinario también se aplica en ocasiones el término a cualquier antecedente causal del hecho, sean comportamientos humanos involuntarios o incluso meros hechos naturales -por ejemplo, cuando se afirma que el «responsable» del fallecimiento de A fue el cáncer que padecía.

Por ello, en este primer grupo de significado, y atendiendo al tipo de vínculo que se establezca entre los antecedentes y el hecho, pueden a su vez distinguirse varios usos conexos pero parcialmente diferentes de la expresión responsabilidad. Los dos más habituales serían, por un lado la conexión meramente causal entre el hecho y sus antecedentes (responsabilidad como causalidad, lo que en el esquema de Hart coincide con la *Causal-Responsibility*); por otro la conexión subjetiva o conexión a la culpabilidad, característica de la a su vez denominada responsabilidad subjetiva o responsabilidad moral. Estas dos conexiones representan de alguna manera los dos extremos del campo semántico de la responsabilidad por originación, pero son concebibles a su vez otros niveles intermedios que requieran algo más que la mera conexión de causalidad, pero algo menos que la de culpabilidad. Ello se percibe de manera especialmente nítida al examinar algunos de estos niveles que han aparecido en la evolución histórica de la teoría del delito en Derecho penal.

Simplificando, aunque al final la responsabilidad penal es siempre responsabilidad culpable (al menos en los sistemas que siguen la tradición de la doctrina germánica), es tradicional distinguir dentro de los presupuestos de la responsabilidad entre aquellos que definen la antijuridicidad de la acción y los que afectan a la culpabilidad<sup>3</sup>. El reparto de elementos en ambas categorías refleja, entre otras cosas, el reconocimiento de diferentes niveles de imputación del hecho a acciones causantes. Tradicionalmente, en la teoría causal, dominante a comienzos del siglo xx, la antijuridicidad se centraba en la nuda causalidad y la culpabilidad en la imputación subjetiva. Sin embargo, ya desde

---

3 Prescindo de las particularidades que introduce en este esquema la tipicidad.

el principio se pusieron de relieve las dificultades de mantener para la imputación un concepto científico de causalidad y muchos autores aceptaron un concepto jurídico, como el propuesto por la teoría de la adecuación. Como más adelante se demostraría, ello no hacía más que fundir dos niveles de imputación, el de la pura causalidad y el de la después denominada imputación objetiva. Un nuevo nivel de imputación surge con la teoría finalista al desplazar desde la culpabilidad al tipo de injusto el dolo y la imprudencia, que pasan a constituir el denominado tipo subjetivo. Por último, la evolución más reciente muestra un renovado interés por el tipo objetivo (sin que ello signifique abandonar la construcción del tipo subjetivo propuesta por el finalismo), en el que se reconocen explícitamente los dos niveles de imputación latentes en la teoría de la adecuación, la causalidad, entendida en un sentido naturalista, y la imputación objetiva, con un contenido marcadamente jurídico centrado en la peligrosidad ex ante de la acción<sup>4</sup>.

Esto significa que son hoy muchos los autores que reconocen al menos cuatro niveles, jerárquicamente ordenados (los posteriores se construyen *añadiendo* un elemento nuevo a los precedentes, y, por ello, los engloban), de vinculación entre el acto humano y el resultado que se le quiere imputar: en primer lugar la causalidad de la acción humana, entendida en un sentido exclusivamente científico como vinculación conforme a leyes naturales; en segundo lugar la imputación objetiva, como vínculo normativo en el que se atiende a si el resultado es, además de causado, la concreción del peligro jurídicamente desaprobado que encierra la acción o si ésta es la frustración de una expectativa social fijada en un rol; en tercer lugar, al menos en el delito doloso<sup>5</sup>, el hecho objetivamente imputable debe ser además efecto del dolo (natural, referido al hecho, pero no al conocimiento de la antijuridicidad) del autor que se erige en elemento central del tipo subjetivo; por último, al vínculo de tipicidad objetivo-subjetiva se suman el resto de los elementos de la imputación subjetiva examinados en la culpabilidad, lo que permite afirmar la presencia de un vínculo de imputación completo. En una imagen gráfica, los niveles inferiores de imputación serían algo así como las sucesivas

---

4 Pero incluso el esquema puede hacerse más complicado si se repara en que, por ejemplo, en el primer nivel puede distinguirse la mera causalidad de cualquier tipo de acontecimiento y la causalidad de las acciones humanas, y en el segundo, en la imputación objetiva, caben a su vez diversos subniveles según como se fijen las bases del juicio de peligro: por los conocimientos públicos de toda la humanidad; por los de un hombre medio del círculo del autor; por los del hombre medio complementados con los superiores del autor; por los del propio autor, etc.

5 En la imprudencia la solución doctrinal resulta inconsecuente porque el elemento que se desplaza desde la culpabilidad al injusto es la infracción del deber objetivo de cuidado, que en realidad no es otra cosa que el análisis de la peligrosidad de la acción tal y como lo realiza la teoría de la imputación objetiva, con lo cual en el tipo imprudente, según la doctrina penal mayoritaria, no habría realmente tipo subjetivo. En este caso los niveles de imputación serían sólo tres: causalidad de la acción; imputación objetiva/infracción del deber objetivo de cuidado; y culpabilidad. Esta insatisfactoria situación pretende ser modificada por quienes reclaman la presencia de un tipo subjetivo o quienes entienden que el tipo imprudente entraña la infracción del deber subjetivo de cuidado. Sobre ello, Molina Fernández, *Antijuridicidad penal y sistema del delito* (Barcelona: JMBosch, 2001), pp. 471 ss. y 712 ss.

capas de la cebolla, que representaría la imputación subjetiva completa. Aunque para la responsabilidad penal son todos necesarios, la distinción no sólo cumpliría una función analítica, sino práctica. La separación de antijuridicidad y culpabilidad, por ejemplo, se ha vinculado siempre al correcto tratamiento de cuestiones como la participación, la posibilidad de defenderse legítimamente, la aplicación de medidas de seguridad o la propia responsabilidad civil<sup>6</sup>, y actualmente comienza a haber voces que apuntan en la línea de vincular efectos distintos a hechos causales pero atípicos según lo sean por falta de imputación subjetiva u objetiva<sup>7</sup>.

Este breve examen de la teoría penal muestra que efectivamente son diversos los niveles en los que puede fijarse la vinculación entre una acción y un resultado, y los juristas han recurrido a muchos de ellos. Ello pone de relieve que la responsabilidad jurídica puede ser más o menos exigente en los criterios de imputación a los que liga sus consecuencias. Puede ser el hecho plenamente culpable, pero también el doloso, o el que permita la imputación objetiva, o simplemente el causal. Es más, ni siquiera es necesario que exista un vínculo de originación entre el hecho lesivo y la actuación de la persona que ha de responder, como muestra la existencia de responsabilidad objetiva no causal. Pero todavía no nos interesa la responsabilidad en el segundo sentido -como responsabilidad jurídica-, sino en el primero -como responsabilidad como originación-, Aquella que permitiría afirmar que alguien es el responsable de que el hecho lesivo haya acaecido y no meramente la persona que debe hacerse cargo de sus consecuencias perjudiciales. Y la cuestión central en este punto es cuál o cuáles de los niveles de «originación» que hemos examinado (si es que alguno) encajan en este primer significado de responsabilidad.

La respuesta que me parece más plausible, y que iré desarrollando a lo largo del trabajo, es la siguiente. Por un lado, creo que hay razones decisivas para excluir todos los niveles menos el último, la denominada responsabilidad subjetiva o culpabilidad. Sólo en este caso podría tener sentido decir de alguien que es responsable de que algo haya acaecido. Por otro lado, hay razones, aunque de otro orden, para excluir también en este último caso la idea de responsabilidad por originación si ésta se entiende en uno de los sentidos más usuales del término, como responsabilidad basada en la capacidad de actuar de manera distinta, idea que enlaza con la vieja polémica acerca de la libertad de voluntad como fundamento de la responsabilidad (cuestión que trato en la segunda parte del trabajo). Ello, inicialmente, parece apuntar a un vaciamiento de contenido de la responsabilidad subjetiva, que quedaría despojada de algunos de los elementos que la han convertido en un concepto central de la filosofía moral. Pese a ello, creo que es posible encontrar un sentido (aunque parcialmente restringido) a este concepto que permita mantenerlo no sólo como un criterio más de imputación de consecuencias, sino

---

6 Más dudoso es que efectivamente esta distinción pueda cumplir las funciones que se le asignan en estos campos.

7 Por ejemplo en el ámbito de las acciones defensivas, en la línea propuesta por Baldó Lavilla -Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad» (Barcelona: JMBosch, 1994).

como uno especial, y que sirva para enlazar con la larga tradición filosófica y jurídica que se encuentra tras el concepto de responsabilidad moral o culpable. La conclusión en este caso sería mantener los dos significados de responsabilidad, aludiendo el primero a la responsabilidad o imputación subjetiva, ligada a la libertad, y el segundo a la responsabilidad jurídica, entendida como imposición de consecuencias lesivas si se cumplen ciertos presupuestos, entre los que el más destacado sería la existencia de responsabilidad subjetiva, pero también otros presupuestos objetivos como la mera causalidad, la imputación basada en riesgos evaluados con criterios generales, etc., todos ellos ordenados en torno a la idea de una justa distribución de cargas y beneficios.

### *b) Responsabilidad como atribución de consecuencias por el hecho lesivo: la responsabilidad jurídica*

En este segundo sentido la responsabilidad mira al futuro y no al pasado del hecho. No apunta a las circunstancias que lo originaron, sino a las consecuencias que de él se deducen. Responsable es la persona que tiene que hacerse cargo de los efectos perjudiciales del hecho; quien responde de él.

Éste es el significado más habitual del término en la ciencia jurídica, y el objeto inicial de interés en este trabajo, en el que se trata de delimitar las circunstancias que permiten justificar la imposición de responsabilidad jurídica. Cuando decimos en Derecho que alguien es responsable civil, penal, etc., de un hecho lesivo queremos indicar que, como reacción frente a este hecho, se le van a imponer ciertas consecuencias jurídicas que entrañan una carga para él, como sufrir una pena o reparar el daño, por citar las más habituales.

Éste es un concepto que se utiliza habitualmente también en otros ámbitos no jurídicos. Cuando se habla de responsabilidad política se alude generalmente a la circunstancia de que alguien debe cargar con las consecuencias de una decisión política errónea, normalmente dimitiendo de su cargo. También en ocasiones se habla de responsabilidad moral en este sentido para referirse a las obligaciones morales que surgen de la existencia de un hecho. Seguramente por ello, dentro del concepto de *Liability-Responsibility* Hart distingue la jurídica de la moral. Lo que sucede es que, como el propio Hart reconoce, si en el ámbito jurídico este sentido de responsabilidad puede ser independiente de la responsabilidad subjetiva<sup>8</sup>, en el caso de la moral esta escisión no parece posible, porque la responsabilidad moral es siempre y sólo la del sujeto responsable<sup>9</sup>.

Generalmente en este contexto el término responsabilidad se utiliza sólo para aludir a consecuencias que el sujeto sufre, no a las que disfruta, pero probablemente esto no es más que un hábito del lenguaje motivado por la predominancia de consecuencias negativas. Ello no sucede, o al menos no de manera tan acusada, en el otro significado de responsabilidad como originación, en el que no es infrecuente aludir al autor de una

8 Punishment and Responsibility (como en nota 1), pp. 222 ss.

9 Punishment and Responsibility (como en nota 1), pp. 226 y s.

obra o un hecho valioso como su responsable. Pero cuando se trata de la atribución de ciertas consecuencias ante un hecho o situación sólo se habla de responsabilidad cuando el hecho es malo y las consecuencias onerosas para el que las sufre.

Escasa trascendencia tiene el determinar si éste es el significado original del término responsabilidad o si es una derivación histórica del de responsabilidad subjetiva. Es probable que fuera el sentido originario. Responsabilidad procede etimológicamente de responder. Alude a la persona que debe responder o hacerse cargo de algo. Un indicio puede ser que las dos definiciones que contempla el Diccionario de la Real Academia se encuentran en esta línea<sup>10</sup>.

Más importante es la razón por la cual, pese a su distinto contenido, ambos conceptos han terminado por reunirse bajo un mismo vocablo. Aunque nuestro objeto de atención inmediato es la responsabilidad jurídica, y más en concreto la delimitación de los criterios que justifican la imposición de consecuencias gravosas, nos interesa también la responsabilidad como originación precisamente porque su concurrencia parece constituir el primero y más importante de estos criterios. Generalmente la imposición de responsabilidad jurídica se vincula a la presencia de algún tipo de responsabilidad en la originación, ya sea la mera causalidad, la plena responsabilidad subjetiva o cualquier estadio intermedio entre ambas. La persona a la que se atribuye la producción del hecho, especialmente si lo hace de manera plenamente imputable, es también la que debe hacerse cargo de sus consecuencias lesivas. Es la responsabilidad la que brinda, al menos aparentemente, el criterio legitimador fundamental de la responsabilidad jurídica. Al ser la persona responsable de sus actos, debe también sufrir las consecuencias negativas que lleven aparejados.

Si esta conexión fuera constante, como lo es por ejemplo en Derecho penal<sup>11</sup>, seguramente no haría falta distinguir los dos significados del término, pero esto no es siempre así y por eso es importante examinarlos por separado. Si además aceptamos que sólo la plena imputación subjetiva permite una genuina atribución de responsabilidad, aún resulta más perentoria la distinción.

---

10 Las dos hacen referencia a las cargas -jurídicas o morales respectivamente- que se derivan de un hecho disvalioso: 1. «Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal». 2. «Cargo u obligación moral que resulta para uno del posible yerro en cosa o asunto determinado». Pero las referencias en la definición primera al delito y en la segunda al yerro apuntan a la conexión habitual entre los dos sentidos de responsabilidad.

11 Aunque esta idea básica no siempre es mantenida hasta sus últimas consecuencias, como demuestra la punición de la denominada imprudencia inconsciente o la desmesurada importancia que se atribuye a la intención del autor en el dolo de primer grado. Una agresión más radical se produce en las teorías que prescinden de la culpabilidad o la normativizan hasta el extremo de mantenerla únicamente como expresión de las necesidades de la responsabilidad jurídica (las necesidades preventivas de imposición de una sanción). De ello trataré en la segunda parte del trabajo.

## 2. Relación con términos afines

El término responsabilidad, en sus dos significados principales, guarda conexión con otros términos afines, como *imputación*, *culpabilidad*, *acción* o *causalidad*. Todos ellos tienen un campo semántico amplio. Algunos de sus significados coinciden entre sí y con el de responsabilidad.

### a) *Imputación*

«Imputación» es seguramente el término que guarda mayores afinidades con responsabilidad. No es extraño que desde el comienzo de la ciencia penal, y hoy de manera especialmente destacada, se haya utilizado profusamente esta expresión al fijar los elementos del delito. En otras ramas del Derecho es también una expresión habitual.

Con carácter general se utiliza en dos contextos distintos, bien en el ámbito mercantil, [posiblemente el primero en el que surge<sup>12</sup>], donde equivale a «señalar la aplicación o inversión de una cantidad, sea al entregarla, sea al tomar razón de ella en cuenta»<sup>13</sup>, bien en el ámbito moral o jurídico, donde se utiliza con diferentes matices, siendo el principal el que alude a la relación de atribución de un hecho a una persona. El elemento semántico común, que explica la denominación compartida, parece ser el establecimiento de una relación de asignación o atribución entre dos entidades, sea una cantidad que se asigna a un determinado fin mercantil, sea un hecho que se asigna a una persona.

En la filosofía moral y en la teoría jurídica se ha utilizado y todavía se utiliza con diferentes significados que coinciden parcialmente con los de responsabilidad. El significado nuclear en este ámbito es el de imputación moral o imputación subjetiva que se corresponde con el primer concepto de responsabilidad examinado, responsabilidad como originación, y en particular con la originación voluntaria o libre del hecho, esto es, con la habitualmente denominada responsabilidad moral o subjetiva. Como concepto moral, la imputación no se limita a determinar una relación causal cualquiera entre un hecho y un sujeto (a lo que generalmente se aludía con la expresión *imputatio physica*), sino una relación específicamente moral: la relación entre el hecho y la persona entendida como su causa libre. Este concepto es el clásico de los autores del Derecho

12 Feuerbach consideraba, siguiendo a Thomasius, que el concepto original de imputación era un concepto físico (asignar en un sentido contable) y sólo más adelante adquirió por analogía un contenido moral de atribución del hecho a un sujeto -Revision der Grundsätze und Grundbegriffe despositiven peinlichen Rechts, Vol. I (Erfurt: Henningschen Buchhandlung, 1799; hay reimpresión facsímil, Scientia Verlag, Aalen, 1966), pp. 151-152-. También Grünhut -Anselm von Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung. Hamburgische Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Vol. III (Hamburgo: W. Gente, 1922; hay reproducción facsímil, Aalen: Scientia Verlag, 1978), p. 74.

13 Ésta es la definición primera del Diccionario de la Real Academia.



natural Pufendorf, Wolff, Daries, etc.<sup>14</sup>-, que acoge Kant<sup>15</sup>, y también Feuerbach, y a la vez la noción que adquiere relevancia en Derecho penal en la teoría de la acción y especialmente de la culpabilidad<sup>16</sup>.

Tradicionalmente se denominó a esta imputación «*imputatio moralis*», que se contraponía a la «*imputatio physica*», basada exclusivamente en la causación<sup>17</sup>. Aunque no siempre se utilizaron estas expresiones con idéntico significado<sup>18</sup>, podemos tomar como referencia la distinción de Feuerbach, inspirada en la clásica de Daries. La *imputatio*

- 
- 14 Un extenso examen de la evolución histórica de la teoría de la imputación desde Aristóteles hasta la actualidad puede verse en Hardwig, Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts (Hamburgo: Cram de Gruyter & C.º, 1957). Analiza la evolución desde Pufendorf hasta Feuerbach Grünhut -op. cit., pp. 74 ss.-. Especialmente sobre la imputación en los autores del derecho natural, Hruschka, «Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf. Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von actio libera in se und actio libera in sua causa», ZStW 96 (1984), pp. 661 ss.; «Imputation», en Eser, A./Fletcher, G. P. (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven. (Justification and Excuse. Comparative Perspectives), Vol. I, pp. 121-174 (Friburgo de Brisgovia: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1987 -publicado inicialmente en la Brigham Young University Law Review, 1986-), pp. 123 ss.; Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3.ª ed. (Gotinga: Vandenhoeck & Ruprecht, 1965), pp. 157 ss. y 169 ss. Son muy numerosos los estudios sobre la imputación en la escuela hegeliana; pueden destacarse el clásico trabajo de Larenz, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der «juristischen Kausalität» (Leipzig, 1927-reimpresión facsímil: Aalen: Scientia Verlag, 1970-) y el de Bubnoff, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule (Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1966) especialmente pp. 36 ss.
- 15 Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Konisberg, 1797, p. XXIX. La conocida definición de imputación de Kant reza: «La imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por el que alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces es denominada hecho (factum) y está sometido a las leyes» [«Zurechnung (imputatio) in moralischer Bedeutung ist das Urtheil, wodurch jemand als Urheber (causa libera) einer Handlung, die alsdann That (factum) heißt und unter Gesetzen steht, angesehen wird»].
- 16 La referencia a la imputación en la teoría penal de finales del siglo XVIII y en todo el siglo XIX es constante en todos los autores al tratar de los elementos subjetivos del delito. Vid. autores y obras citadas en la nota 14. En España el recurso a la imputación es especialmente notable en Silvela, El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España, Parte primera, 2.ª ed. (Madrid: Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé, 1903), cap. XXXII, pp. 104 ss.
- 17 Acerca de los antecedentes de las expresiones «*imputatio physica*» y «*moralis*», no hay acuerdo. Hruschka, que se ha ocupado del tema, reconoce no haber podido establecer su procedencia aunque estima como más probable la obra de Christian Wolff [aparecen ya en la Philosophia Practica Universalis de Wolff de 1738 (§ 642)], o algún autor de su escuela -Strukturen der Zurechnung (Berlín/Nueva York: Walter de Gruyter, 1976), p. 35 nota 25.
- 18 Referencias sobre significados alternativos pueden verse en Feuerbach, Revisión, Vol. 1 (como en nota 12), p. 153, nota.

*physica* se correspondería con un sentido amplio del término, en el que se atiende a si el sujeto ha sido la causa material de un acontecimiento<sup>19</sup>. Coincide, por tanto, con la responsabilidad por causación (la *Causal-Responsibility* de la clasificación de Hart). Pero, aun reconociendo este significado amplio de imputación, generalmente se entendía que no era el principal. Feuerbach lo expresaba de la siguiente manera:

hay un sentido más restringido y auténtico del término, y en éste imputación significa aquel juicio por medio del cual se pone de manifiesto que un sujeto es la causa libre de un hecho. [...] En este sentido puede perfectamente decirse «yo he realizado la acción pero no puede imputárseme». La he realizado, en cuanto soy una causa externa de ella; pero no se me puede imputar en la medida en que no soy una causa interna, absoluta, de ella. La imputación en sentido amplio se denomina imputación física (*imputado physica*); la imputación en sentido estricto se denomina imputación moral (*imputatio moralis*)<sup>20</sup>.

En el Derecho penal moderno aparece el término imputación con renovada fuerza a través de la teoría de la imputación objetiva. Se trata también de un concepto ligado al de responsabilidad como originación, sólo que en este caso la imputación requiere algo más que la mera causalidad (imputación física), y algo menos que la imputación moral o subjetiva. Frente a la teoría clásica que examinaba en los tipos de resultado la causalidad, en un sentido puramente objetivo, y luego imputaba el hecho subjetivamente a su autor en la culpabilidad, la teoría de la imputación objetiva trata de enriquecer el contenido objetivo del hecho con elementos normativos. Conforme a esta teoría, la imputación de un resultado lesivo a una acción no requiere sólo su causación, sino además que cree un riesgo jurídicamente desaprobado -que exceda el riesgo permitido-, y que se traduzca en el resultado típico<sup>21</sup>.

- 
- 19 Según Daries, «In physica imputatione non quaeritur, an existentia ejus, quod obveniens est, ad alicujus voluntatem possit referri, sed an quis ejus- modi existentiae sit causa» -Observationes iuris naturalis socialis et gentium, Vol. II, obs. XLII § 17 (cito por Feuerbach, Revisión, 1 (como en nota 14), pp. 153-154). También Titman aceptaba este concepto de imputación física -Hand- buch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde, Erster Theil: Handbuch des gemeinen deutschen Peinlichen Rechts, I (Halle: Hemmerde und Schwetschke, 1806; reimpresión facsímil, Keip Verlag. Frankfurt a. Main, 1986), pp. 219 ss.
- 20 Revisión, 1, pp. 152-153. La correspondiente definición de Daries es: «In imputatione vero morali non quaeritur, an quis sit ejus, quod abveniens est causa, sed an existentia ejus, quod abveniens est, ad alicujus voluntatem possit referri» -Observationes iuris naturalis socialis et gentium, Vol. II, obs. XLD § 17 [cito por Feuerbach, Revisión, 1 (como en nota 12), pp. 153-154],
- 21 Entre la abundantísima literatura a que ha dado lugar la teoría de la imputación objetiva, v. por todos, Martínez Escamóla, La imputación objetiva del resultado (Madrid: Edersa, 1992); Reyes Alvarado, Imputación objetiva (Santa Fe de Bogotá: Temis, 1994); Frisch, Tipo penal e imputación objetiva (Madrid: Colex, 1995).

En algunas de sus formulaciones más conocidas guarda una estrecha conexión con la *Role-Responsibility* de Hart<sup>22</sup>.

El término imputación se emplea también en ocasiones en un sentido similar al segundo significado de responsabilidad, lo que muestra hasta qué punto hay una conexión entre ambos. En este sentido se habla de imputación al autor de las consecuencias jurídicas: se le imputa la pena, la reparación del daño, etc. Además se trata de un concepto más neutro que el de responsabilidad, de manera que si éste se utiliza sólo cuando las consecuencias jurídicas son onerosas, aquél puede también aplicarse cuando son beneficiosas. De quien sufre la pena se dice que responde penalmente, pero de quien recibe un premio no se dice que responde de él, aunque nada impide afirmar que se le imputa el premio.

### b) *Culpabilidad*

También el término «culpabilidad» guarda estrecha relación con los de responsabilidad e imputación. En particular, se utiliza con un significado próximo al de responsabilidad subjetiva (moral). El matiz diferencial entre ambos es que la culpabilidad sólo se aplica en caso de que el hecho que se impute sea malo, lo que desde luego no sucede con la expresión imputación subjetiva, pero tampoco siempre, aunque sea lo más habitual, con responsabilidad subjetiva. Ello explica que la atribución de culpabilidad tenga un matiz de reproche, moral o jurídico, que no siempre se da en los otros términos.

En la moderna teoría del delito el término culpabilidad tiene un contenido más estrecho que los de imputación o responsabilidad subjetiva. El desplazamiento que hace la doctrina mayoritaria del dolo y la imprudencia al juicio de antijuridicidad reduce el campo de la culpabilidad<sup>23</sup>, que ya sólo se refiere a ciertos aspectos de la imputación subjetiva -en concreto a la imputabilidad, el conocimiento de la prohibición y la ausencia de causas de inexigibilidad-. Pese a ello, todavía es frecuente englobar todos los presupuestos de la imputación subjetiva bajo el rótulo genérico de «principio de culpabilidad» en sentido amplio<sup>24</sup>, y además una importante, aunque minoritaria, corriente doctrinal

22 Así, en la obra de Jakobs; por ejemplo, *La imputación objetiva en Derecho penal* [Madrid: Civitas, 1996 (traducción al castellano de Manuel Cancio Meliá y un Estudio Preliminar de Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá)].

23 No así en quienes siguen manteniendo que dolo y culpa forman parte, y como elemento nuclear, de la culpabilidad. En estos casos suele equipararse principio de culpabilidad y principio de imputación subjetiva. V., por ejemplo, en este sentido, Carbonell Mateu, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, pp. 210 ss.

24 En realidad, entre quienes aceptan la inclusión del dolo y la imprudencia dentro del tipo subjetivo no hay pleno acuerdo en la terminología cuando se trata de referirse al denominado «principio de culpabilidad». Algunos autores, como Mir Puig -*Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed. (Barcelona: PPU, 1998, pp. 95 ss-), distinguen entre principio de culpabilidad en sentido estricto, también denominado de imputación personal, y principio de culpabilidad

sigue reservando la categoría culpabilidad para la imputación subjetiva completa. En este trabajo utilizaré normalmente los términos como sinónimos: culpabilidad como responsabilidad subjetiva referida a hechos lesivos.

### c) *Acción*

El término «acción» puede utilizarse también para referirse al hecho responsable o subjetivamente imputable (y por ello también culpable: el hecho desvalorado sólo sería acción si es culpablemente cometido). En esta acepción restringida la acción de una persona abarcaría sólo aquellos hechos o parcelas de la realidad que pueden serle personalmente imputados. Éste era el concepto de Hegel, para el que la acción alude a la realización exterior de la voluntad del sujeto (coincidencia del aspecto interno -la voluntad libre- y el externo -las consecuencias en el mundo exterior-)<sup>25</sup>. Sólo aquellos aspectos de la realidad que son abarcados por la voluntad consciente del sujeto pueden imputársele como su acción<sup>26</sup>. La principal ventaja de este concepto, que también se ha manejado en la moderna discusión filosófica sobre la libertad de acción como base de la responsabilidad subjetiva, es que desde un principio separa lo que son meros acontecimientos naturales (en los que eventualmente también puede aparecer implicada una persona) y acciones humanas que permiten una imputación subjetiva<sup>27</sup>.

No es éste, sin embargo, el significado más habitual en derecho, sino otro más restringido que sólo abarca ciertos aspectos de la imputación subjetiva. En Derecho penal, por ejemplo, aunque se discute vivamente qué es una acción, prácticamente todo el mundo está de acuerdo en su delimitación negativa, en las causas que la excluyen -fuerza irresistible; movimientos reflejos; y situaciones de inconsciencia-, lo que hace pensar que también hay más acuerdo del que se pretende en su delimitación positiva, que viene a coincidir con la realización voluntaria de un movimiento o inactividad corporal con efectos causales. El resto de elementos subjetivos necesarios para una plena imputación se examinan posteriormente en la antijuridicidad o, principalmente, en la culpabilidad. Sin embargo, ocasionalmente se ha defendido también un concepto de acción enriquecido que abarca hasta la culpabilidad, en la línea hegeliana<sup>28</sup>.

---

en sentido amplio; otros, como Luzón, distinguen entre principio de imputación subjetiva y principio de culpabilidad - «Principio de responsabilidad subjetiva», voz de la Enciclopedia Jurídica Básica, Vol. IV (Madrid: Civitas, 1995), p. 5088.

25 Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821) (edición a cargo de Johannes Hoffmeister, 4.<sup>a</sup> ed., 1955), §§ 113 ss. En general, sobre la acción en Hegel y sus discípulos v. las obras citadas en la nota 14.

26 Grundlinien, § 117 (como en nota 25).

27 V., por ejemplo, O'Connor, Free Will (Londres/Basingtoke: Macmillan Press, 1977), pp. 3 ss.

28 V. Jakobs, «El concepto jurídico-penal de acción», en G. Jakobs, Estudios de Derecho penal (Madrid: UAM ediciones/Civitas, 1997), pp. 101 ss. y especialmente 121 ss.

#### d) Causalidad

Con el término «causalidad» se alude a una determinada vinculación material entre acontecimientos según leyes naturales, que en ocasiones se expresa también mediante los términos responsabilidad o imputación. Ya hemos visto que en la teoría clásica de la imputación se denominaba *imputatio physica* a la conexión causal, y Hart ha puesto de relieve que coloquialmente se utiliza también la palabra «responsable» para identificar a ciertos antecedentes causales de un hecho -como se dice que una larga sequía fue responsable del hambre en la India-, lo que ha denominado *Causal-Responsibility*<sup>29</sup>. En todo caso, como ya había destacado Feuerbach, se trata de usos secundarios de estos términos. Pero el concepto científico de causalidad, hoy dominante, no es el único posible. Históricamente también se ha utilizado la expresión para referirse a los antecedentes de un hecho que tienen carácter originario porque proceden de una voluntad libre. En estos casos lo normal es hablar de *causa libera*<sup>30</sup>, para distinguirla de la causa que es a su vez causada -*causa causata*- Así utilizada, la expresión se encuentra en el mismo grupo de significado que responsabilidad/imputación subjetiva o acción, como puede observarse en la definición de imputación de Kant, más arriba recogida<sup>31</sup>. También en la discusión moderna sobre el libre albedrío se ha acudido ocasionalmente a la imagen de un agente causal originario como prototipo de actuación subjetivamente responsable<sup>32</sup>.

Del breve repaso anterior destaca la abundancia de términos cuyo significado principal o secundario está relacionado con la responsabilidad subjetiva o moral, cosa que no sucede con la responsabilidad jurídica. De los examinados, sólo el término imputación, y no en su significado más usual, se utiliza también para aludir a la imposición jurídica de consecuencias lesivas. Ello pone de relieve la extraordinaria importancia del primero, y no sólo en el ámbito del derecho. Desde los comienzos del pensamiento filosófico se convierte en objeto primordial de interés la determinación de lo que haya de singular en la actuación humana, frente a otros acontecimientos naturales. Responsabilidad subjetiva, imputación, culpabilidad o acción, son algunos de los términos que expresan dicha singularidad. Se trata de conceptos básicos que reflejan una determinada visión de nosotros mismos. El ordenamiento jurídico está edificado sobre esta imagen, la de un ser que no es mero espectador de la realidad, sino que la conforma con sus actos

29 Punishment and Responsibility (como en nota 1), pp. 214 y s.

30 Sobre el concepto de causa libre v., por ejemplo, Joerden, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen. Schriften zum Strafrecht, 78 (Berlín: Duncker & Humblot, 1988), pp. 24 y s.

31 *Supra* nota 5.

32 V., por ejemplo, Chisholm, «Human Freedom an the Self», en Gary Watson (ed.), Free Will (Oxford: Oxford University Press, 1982), pp. 24 ss. Como veremos en la segunda parte del trabajo, ésta es una posición frecuente entre los defensores más radicales del libre albedrío (libertarios), que requieren que el curso de antecedentes causales de un hecho imputable termine en el agente.

libres. Que es responsable de dichos actos, y por ello disfruta de lo bueno que aporten, pero también responde de lo malo.

Pero ni toda consecuencia jurídica que se imponga a alguien como respuesta por un hecho lesivo requiere una previa actuación subjetivamente responsable, ni el propio concepto de responsabilidad subjetiva está exento de problemas; más bien al contrario. Se discute si existe una libertad como la que parece reclamar la responsabilidad subjetiva. La cuestión tiene extraordinaria importancia para la responsabilidad jurídica, para la imposición de consecuencias lesivas, porque su justificación más sólida es precisamente la existencia de responsabilidad subjetiva.

Dos son, entonces, las cuestiones que es necesario abordar. En primer lugar los criterios que permiten justificar la responsabilidad jurídica. En segundo lugar el problema específico de la libertad y su vinculación con la responsabilidad subjetiva.

### 3. Criterios de fundamentación de la responsabilidad jurídica

Exigir responsabilidad jurídica frente a hechos lesivos es uno de los instrumentos clásicos del derecho para conseguir sus fines. Para determinar los criterios que permitan fundamentar la responsabilidad puede ser útil situarnos inicialmente en el plano superior de los fines que, en general, cabe asignar a las disposiciones jurídicas.

El derecho sirve a la configuración y mantenimiento de un orden social mediante la protección de realidades valiosas, individuales y supraindividuales, a las que se alude con diferentes expresiones: derechos, intereses, bienes jurídicos, etc. Las normas jurídicas, entre las que se encuentran las que fijan responsabilidades, tratan de evitar en último extremo que se lesionen bienes jurídicos, lo cual puede hacerse básicamente de dos maneras: previniendo el daño o reparándolo. En la prevención se trata de adoptar medidas que eviten que el mal llegue a producirse; en la reparación el daño ya se ha causado, pero pueden evitarse parcial o totalmente sus efectos adversos mediante medidas reparadoras.

Las medidas jurídicas preventivas o reparadoras pueden ser de dos clases: lesivas o no lesivas. Las primeras producen sus efectos benéficos causando a su vez cierto daño. Son, por ello, medidas con efecto dual, a la vez protectoras y lesivas. Las segundas sólo tienen efectos positivos: previenen o reparan males sin causar otros. Un ejemplo de las primeras puede ser la imposición de una pena criminal o la permisón de lesiones causadas en legítima defensa, y un ejemplo de las segundas podrían ser las disposiciones jurídicas que promueven el acceso a la educación y a la cultura. Como regla general puede decirse que sólo las primeras son verdaderamente problemáticas en su justificación, como corresponde a su carácter lesivo, y sólo de ellas vamos a ocuparnos ya que las medidas de responsabilidad jurídica son, en su mayor parte, de este tipo.

Que una medida jurídica sea lesiva significa necesariamente que de uno u otro modo *distribuye o redistribuye males*. Desde la perspectiva del sujeto lesionado (o amenazado de lesión), la distribución puede ser interna o externa. En la *interna* se

cambia un mal propio por otro igualmente propio y menos grave. En la mayor parte de los casos es el propio sujeto el que realiza la distribución de su fortuna o desgracia (autodistribución interna). La renuncia a una actividad deseada pero peligrosa para la vida entraña cambiar un daño probable grave -la muerte- por otro seguro leve -renunciar a lo querido-. La suscripción de seguros de responsabilidad civil tiene esta misma finalidad: se cambia una probable responsabilidad civil grave por el gasto seguro de la prima. En otros casos la distribución, aunque sigue siendo interna, es realizada por un tercero (heterodistribución interna). El médico que amputa la pierna gangrenada de una persona inconsciente cambia un mal gravísimo altamente probable por otro menos grave pero seguro. Normalmente la distribución interna no es problemática ni siquiera cuando la realiza un tercero en beneficio nuestro. Puede serlo y lo es cuando hay discrepancia sobre lo que está en juego y sobre quién decide. Cuando, por ejemplo, se niega al sujeto el derecho a disponer sobre sus propios bienes partiendo de una justificación paternalista o de otro tipo -imposición de transfusiones contra los sentimientos religiosos; prohibición del suicidio; restricción o prohibición de actividades peligrosas para uno mismo; etc.

Las dificultades surgen con toda su fuerza cuando la distribución o redistribución es *externa*: cuando se cambia un mal propio (cierto o probable) por otro ajeno (que admite las mismas variantes). En unos casos la reasignación supone una ventaja neta en la protección global de intereses -se previene un mal grave propio causando uno leve a otro-, pero en otros casos la reasignación será estrictamente eso: trasladar un mismo mal desde un sujeto a otro.

De todas las medidas jurídicas (entendiendo esta expresión en un sentido amplio), que previenen o reparan daños, sólo algunas se encuadran bajo el término responsabilidad. Las medidas que imponen y desarrollan la educación obligatoria, las ayudas a los damnificados por grandes catástrofes, o las normas que regulan el tráfico rodado, por ejemplo, cumplen finalidades preventivas o reparadoras, pero no son medidas de responsabilidad jurídica. La comprobación de los usos habituales en el lenguaje jurídico muestra en este punto una cierta arbitrariedad. No existe un único criterio o perspectiva cuya concurrencia sea a la vez condición necesaria y suficiente para encuadrar un hecho bajo el término responsabilidad jurídica, sino más bien un conjunto de criterios difusos que en ocasiones operan solos y otras combinados. A ello se añaden, además, razones históricas o de proximidad sistemática, que al final convierten el uso de la denominación en parcialmente arbitrario. Hay, sin embargo, ciertos criterios que forman lo que podríamos denominar uso *nuclear* del término: se utiliza preferentemente cuando se imponen consecuencias jurídicas gravosas; cuando hay un cierto desequilibrio en su imposición; y cuando estas consecuencias operan como reacción frente a un hecho jurídicamente incorrecto que se considera en algún sentido subjetivamente imputable a quien debe responder.

El primer criterio es quizás el más constante. Así como el término imputación, tanto si se refiere a acciones como a consecuencias, se utiliza para el mérito y el demérito -se imputan penas pero también subvenciones-, el término responsabilidad suele reservarse para la imposición al sujeto de consecuencias jurídicas desfavorables (aunque,

como ya hemos visto, cuando se trata del otro uso del término, la responsabilidad como originación, también se utilice para atribuir lo bueno). El segundo criterio suele ser también habitual en la responsabilidad, aunque no siempre. En la mayor parte de los casos la responsabilidad jurídica supone que alguna o algunas personas van a sufrir todo el peso de la consecuencia jurídica. Ello no es así en los casos en los que la carga se difumina, bien por medio de la institución del seguro, sobre todo cuando opera en ámbitos sociales en las que todo el mundo interviene, bien porque el Estado es el responsable. En todo caso, el desequilibrio en la imposición es sin lugar a dudas el factor más problemático a la hora de justificar cualquier responsabilidad jurídica, y por ello merecerá una especial atención. En cuanto al tercer criterio, aunque resulta evidente que se habla de responsabilidad en casos en los que no se da -por ejemplo, en la denominada responsabilidad civil objetiva-, lo cierto es que es el criterio que, estando presente, permite conectar los dos conceptos de responsabilidad: responde jurídicamente del hecho dañoso quien es subjetivamente responsable de él. Además esta conexión es la que, aparentemente, hace menos problemática la responsabilidad jurídica cuando se enfoca desde la perspectiva de la justa distribución de cargas.

El problema de *justificar* las normas que imponen responsabilidad jurídica no es diferente, aunque sí seguramente más agudo, que el de cualquier norma que restrinja o anule derechos. La responsabilidad jurídica supone que alguien va a sufrir una privación o restricción de derechos por razón de un hecho lesivo previo que trata de repararse o de un hecho futuro que se intenta prevenir. Como cualquier otra medida que entrañe privación de derechos, requiere justificación en dos sentidos: desde la perspectiva de su *utilidad práctica* debe explicarse cómo es que un ordenamiento que tiene por finalidad la preservación de bienes jurídicos, puede imponer consecuencias que consistan materialmente en lesionarlos; y desde la óptica de su *distribución* debe explicarse por qué el efecto beneficioso final que espera obtenerse con la imposición de consecuencias se hace precisamente a costa del responsable jurídico, y no de otros. En la medida en que los ordenamientos jurídicos adoptan ciertos principios morales como la igualdad, la solidaridad o la interdicción de la arbitrariedad como parte de su ideario, ambas cuestiones se pueden condensar en una sola: ¿cómo encaja en un derecho protector de bienes jurídicos la imposición de consecuencias que provocan a su vez efectos lesivos en dichos bienes, tanto por su contenido -por lo que imponen- como, eventualmente, por su distribución -por a quién se imponen-?

En cualquier ordenamiento normativo, una medida lesiva de intereses protegidos sólo puede ser justificada si resulta un medio adecuado para la preservación de intereses que en el caso concreto resulten preponderantes según la vara de medida del propio ordenamiento. Se trata, por tanto, de obtener un resultado valioso a partir de un hecho que aisladamente considerado es un mal, pero que deja de serlo en el contexto justificante en el que se impone.

Nos encontramos aquí ante un problema genérico (y fundamental) de todo ordenamiento jurídico complejo: la fijación de criterios de solución de conflictos en situaciones que no pueden ser resueltas sin daño para alguien. Aunque lo estamos examinando desde la perspectiva de las normas que imponen responsabilidad, se trata



de un problema general, una de cuyas manifestaciones más conocidas es la discusión en torno a las denominadas causas de justificación, que permiten (y en ocasiones imponen) realizar acciones u omisiones que en ausencia del contexto justificante estarían prohibidas. Las disposiciones que imponen responsabilidad pueden considerarse en este sentido como causas de justificación específicas que obligan a los órganos de la justicia a imponer a los ciudadanos medidas restrictivas o lesivas de derechos en ciertos contextos justificantes, definidos generalmente por la comisión de un hecho desvalorado, a lo que suele sumarse un criterio de imputación adicional.

En todas estas situaciones la acción lesiva que trata de justificarse -la imposición de una pena, de una reparación civil, o la lesión necesaria para evitar una agresión ilegítima, por ejemplo- es, utilizando la plástica expresión de Baldó<sup>33</sup>, una *actio duplex*, que por un lado salvaguarda bienes jurídicos, pero por otro de forma inevitable los lesiona.

¿Qué regla o reglas de solución pueden proponerse? La respuesta a esta cuestión es, de alguna forma, ambivalente. Por un lado puede afirmarse que sólo hay una regla básica, que es además muy simple en su formulación elemental, pero, por otro lado, su desarrollo singular es altamente complejo, lo que se plasma precisamente en la necesidad de crear infinidad de subreglas de nivel inferior cuya finalidad es sólo precisar la principal.

Cualquier sistema normativo complejo de valoración de acciones, como puede ser un orden jurídico, debe contener disposiciones que determinen los estados de cosas valorados o desvalorados que quieren respectivamente promoverse o evitarse -o, empleando una expresión habitual en la ciencia penal, disposiciones que precisen el valor o desvalor de resultado-, y disposiciones que fijen los criterios para trasladar el valor o desvalor de los estados de cosas a las acciones u omisiones genéticamente conectadas con ellos -disposiciones que precisen el valor o desvalor de las acciones<sup>34</sup>-. Y entre las primeras son necesarias tanto disposiciones que fijen qué se protege, como otras que establezcan la jerarquía respectiva de los intereses protegidos, lo que permitirá precisar qué prevalece en caso de conflicto. Las causas de justificación no son otra cosa que reglas en las que está presente de manera especialmente clara esta función última, pero todo el ordenamiento jurídico puede interpretarse a su vez como un sistema ordenado y complejo de resolución de conflictos entre intereses contrapuestos. Toda norma preceptiva o prohibitiva limita derechos del obligado en beneficio de otros intereses estimados superiores, y requiere una ponderación cuidadosa de lo que está en juego. En las normas que establecen responsabilidad, caracterizadas habitualmente por un desequilibrio claro en la asignación del mal, la necesidad de ponderación se hace especialmente acuciante.

---

33 Estado de necesidad y legítima defensa (como en nota 7), p. 17.

34 Conexión que puede ser de diferentes tipos. Un ordenamiento puede medir el desvalor de una acción por los efectos causales que ex post provoca o no evita (desvalor de la acción causante de un resultado lesivo); por lo que en el momento de llevarse a cabo resulta previsible, en una valoración ex ante objetiva o subjetiva (desvalor del peligro de la acción); por la intención lesiva que anima al autor (desvalor de la intención), etc.

La regla básica de solución es, más que una verdadera regla de ponderación, la plasmación de un *principio elemental de racionalidad* en la solución de conflictos: en situaciones en las que la preservación de ciertos intereses jurídicos dependa de la lesión de otros, el ordenamiento debe inclinarse por aquellos que preponderen conforme a su propio esquema de valores. Como ha indicado Nino, «si no hay controversia acerca de qué es lo que constituyen males y acerca de la relativa importancia de los distintos males implicados, sería simplemente irracional tratar de proteger algo contra cierto mal usando una medida que implicara un daño mayor a la misma cosa, o que fuera inefectiva o innecesaria»<sup>35</sup>. En otros términos, si algún mal es inevitable, que sea el menor posible. Esta es la fórmula común a cualquier causa de justificación y en general a cualquier restricción de derechos jurídicamente impuesta para preservar otros intereses, fórmula que además coincide en lo esencial con la regulación del estado de necesidad en el Código penal<sup>36</sup>. También las normas que imponen responsabilidad deben ajustarse a ella. La pena criminal, la sanción administrativa o la reparación civil sólo son justificables si su concurso permite una protección de bienes jurídicos que compense el daño que se inflige con su imposición.

La sencillez de este principio elemental no puede ocultar la complejidad que encierra su aplicación práctica; tanta que la mayor parte de las normas del ordenamiento se dedican a desarrollarlo. El problema surge de las dificultades para ponderar adecuadamente los intereses en juego. Y ello, al menos, por tres razones. En primer lugar por la dificultad de graduar cualitativa y cuantitativamente el valor respectivo de los bienes protegidos; en segundo lugar, por la existencia dentro de una misma sociedad de valoraciones contrapuestas; en tercer lugar, por la complejidad inherente a las relaciones entre bienes y por nuestras limitadas capacidades predictivas, lo que impide captar fácilmente los efectos de las acciones, tanto en una perspectiva sincrónica como diacrónica.

Si todo lo que está en juego en cada conflicto fuera cuantificable en términos numéricos -ideal, por ejemplo, del análisis económico del derecho-, la justificación de cualquier medida restrictiva de derechos sería sencilla, pero no siendo así, la ponderación resulta un proceso arduo, lastrado por el alto número de variables que deben ser tenidas en cuenta y por la limitación de contar sólo con un conocimiento parcial de la realidad. Las distintas disposiciones del ordenamiento, desde las más generales declaraciones de derechos de la Constitución hasta la última disposición municipal, reflejan compromisos, más o menos acertados, entre intereses en conflicto. Las normas

---

35 *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito* (Buenos Aires: Astrea, 1980), cit., p. 210.

36 Por eso puede estimarse adecuada la extendida pero a la vez controvertida opinión que ve en el principio del interés preponderante, expresado en la regla justificatoria del estado de necesidad, el elemento común a cualquier causa de justificación. Sobre ello, pormenorizadamente, Molina Fernández, «El estado de necesidad como ley general (Aproximación a un sistema de causas de justificación)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, número extraordinario I (2000), pp. 199 ss. Reconoce que la regla genérica de solución de conflictos se corresponde con la del estado de necesidad, Nino, *Los límites de la responsabilidad penal* (como en nota 35), p. 210.

que imponen responsabilidad jurídica también lo hacen, y en la medida en que su aplicación es especialmente lesiva, sobre todo en el caso de la responsabilidad penal, sus exigencias de justificación son mayores.

Con este punto de partida común, a efectos de análisis conviene distinguir entre criterios de utilidad *cuantitativos*, que permiten una mayor protección en el conjunto de los bienes jurídicos, y criterios *distributivos*, que permiten una mejor asignación. Naturalmente esta distinción sólo es válida en la medida en que la distribución sea un valor a ponderar en el conflicto por que se reconozcan derechos individuales que puedan entrar en colisión con intereses generales.

### a) *Criterios de utilidad cuantitativos*

Desde esta perspectiva, la imposición de responsabilidad jurídica puede justificarse cuando su concurso provoque una mayor protección de bienes jurídicos (excluidos los que aluden a la justa distribución). Ello sólo puede darse en dos tipos de situaciones: cuando una medida lesiva previene la causación de un daño superior o cuando reduce o hace desaparecer un daño previo ya ocasionado. Quedarían al margen de este primer apartado los casos de mera reasignación de un daño a otra persona, sin mejora global.

El ideal a este respecto es alcanzar una intervención de máxima eficacia conforme al criterio de menor lesividad, esto es, intervenir con los medios y en el momento menos lesivo. La complejidad de las relaciones sociales y nuestra capacidad limitada de predecir los efectos de nuestras acciones hacen que el objetivo ideal sea sólo un horizonte al que aspirar. Sólo caben aproximaciones más o menos certeras. Algunas plasmaciones concretas del principio de menor lesividad, por lo demás lo suficientemente conocidas y evidentes como para requerir justificación especial, son las siguientes: dar prioridad a las medidas preventivas sobre las reparadoras; impedir que las situaciones de peligro lleguen a originarse, lo que entraña preferir medidas que aumenten la eficiencia social -educación, organización, cooperación, etc.- sobre las paliativas de un sistema ineficiente -represión, reparación, sanción, etc.-; atribuir valor lesivo a la propia intervención jurídica, que tiene costes procesales y que genera frecuentemente desigualdades en la aplicación (no es imparcial)<sup>37</sup>; etc. La responsabilidad jurídica debe ser, entonces, subsidiaria de otras medidas menos lesivas, y dentro de ella las intromisiones más graves, como la responsabilidad penal, subsidiaria de las más leves, como la administrativa o civil.

No es posible ni necesario entrar aquí en el análisis de si las distintas modalidades de responsabilidad jurídica satisfacen el criterio material de menor lesividad arriba expuesto. *Grosso modo* podría decirse que, si puede discutirse la utilidad de aplicaciones

---

37 Ello aconseja no intervenir cuando el daño que se quiere combatir y el que provoca la medida jurídica son sustancialmente iguales o hay escasas diferencias entre ellos. Esta idea se encuentra en la línea de interpretaciones restrictivas del estado de necesidad en caso de conflicto entre bienes iguales como las que destacan la relevancia de la perturbación del orden jurídico -por ejemplo, Córdoba Roda, Comentarios al Código Penal, T. I (Artículos 1-22) (Barcelona: Ariel, 1976), p. 288; Mir Puig, Parte General (como en nota 24), p. 471.

singulares, la responsabilidad jurídica como tal, en sus distintas variantes penal, civil, etc., no es discutida. Incluso la más gravosa, la penal, se entiende como un mal del que, desgraciadamente, no se puede prescindir sin provocar una importante merma en la protección de bienes jurídicos. Pero esta justificación del todo no debería hacer olvidar la necesidad de someter cada una de sus aplicaciones singulares al filtro de la proporcionalidad o adecuación. Esta idea se plasma en Derecho penal en el escrupuloso respeto al principio de intervención mínima en sus dos manifestaciones principales: el carácter fragmentario -sólo deben someterse a pena los atentados más graves contra los bienes esenciales- y el principio de subsidiariedad o *ultima ratio legis* -sólo es lícita la intervención cuando no haya un medio menos lesivo de protección-.

El que las diferentes modalidades de responsabilidad jurídica, frecuentemente desligadas de la responsabilidad subjetiva, puedan satisfacer el criterio cuantitativo de protección de bienes jurídicos, nos permite destacar algunos aspectos relevantes de la relación entre ambos conceptos. La responsabilidad jurídica se inserta, como hemos visto, como una modalidad dentro del catálogo amplio de medidas preventivas y reparadoras jurídicas. Pero no es fácil definir los parámetros que permiten la identificación de ese subconjunto y le conceden homogeneidad, aunque los tres antes apuntados delimiten su núcleo principal. Quizás se hubieran facilitado las cosas, al menos desde una perspectiva terminológica, si el uso habitual del lenguaje hubiera impuesto una utilización coordinada de ambos términos, de manera que sólo se hablara de responsabilidad jurídica para referirse a las medidas lesivas impuestas al responsable subjetivo o culpable del hecho; pero no ha sido así, al menos fuera del Derecho penal<sup>38</sup>. Pese a ello, creo que es muy conveniente poner de manifiesto por qué la responsabilidad subjetiva ha sido y debe seguir un criterio principal de imputación de consecuencias jurídicas y no sólo desde la perspectiva de una justa distribución, sino también desde una perspectiva práctica.

Los daños a bienes jurídicos pueden proceder de hechos naturales o de acciones humanas, pero en cualquier caso el Derecho que quiere intervenir en la realidad evitando lesiones no puede hacerlo más que mediante normas de comportamiento dirigidas a los ciudadanos. En unos casos, frente a hechos naturales o hechos humanos no dirigibles, sólo le cabe una acción indirecta que no recae sobre la propia fuente de peligro, sino sobre la actividad humana -ésta sí dirigible- que puede controlarla. Frente a acciones humanas, por el contrario, la intervención puede ser tanto indirecta -normas dirigidas a terceros para que eviten el hecho-, como directa -normas dirigidas al propio autor-. Tanto unas como otras buscan un mismo fin (aunque de manera más o menos próxima) y utilizan idéntico mecanismo de acción: dirigir el comportamiento humano. Aunque no todas, una parte importante de las consecuencias que se imponen en la responsabilidad jurídica tienen como finalidad reforzar la eficacia de las normas de conducta

---

38 Aunque en este caso para referirse a aquel a quien se le impone una medida de seguridad jurídico-penal tampoco se habla normalmente de «responsable» penal, expresión que se reserva sólo para el penado culpable.

anudando sanciones a su infracción<sup>39</sup>. Un principio práctico elemental es que tales sanciones sólo pueden cumplir su función instrumental cuando estén presentes las condiciones que permitan al autor cumplir la norma a él dirigida, y estas condiciones son precisamente las que integran el concepto de responsabilidad subjetiva plena o culpabilidad<sup>40</sup>. Esto quiere decir que, al margen de cuestiones de justicia distributiva, la existencia de las circunstancias subjetivas de la culpabilidad es un requisito esencial de operatividad práctica de una buena parte de las consecuencias jurídicas: en concreto de todas aquellas cuya finalidad sea, de uno u otro modo, favorecer la eficacia de las normas de comportamiento. Sólo las infracciones culpables de la norma primaria de comportamiento justifican la intervención de la norma secundaria de sanción que trata de reforzar su cumplimiento.

Este hecho permite explicar por qué quienes niegan que la culpabilidad pueda sustentarse en la capacidad de obrar de modo distinto siguen manteniendo esta categoría desde planteamientos puramente preventivos<sup>41</sup>. Pero esta defensa del principio de culpabilidad sólo serviría si la justificación de la responsabilidad jurídica dependiera *exclusivamente* de argumentos de utilidad cuantitativos como los que ahora estamos examinando. Si se acepta que también es esencial atender a los criterios de justicia distributiva, falta demostrar que una culpabilidad basada en criterios sólo preventivos los cumple. Precisamente la conexión tradicional de esta categoría con la capacidad de actuar de manera distinta es lo que permitía la justificación atendiendo también a este segundo criterio valorativo. La actuación libre del autor da pie al reproche y con ello fundamenta el *merecimiento* de sanción, que es uno de los criterios clásicos de justicia distributiva.

### *b) Criterios basados en una justa distribución de cargas y beneficios*

La importancia de justificar la responsabilidad desde la perspectiva de una correcta distribución de cargas procede de la combinación de dos factores: en primer lugar, del hecho de que la redistribución del daño en la responsabilidad jurídica se hace habi-

39 Naturalmente ello sólo puede conseguirse, a su vez, mediante otras normas secundarias (el Derecho opera mediante normas) dirigidas a terceros para que sancionen la infracción de la norma primaria. Como muy tempranamente puso de relieve Bentham -An Introduction to the Principles of Moráis and Legislation, ed. a cargo de J. H. Burns y H. L. A. Hart, Methuen, con una nueva introducción a cargo de F. Rosen y un ensayo interpretativo de H. L. A. Hart (Oxford: Clarendon Press, 1996) p. 302-, también la norma secundaria de sanción es a la vez una norma primaria de conducta para el órgano de la justicia encargado de hacer cumplir la ley, y su infracción es sancionada por una norma secundaria -terciaria respecto de la primera- de sanción, que en Derecho penal se contiene en el tipo de prevaricación.

40 Sobre ello, Molina Fernández, *Antijuridicidad penal y sistema del delito* (como en nota 5), cap. 9.

41 Así ya en el clásico trabajo de Gimbernat Ordeig, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?», en E. Gimbernat, *Estudios de Derecho penal*, 3.<sup>a</sup> ed. Tecnos: Madrid, 1990, pp. 140-161. (Inicialmente publicado en *Problemas actuales de derecho penal y procesal*, Salamanca, 1971, pp. 87-109).

tualmente de manera *desequilibrada*, cargando sobre una o sobre pocas personas; en segundo lugar, del reconocimiento de nuestra *individualidad*, que se traduce en una concepción de la justicia que reconoce *límites valorativos* a la consecución del bienestar general cuando ello entraña el sacrificio no compensado de individuos singulares.

Este segundo factor tiene especial relieve. La utilidad a la hora de prevenir o reparar lesiones a bienes jurídicos sería el único criterio a tener en cuenta para justificar una consecuencia jurídica lesiva en una sociedad en la que el elemento de referencia valorativo para medir el bienestar fuera siempre el grupo como un todo y no sus individuos singulares. En una sociedad-hormiguero, cualquier sacrificio de un miembro en beneficio de otro que produjera un aumento del bienestar global estaría justificado<sup>42</sup>, pero no en una sociedad de sujetos con derechos y obligaciones sociales, pero también individuales. En este caso, la imputación o distribución del mal es un criterio limitador esencial a la hora de justificar medidas lesivas. Como ha indicado Rawls, esgrimiendo un argumento que se ha convertido en una clásica objeción contra el utilitarismo (o, más bien, contra una versión estrecha del mismo), «cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que incluso el bienestar de la sociedad como un todo no puede atropellar [...] la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos sea correcta por el hecho de que un mayor bien sea compartido por otros»<sup>43</sup>. El peso que haya de tener este criterio como límite de la utilidad es directamente proporcional al grado de reconocimiento de la autonomía individual frente a los deberes sociales. En una sociedad regida por criterios de máxima solidaridad el peso será pequeño, y en una sociedad ultraliberal, grande.

Aceptando de partida esta relatividad, pueden esbozarse al menos ciertos criterios básicos de redistribución justa que se encuentran tras la mayor parte de las consecuencias impuestas en la responsabilidad jurídica. Aludiré ahora sólo a los criterios de justicia distributiva, en el bien entendido de que la justificación final surge de combinarlos con los de utilidad antes examinados, cuestión que será abordada más adelante. La pregunta

---

42 Claro está que en una sociedad de este tipo, si no es impuesta coactivamente sino sentida por sus miembros, como en el caso de las hormigas, que poseen un incondicional instinto altruista para su grupo, los conflictos de intereses dentro del clan son infinitamente menores: sólo existen amenazas externas, de otros grupos o de la naturaleza, pero no internas, ya que la propia idea de la individualidad se diluye en el grupo.

43 Teoría de la justicia (México/Madrid/Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1979; traducción de María Dolores González del original en inglés, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971), cit. pp. 19 ss., más pormenorizadamente, pp. 40 ss. En la misma línea, poniendo el acento en la justa distribución, Nino, Los límites de la responsabilidad penal (como en nota 35), pp. 218 ss. Discutible es, sin embargo, si esta correcta objeción afecta decisivamente a los postulados del utilitarismo, como apuntan Rawls y Nino, o más bien puede ser superada sin salir del marco de una teoría consecuencialista introduciendo los criterios distributivos, como reflejo de derechos individuales, en el estado de cosas que sirve de base a la valoración. Sobre ello, por ejemplo, Bayón Mohíno, «Causalidad, consecuencialismo y deontologismo», *Doxa* 6 (1989), pp. 470 ss.

sería entonces: ¿qué puede justificar una intervención jurídica redistributiva en ausencia de cualquier mejora cuantitativa en la protección de bienes?

Lo primero que conviene hacer es evitar un posible malentendido al que ya he hecho referencia y que tiene que ver con la relación entre criterios cuantitativos y distributivos. En un derecho que se define como protector de bienes, parece que la respuesta a la pregunta anterior debería ser: nada puede justificarlo. Pero es evidente que el derecho maneja criterios de distribución justa, y ello lo que nos indica es que estos criterios responden a su vez a valores que representan bienes jurídicos. Una medida redistributiva justa protege bienes como la igualdad, la dignidad o la autonomía individual, que tienen un valor en sí y a la vez instrumental para crear las condiciones en que otros bienes se desarrollen protegidos. Todos los bienes, mediatos e inmediatos, entran en la ponderación compleja. Por ello debe insistirse en que la distribución justa no es algo esencialmente distinto de la protección cuantitativa de bienes, sino más bien una protección en la que también se tienen en cuenta bienes referidos a la autonomía individual que deben ponderarse junto a otros que atienden al mayor bienestar general. Precisamente ello explica que pueda haber genuinos conflictos entre ellos (de los que luego me ocupo brevemente) que se resolverán según el peso respectivo de lo que esté en juego, lo que no excluye que ciertos valores individuales especialmente importantes, como la dignidad en sus manifestaciones más básicas, puedan tener un rango tan elevado que ninguna consideración sobre el bienestar general permita justificar su lesión<sup>44</sup>.

Hecha esta salvedad, creo que hay dos tipos de posibles justificaciones de medidas lesivas: las que se basan en el *merecimiento* y las que lo hacen en un cierto entendimiento de la *equidad*. Las primeras enlazan la responsabilidad jurídica con la subjetiva, mientras que las segundas operan al margen de ésta.

#### 1.º Responsabilidad jurídica merecida

Un rasgo esencial de la perspectiva que tenemos de nuestra inserción en el teatro del mundo es que no somos ni sólo meros espectadores externos de lo que sucede, ni siempre marionetas controladas por fuerzas externas (aunque ambas cosas también lo seamos), sino también actores y guionistas de los que depende la definitiva configuración de la trama. Presuponemos que al menos una parte de lo que acaece es debida a nuestras acciones; puede imputársenos como propia. Consecuencia directa de esta forma de ver las cosas es que habitualmente distinguimos entre hechos que *sucedan* y hechos que *hacemos que sucedan*. Lo primero es el campo del azar, lo segundo, del merecimiento<sup>45</sup>.

44 Creo que esto es precisamente lo que sucede en el caso de la prohibición absoluta de las torturas y de las penas o tratos crueles inhumanos y degradantes que contempla la Constitución en el artículo 15. No es que aquí la dignidad esté al margen de la ponderación de intereses, como en ocasiones se ha dicho, sino que en dicha ponderación se le atribuye normativamente un rango *máximo*. Sobre ello, detalladamente, MOLINA FERNÁNDEZ, «El estado de necesidad como ley general» (como en nota 36), pp. 214 ss. y 238 ss.

45 En el lenguaje ordinario, e incluso en la filosofía moral, el término «merecimiento» se

Esta distinción no se empaña al reconocer que la mayor parte de los hechos resultan de la combinación de ambos factores, cada uno con mayor o menor peso. Predomina la suerte en la lotería, aunque para ganar haya que comprar el billete, y predomina el merecimiento en el éxito de un plan de ahorro a largo plazo, aunque el azar juegue un papel en las inversiones.

La responsabilidad jurídica lesiona intereses de quien la sufre, y para éste la lesión, en cuanto hecho, se presenta en lo referente a su origen como cualquier otro hecho: puede ser fruto del azar o de su propio merecimiento<sup>46</sup>; puede caerle encima como una desgracia natural o puede habérsela ganado con sus actos previos. Ello nos sitúa de nuevo ante el otro concepto de responsabilidad, el que alude a los antecedentes del hecho, a su origen, y nos obliga a responder a una de las cuestiones que quedó entonces planteada: la de si cualquiera de los niveles de imputación de un hecho a sus antecedentes permite hablar de responsabilidad.

Apuntaba entonces que sólo la imputación subjetiva plena permite considerar a alguien responsable de un hecho. Se trata ahora de justificar brevemente esa opinión y completarla con la siguiente: la imputación subjetiva plena o imputación a la culpabilidad hace responsable al autor y a la vez sirve de presupuesto único a la responsabilidad jurídica basada en el merecimiento. En otras palabras, sólo es merecida la responsabilidad jurídica del responsable subjetivo. Los demás criterios de imputación de un hecho a su causa original -imputación a la causalidad; imputación objetiva; imputación al dolo, etc.- sólo tendrán importancia por sí mismos (no en cuanto parte de la responsabilidad subjetiva plena) en la medida en que su concurrencia sea necesaria para una equitativa distribución en ausencia de merecimiento.

¿Por qué nos interesa mirar al pasado, a los antecedentes del hecho desvalorado que da origen a la responsabilidad jurídica? Inicialmente podríamos

utiliza con diversos significados, algunos más amplios que el del texto. No es infrecuente considerar merecido algo por la mera concurrencia de ciertos atributos objetivos en el sujeto, independientemente de cómo los haya obtenido: por su propia acción libre, por azar, por nacimiento, etc. Por ejemplo, cuando se afirma que alguien merece ganar el premio de belleza por ser el /la más guapo/a, o cuando se dice que cualquier persona merece ser respetada por el mero hecho de ser persona. En el texto utilizo el término en un sentido mucho más restringido, conectado a la acción previa y responsable del sujeto que le hace merecedor de lo bueno y lo malo que de ella se derive. Coloquialmente «merecer X» en este sentido equivale a «haberse ganado X». Un concepto de merecimiento ligado a la responsabilidad es, por lo demás, habitual en filosofía moral -v. por ejemplo, Sadurski, *Giving Desert Its Due. Social Justice and Legal Theory* (Dordrecht/Boston/Lancaster: D. Reidel, 1985), pp. 116 ss.; Betegón, *La justificación del castigo* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992), pp. 209 ss., especialmente 220 ss.

46 El hecho de que en estos casos intervenga un tercero -los órganos administrativos o judiciales- que imponga la medida (normalmente en su caso de manera plenamente imputable, aunque puede no ser así) no altera en nada la perspectiva del afectado.



pensar que porque así obtenemos una explicación del hecho, pero la cuestión es: ¿para qué queremos explicar un hecho que ya ha sucedido, remontándonos a otros hechos anteriores sobre los que ya no tenemos influencia? Hay dos razones principales para este interés: en primer lugar, nos sirve para aumentar nuestra experiencia y así poder prevenir situaciones futuras semejantes; en segundo lugar, nos sirve para realizar juicios de desvalor de segundo nivel. Es esta segunda razón la que ahora nos interesa.

Si la realidad estuviera conformada por acontecimientos perfectamente individualizables e inconexos entre sí, cada uno de ellos podría ser objeto de valoración directa (primaria) atendiendo a su propia entidad. Pero, desde el momento en que reconocemos conexiones causales entre hechos, entra en juego una posible valoración de segundo nivel en la que un acontecimiento puede ser evaluado en función de otros acontecimientos, primariamente valorados, con los que guarda una relación genética. Un hecho que aisladamente considerado (valoración primaria) puede ser indiferente, valioso, o disvalioso, puede cambiar su calificación si se atiende a otros hechos con los que se encuentra causalmente relacionado (valoración secundaria). Ello no quiere decir que la nueva valoración anule las anteriores, sino simplemente que introduce un nuevo factor que modifica la valoración global (atendiendo a todos los factores) del hecho. La caída de un rayo, que aisladamente considerada puede ser un hecho indiferente, parece dejar de serlo si mata a una persona, convirtiéndose en un suceso desvalorado.

Aunque a primera vista el desvalor primario que identificamos en un hecho podría trasladarse a *cualquiera* de sus condiciones de existencia, sea cual sea su naturaleza, lo cierto es que la valoración secundaria requiere algo más. Esta valoración no se refiere a una mera apreciación de las características valiosas o disvaliosas de un hecho, como es el caso de la valoración primaria, sino que alude a la propia *existencia* del hecho primariamente valorado. Sólo es posible tal valoración cuando la condición del resultado tiene un carácter que, con todas las cautelas, podríamos denominar originario. Un ejemplo puede aclarar esta idea: si imaginamos un proceso físico cuyo resultado final es la producción de un resultado disvalioso —por ejemplo el incendio y destrucción de un bosque de especies arbóreas especialmente amenazadas, causado por un rayo—, nuestra atención puede fijarse en el propio resultado desvalorado —la extinción de una especie—, que constituye una valoración primaria, o en el hecho de que tal extinción haya llegado a producirse, que constituye una valoración secundaria, pero este último caso sólo tiene sentido cuando la situación fuera tal que el resultado podía o no producirse. En otras palabras, por mucho que podamos individualizar un antecedente condicional de un suceso, como puede ser el rayo respecto del incendio, no tiene sentido atribuirle una valoración propia como causa de tal suceso si su propia existencia resulta físicamente condicionada por una situación previa. En una sucesión causal podemos seleccionar una determinada parcela espacio-

temporalmente definida— la evaporación del agua que genera las nubes; los fenómenos atmosféricos que provocan la carga eléctrica; el propio rayo, etc.—, condicionalmente conectada con el resultado disvalioso que examinamos—la destrucción de árboles valiosos—, pero no hay nada en nuestra selección de condiciones que permita una valoración distinta de la primaria que ya hemos hecho. Podemos decir que el rayo es malo porque está conectado con el incendio, o que la carga eléctrica es mala porque está conectada con el rayo y éste con el incendio, etc., pero verdaderamente no habremos salido de la valoración de primer nivel.

Una valoración de segundo nivel, como la que nos interesa para la responsabilidad, no tiene que ver con esto, sino más bien con la idea antes apuntada de selección de acontecimientos de los que verdaderamente *dependa* el que un hecho se produzca o no. Y ello sólo se da en las acciones humanas cuando además se cumplen todos los requisitos de la imputación subjetiva, y no en cualquier otro acontecimiento causal antecedente. Si se dan estas condiciones, el hecho desvalorado es verdaderamente obra del autor, y entonces él mismo con sus actos ha aceptado las consecuencias beneficiosas o perjudiciales que de tal hecho se deriven, la distribución de males aparentemente desequilibrada que entraña la responsabilidad jurídica. Ya no tenemos una desgracia natural que el derecho redistribuye de manera desequilibrada sobre una persona, sino una desgracia creada voluntariamente por alguien, pero cuyos efectos dañinos no recaen en el creador, sino que éste la distribuye arbitrariamente sobre un tercero. El derecho se limita entonces a redistribuir el mal sobre el causante original.

Cuando esta redistribución es factible —por ejemplo, en la reparación civil—, la justificación no plantea problemas. El derecho consigue que quien causa daño de manera injustificada se dañe a sí mismo, lo que a la vez tiene efectos preventivos y de justicia reparadora. Muchos más problemas plantea la justificación de medidas sancionadoras, que, aparentemente, sólo añaden mal sobre mal ya causado. Este es el caso de la pena criminal, y no es extraño que siempre y en todas partes su justificación haya dado lugar a intensas discusiones. No voy a entrar en el análisis de esta cuestión, que nos llevaría demasiado lejos, pero sí quisiera apuntar que tanto si su justificación se busca en la retribución del hecho cometido, como en la prevención de futuros hechos, el requisito del merecimiento resulta insoslayable. En la retribución no necesita especial justificación: es algo consustancial a la propia idea retributiva<sup>47</sup>. Pero tampoco es distinto en la prevención si la pena ha de ser un instrumento no sólo útil sino también justo. La carga que impone la pena es especialmente gravosa para el que la soporta, y en su naturaleza está que

---

47 Un desarrollo pormenorizado de la idea de merecimiento aplicado a la justificación retributiva de la pena puede verse en BETEGÓN, *La justificación del castigo* (como en nota 45), pp. 284 ss.

no puede ser compensada sin perder la finalidad que le es inherente. Este desequilibrio en la imposición sólo puede ser justificado si hay merecimiento.

No puede concluir este apartado sin dejar planteado el problema principal al que se enfrenta una responsabilidad jurídica basada en la responsabilidad subjetiva, que no es otro que la amenaza para el concepto de libertad que procede de una visión del mundo en la que el comportamiento humano que sirve de base a la responsabilidad queda sometido al principio causal como cualquier otro acontecimiento, desapareciendo entonces la posibilidad de actuar de manera distinta a como se hizo. Con ello parece caer por su base el criterio principal de justificación, que es la opción libre del autor por el hecho lesivo. De esta importante objeción, que enlaza con la clásica polémica acerca de la compatibilidad o incompatibilidad entre determinismo y libertad, me ocuparé en la segunda parte del trabajo.

## 2.º Responsabilidad jurídica equitativa

A falta de responsabilidad subjetiva de alguien en la causación del hecho lesivo, éste debe imputarse al azar. En esta situación existe un derecho igual de todos a no soportar lesiones. Pero hay males que son inevitables, y la cuestión que se plantea es quién debe cargar con ellos. Las reglas de distribución de los males inevitables deben atender, entonces, a la equidad; al mantenimiento de la situación de partida si es justa, o a su modificación mediante criterios correctores de justicia distributiva si no lo es.

Son tres las opciones de reparto con que contamos: no intervenir, dejando que el azar reparta suerte; desplazar el daño, total o parcialmente, a un tercero con apoyo en algún criterio de justicia; o distribuirlo universalmente entre todos los ciudadanos. Ninguna de las tres opciones es excluyente; todas pueden ser justas y adecuadas en ciertos contextos. Muchas veces, además, la elección de una u otra va a depender de criterios de utilidad.

La *distribución «natural» del daño*, si de verdad es natural, tiene una importante ventaja: no es manipulable y en ese sentido es completamente imparcial. Cada uno disfruta de lo bueno que le toque en la vida, pero también carga con lo malo, y entre ellos se produce generalmente un cierto equilibrio. Otra ventaja secundaria es que es totalmente económica desde una perspectiva procesal: al no haber reasignación, no hacen falta procedimientos jurídicos. En ciertos contextos, como frente a males de escasa entidad que procedan de fuente natural, es seguramente el mejor criterio posible tanto por su utilidad práctica como por su imparcialidad. Pero en otros contextos puede resultar injusto y contraproducente. Obviamente lo es cuando se aplica a males provocados por hechos culpables en los que la asignación inicial del daño es parcial, esto es, depende de la voluntad del lesionante; o cuando el daño es muy grave y difícilmente puede ser compensado por la buena suerte del que lo padece. También plantea problemas cuando se aplica a situaciones en las que es posible prevenir un mal natural o provocado causando otros males

menores a terceros ajenos (situaciones clásicas del estado de necesidad). En cualquiera de estos casos pueden ser mejores opciones el desplazamiento a un tercero o la redistribución universal.

*Desplazar el mal a terceros* parece la solución más razonable desde un punto de vista de justicia distributiva, en dos casos: cuando media una causación culpable, lo que se ha examinado en el apartado anterior, o cuando alguien se beneficia de la actividad arriesgada que provoca el mal ajeno, en cuyo caso es el beneficiario quien deberá adoptar a su costa medidas preventivas para evitar la lesión, o repararla si ya se ha producido. Este desplazamiento tiene su aplicación principal en la responsabilidad civil por riesgo, basada en el principio *ubi commodum ibi et incommodum*. También en Derecho penal puede tener aplicación este principio; por ejemplo en la delimitación de las posiciones de garantía en los delitos de omisión, especialmente en caso de injerencia.

La imputación de responsabilidad en estos casos plantea el problema complejo de determinar quién y hasta dónde es alguien beneficiario del riesgo que provoca el mal ajeno, pero si efectivamente puede concluirse que hay beneficio, entonces el argumento de justicia distributiva es claro: al imponerle responsabilidad se reinstaura el equilibrio inicial roto por el hecho lesivo. El reparto resulta plenamente equitativo.

Hay otras situaciones en las que el desplazamiento del daño a un tercero puede estar también justificado. Cuando la persona que ha sido dañada o está en peligro no es con certeza responsable subjetiva ni beneficiaría indirecta del hecho y hay otra u otras que lo son con una cierta probabilidad, tiene sentido invertir la carga de la prueba de la ausencia de responsabilidad, imputándose la inicialmente al presunto responsable. Incluso puede ser razonable establecer una responsabilidad puramente objetiva complementada con un seguro obligatorio, lo que supone en realidad una redistribución general del daño entre los que se benefician de la actividad arriesgada.

Por último, la *redistribución general del daño* entre todos los miembros del grupo social es ciertamente la mejor y más justa solución en muchos casos, ya que aparentemente mantiene la respectiva posición de las partes anterior a la amenaza o la lesión; pero ni es siempre racional -en particular no lo es en aquellos examinados en el punto anterior— ni es siempre justa -una misma carga aplicada linealmente puede agudizar la desigualdad de base en perjuicio de quienes parten ya de una posición inferior, aunque esto puede corregirse mediante redistribuciones no lineales sino escaladas (a través de impuestos progresivos, etc.)—. Es especialmente adecuada para casos de daños de gran entidad que no pueden ser compensados por la propia fortuna. Normalmente la redistribución será indirecta, mediante compensación económica, porque el mal no podrá ser dividido.

### c) *Conflictos entre utilidad y justicia distributiva*

Los dos aspectos que, a efectos de análisis, he distinguido dentro del problema general de la justificación de medidas jurídicas lesivas se refieren respectivamente a la comparación entre bienes salvados y lesionados (utilidad), y a la distribución de las cargas (justicia). La actuación de ambos principios de cara a la justificación de la responsabilidad puede orientarse en la misma dirección, pero también eventualmente en direcciones opuestas. Atendiendo a estos dos haremos existen cuatro combinaciones posibles, dos extremas, en las que la justificación se produce siempre en una y nunca en la otra, y dos intermedias, en las que la justificación depende del respectivo peso de los factores favorables y desfavorables.

La primera combinación se produce cuando la lesión provocada no sólo produce una mejora cuantitativa en los intereses protegidos (o al menos un mantenimiento de la situación de partida), sino que a la vez está justamente distribuida. En estos casos el hecho estará siempre justificado, ya que hay un avance neto, sin contrapartidas. Ejemplos pueden ser, en el ámbito de la responsabilidad jurídica, la imposición de una pena criminal al autor culpable de un delito o la obligación de reparar civilmente un daño por parte del que lo ha causado dolosamente; en las causas de justificación, un trasplante intervivos con consentimiento del donante que salva la vida del receptor del órgano, o una legítima defensa en la que se causa una lesión al agresor y con ello se evita la muerte de la víctima. En todos ellos el saldo de protección es favorable y la distribución justa.

Las dos combinaciones intermedias se producen cuando hay una mejora cuantitativa en los bienes protegidos pero una distribución injusta, o, al revés, un empeoramiento en la protección pero una distribución adecuada. En ambos casos se produce un conflicto entre un hecho que apoya la justificación y otro que se opone a ella. Su peso respectivo decidirá. Un ejemplo del primer grupo, en el que no se produce la justificación, podría ser un trasplante de órganos como el mencionado anteriormente pero impuesto coactivamente al donante. Aunque en este caso se salva la vida de alguien a cambio de una lesión en la integridad de menor valor cuantitativo, la distribución del daño resulta injusta porque falta el consentimiento. Como aquí el mal causado es, a su vez, de gran entidad, el margen de mejora cuantitativa es escaso y no es capaz de compensar el efecto negativo de una injusta distribución. El hecho no está justificado.

Distinta es la cosa cuando el interés protegido prepondera de tal forma sobre el lesionado que incluso una distribución injusta no es suficiente para negar la justificación. La lesión de la propiedad ajena por parte de una persona sin recursos para salvar su propia vida o la de otro es lícita por más que al final el perjudicado sea un tercero que nada tenía que ver con la amenaza inicial. Otro ejemplo puede ser los deberes de socorro legalmente impuestos por el delito de omisión del deber de socorro. En el primer caso el ordenamiento impone una obligación de no hacer que entraña la pérdida de un derecho de propiedad debe soportar el daño, pese a que no va recibir compensación por ser indigente el causante-, y en el segundo de hacer, que limita la libertad —debe socorrer—, y en ambos casos el obligado es un tercero ajeno al riesgo

inicial. En situaciones de este estilo es habitual considerar que es el principio de solidaridad interpersonal el que permite explicar el deber, pero también el caso anterior de la donación no consentida era un caso de solidaridad y no había justificación. Es la ponderación cuantitativa del mal amenazado y el causado la que decide los límites de la solidaridad. Por eso el trasplante es antijurídico y no la salvación de la vida a costa de una pérdida definitiva de la propiedad; y por eso puede omitirse el socorro cuando hay riesgo propio o ajeno, ya que entran en juego nuevos intereses en la ponderación junto a la libertad, y no cuando no lo hay y el único interés del que socorre que entra en conflicto con los del *socorrido* es su libertad para permanecer impasible.

Como en todo supuesto intermedio, sus límites se van haciendo cada vez más difusos según el peso respectivo de los factores favorables y desfavorables se va aproximando. Por ejemplo, entre los penalistas nadie duda que no cabe justificación en el caso del trasplante no consentido, pero se ha discutido vivamente si el estado de necesidad puede justificar una extracción de sangre no consentida que sirva para salvar la vida del transfundido. La mayor parte de la doctrina se muestra contraria, pero algunos autores cualificados, como Roxin, admiten la justificación<sup>48</sup>. Y uno de los argumentos de este autor es precisamente que pequeñas intervenciones corporales no consentidas, realizadas para salvar intereses ajenos, no llegan a lesionar la dignidad del obligado<sup>49</sup>.

El caso inverso se produce cuando el interés lesionado es cuantitativamente mayor que el evitado, pero su distribución es correcta. Al igual que en el anterior, la justificación depende del peso respectivo de ambos factores, y, de la misma manera, los problemas de delimitación se agudizan en la zona media. Así, por ejemplo, está justificado por legítima defensa causar un daño superior al amenazado -por ejemplo una muerte para evitar una lesión de la integridad-, pero se requiere que haya una agresión ilegítima. En estos casos, la justa distribución del daño, que va a recaer sobre el agresor que, en cuanto tal, se hace merecedor a él, permite justificar un daño cuantitativamente superior<sup>50</sup>.

48 *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3.<sup>a</sup> ed. (Munich: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1997), § 16, nmm. 43 y s.

49 En un caso como éste se muestran las ventajas de un análisis de la justificación como el aquí propuesto, en el que se distingue la utilidad y la justicia distributiva. Para apoyar su propuesta, Roxin alega, entre otros argumentos, que también son lícitas otras intervenciones forzosas sobre el cuerpo de una persona, como las impuestas por las leyes de vacunación, o la propia extracción de sangre para esclarecer delitos o comprobar la paternidad. Ello es cierto, pero es que en estos dos casos el criterio de distribución es favorable a estas medidas, cosa que no sucede en la extracción de sangre. Entre los criterios de distribución justa se encuentra el de que cada uno soporte su mala suerte natural sin desplazarla a terceros (salvo una redistribución general), lo que permite sin problemas justificar la vacunación obligatoria, ya que la posible fuente de contagio procede del que va a sufrir la restricción. En cuanto a la extracción con fines procesales, responde también a otro criterio distributivo como es la presunción de culpabilidad. La extracción de sangre para salvamento, sin embargo, no está apoyada más que por un criterio de orden inferior como es la reciprocidad impuesta.

50 De ahí la importancia de restringir la legítima defensa a los casos de agresión culpable. Sólo aquí el criterio de distribución contra el plenamente responsable (criterio de orden primario)

La solución favorable a la licitud no plantea problemas cuando la desproporción entre los males es pequeña, pero según va aumentando cada vez resulta más problemática, hasta el punto de que muchos ordenamientos limitan voluntariamente el alcance de la legítima defensa cuando hay una grave desproporción. En Francia, por ejemplo, no es lícito defender la propiedad si para ello es imprescindible causar dolosamente la muerte de otro, y en España el artículo 20.4.º CP pone a su vez límites al alcance de la defensa legítima del patrimonio.

La última combinación posible es la opuesta a la primera examinada. Se produce cuando la acción lesiva no provoca una mejora cuantitativa en la salvación de otros bienes y a la vez la distribución es injusta. Un ejemplo es el delito, que provoca lesiones no compensadas y recae sobre personas inocentes. En estos casos nunca cabe justificación.

La conclusión principal que debe extraerse del examen de los casos de conflicto es que ninguno de los dos factores que inciden en la justificación tiene un peso absoluto. La responsabilidad jurídica debe apoyarse en ambos. La segunda parte del trabajo se dedica al examen de la cuestión que había quedado pendiente: cómo justificar la responsabilidad subjetiva.

## II. RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y LIBERTAD

### 1. Responsabilidad y capacidad de actuar de manera distinta

Cuando hablamos en derecho de responsabilidad subjetiva, solemos hacerlo en el sentido de que la imposición de una consecuencia jurídica desfavorable, pena o reparación, depende de que se cumplan ciertos requisitos subjetivos que aluden a la persona del supuesto responsable o a su relación con el hecho, requisitos que permiten imputarle el hecho como obra suya. Generalmente decimos que el autor debe ser «culpable» del hecho antijurídico<sup>51</sup>. Con ello lo que se está haciendo es fundir bajo una misma expresión los dos conceptos de responsabilidad que hemos distinguido anteriormente. Se habla de responsabilidad subjetiva para indicar la responsabilidad jurídica -imposición de penas y reparación- basada en la responsabilidad subjetiva o moral -causación culpable del hecho desvalorado.

La existencia de responsabilidad subjetiva es, al menos aparentemente, el principal criterio legitimador de la responsabilidad normativa. Con su concurrencia parecen cumplirse los dos requisitos elementales de legitimidad de la intervención: utilidad y

---

tiene el peso suficiente para justificar una lesión cuantitativamente superior a la evitada. Aunque no es tesis mayoritaria, un importante sector doctrinal se inclina por esta restricción del significado de la agresión ilegítima -sobre ello, v., por todos, LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa* (Barcelona: Bosch, 1978), pp. 230 ss. y 333 ss.-

51 Aunque en Derecho penal la doctrina mayoritaria ubica ciertos elementos fundamentales de la imputación subjetiva —dolo e imprudencia— en el ámbito del injusto, esta opción sistemática no afecta al núcleo del problema aquí tratado. Se examine en un sitio u otro, todo el mundo requiere la presencia de estos elementos.

justicia. Es una intervención útil porque los elementos que definen la responsabilidad subjetiva son el presupuesto elemental de efectividad directiva de las normas primarias de comportamiento, con lo que la exigencia de responsabilidad subjetiva se convierte en condición necesaria de la prevención. Es una intervención justa porque se basa en el merecimiento; porque la distribución de los efectos lesivos se hace a costa de la persona que tuvo en sus manos que el mal no se hubiera producido.

Ambos requisitos, y manifiestamente el segundo, pueden quedar, sin embargo, afectados por la posibilidad de que la responsabilidad subjetiva carezca de una base ontológica firme en la que asentarse. De manera constante se ha vinculado la responsabilidad a la libertad del agente, y más concretamente a la posibilidad de que éste hubiera podido actuar de manera distinta a como lo hizo.

Si no había alternativa real de acción correcta, el sujeto no puede ser hecho responsable de lo malo que haya causado. Pero este presupuesto básico de la responsabilidad se contradice con una visión de la realidad, que tiene importantes apoyos en la ciencia y en la filosofía, según la cual el mundo está regido por la ley de la causalidad, de manera que todo acontecimiento, y la actividad humana no es una excepción, tiene su origen en hechos precedentes que lo condicionan necesariamente, no quedando entonces espacio para una acción original, no determinada, como la que parece requerir la responsabilidad subjetiva. Ayer ha planteado los términos básicos de la discusión de la siguiente manera:

Cuando digo que he hecho algo por mi propia voluntad, estoy afirmando implícitamente que yo podía haber actuado de otra forma, y sólo cuando se acepta que yo podía haber actuado de otra forma estoy en posición de ser moralmente responsable por lo que he hecho, ya que un hombre no es considerado moralmente responsable por una acción que no pudo evitar. Pero si el comportamiento humano está completamente gobernado por leyes causales, no está claro cómo cualquier acción realizada hubiera podido evitarse. Podría decirse que el agente hubiera actuado de otra forma si las causas de su acción hubieran sido diferentes, pero de ser lo que fueron parece deducirse que estaba forzado a hacer lo que hizo. De manera que es comúnmente asumido a la vez que el hombre es capaz de actuar libremente, en el sentido necesario para hacerle moralmente responsable, y que el actuar humano está enteramente gobernado por leyes causales, y es el conflicto entre estas dos asunciones el que provoca el problema filosófico de la libertad de la voluntad<sup>52</sup>.

Este problema ronda la filosofía moral desde sus orígenes, permaneciendo hasta hoy como cuestión central y para muchos no resuelta de la responsabilidad. Aunque ya aparece planteada en los autores griegos<sup>53</sup>, adquiere su verdadera dimensión con

52 «Freedom and Necessity», en Gary Watson (ed.), *Free Will* (Oxford: Oxford University Press, 1982), cit. p. 15.

53 Epicuro fue uno de los primeros autores en enfrentarse al problema que plantea el determinismo para la filosofía moral. De él procede, además, una de las más clásicas objeciones filosóficas al



el extraordinario desarrollo de las ciencias naturales, especialmente la astronomía y la física, a partir del siglo XVI, que por primera vez puso ante los ojos del hombre el determinismo como una hipótesis científica que podía entrar en abierto conflicto con la supuesta libertad de voluntad<sup>54</sup>.

En Derecho la discusión se liga a la fijación de los presupuestos de la responsabilidad jurídica. Allí donde, como en el Derecho penal, se requiere como presupuesto necesario de la responsabilidad la exigencia de culpabilidad, aflora el problema de determinar su fundamento material. Al igual que en las discusiones de la filosofía moral, y con un evidente paralelismo, se discute si el fundamento de la culpabilidad es la capacidad de actuar de modo distinto o si, partiendo de la indemostrabilidad del libre albedrío, deben buscarse soluciones alternativas, bien en forma de una distinta fundamentación de la categoría, bien incluso prescindiendo de ella<sup>55</sup>.

---

determinismo. Sobre Epicuro, v. De WITT, Norman Wentworth, *Epicurus and his Philosophy* (Minneapolis: University of Minnesota Press, 1954), pp. 171 ss., para quien Epicuro fue el primero en plantear el conflicto entre libertad y determinismo -p. 171-. También Aristóteles plantea de manera indirecta el problema al tratar de la acción voluntaria, que origina el hecho, como base de la responsabilidad. V., por ejemplo, MEYER, Susan Sauvé, *Aristotle on Moral Responsibility. Character and Cause* (Oxford: Blackwell, 1993); BROADIE, Sarah, *Ethics with Aristotle* (Nueva York/Oxford: Oxford University Press, 1991), esp. pp. 124 ss. y 149 ss.; KENNY, Anthony, *Aristotle's Theory of the Will* (Londres: Duckworth, 1979), pp. 39 ss. y 49 ss.; IRWIN, Terence H., *Aristotle's First Principles* (Oxford: Clarendon Press, 1988), pp. 340 ss.; «Reason and Responsibility in Aristotle», en Amélie OKSENBERG RORTY (ed.), *Essays on Aristotle's Ethics* (Berkeley/Los Angeles/Londres: University of California Press, 1980), pp. 117 ss.

- 54 Así, VON WRIGHT, «Of Human Freedom», en *In The Shadow of Descartes. Essays in the Philosophy of Mind* (Dordrecht/Boston/Londres: Kluwer Academic Publishers, 1998), pp. 1 y 29.
- 55 Suele considerarse un momento decisivo en la discusión penal sobre el fundamento material de la culpabilidad la aparición de la monografía de ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart* (Berlín, 1963). Esta obra tuvo un efecto revulsivo, pero ya antes se había planteado con claridad el problema. Unos de los trabajos más relevantes y a la vez menos conocidos en esta línea es el de HÖPFNER, «Zur Tragweite der Normenlehre», *ZStW-23* (1903), pp. 653 ss - que defendió la reformulación subjetiva de la norma penal entre otras razones para poder eliminar la culpabilidad de los requisitos del delito debido a la indemostrabilidad del libre albedrío. En España ha tenido gran influencia el trabajo de GIMBERNAT, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?» (como en nota 41), pp. 140-161, al que luego hago referencia. Un resumen de las diversas perspectivas de la doctrina penal en relación con este problema puede verse en DREHER, *Die Willensfreiheit. Ein zentrales Problem mit vielen Seiten* (Munich: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1987), pp. 29 ss.; también PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena* (Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma, 1990), pp. 93 ss. Centrado en la teoría penal del siglo XIX, HOLZHAUER, *Willensfreiheit und Strafe. Das Problem der Willensfreiheit in der Strafrechtslehre des 19. Jahrhunderts und seine Bedeutung für den Schulenstreit* (Berlín: Erich Schmidt Verlag, 1970).

La discusión presenta evidentes similitudes en ambos campos, y también las soluciones ofrecidas, que se construyen combinando las respuestas que se den a dos cuestiones: en primer lugar, según se admita o no el determinismo como hipótesis ontológica de partida, lo que, siguiendo una terminología acuñada, permite distinguir entre posiciones deterministas y libertarias; en segundo lugar, según se admita o no la compatibilidad entre determinismo y responsabilidad subjetiva, lo que a su vez permite diferenciar compatibilistas de incompatibilistas. Aunque ambas cuestiones son, en principio, independientes, lo que arroja cuatro combinaciones teóricas, lo cierto es que prácticamente sólo se mantienen tres. Quienes niegan el determinismo suelen ser a la vez incompatibilistas y de hecho no es infrecuente que se adopte una posición favorable al libre albedrío precisamente como consecuencia de la asunción previa de la incompatibilidad entre determinismo y responsabilidad. En estos casos, la respuesta a la primera pregunta queda condicionada por la segunda, pese a que aquélla se presenta como una genuina cuestión ontológica cuya respuesta depende sólo de la real conformación del mundo —invariablemente sometido a leyes causales, o abierto a contingencias no determinadas—, y no de nuestras creencias o de los efectos que ello pueda tener sobre el concepto de responsabilidad.

Hay una respuesta a cada una de estas preguntas que hace innecesario plantear la otra. Si se niega el determinismo y se acepta la posibilidad de un comportamiento libre no necesariamente condicionado por los antecedentes, no hace falta cuestionar la compatibilidad del determinismo con la responsabilidad. Pero, por otro lado, si se adopta una posición compatibilista, la cuestión de si el mundo está o no determinado resulta indiferente. Como generalmente se admite que hoy por hoy una respuesta definitiva a la cuestión de si el mundo está plenamente determinado es imposible, la polémica suele centrarse en la cuestión de la compatibilidad de responsabilidad y determinismo. Pero hay un factor que hace esta última discusión especialmente dramática y que permite entender los sucesivos intentos compatibilistas, y tiene que ver con la respuesta probable a la otra cuestión. Aunque generalmente se admite que todavía no es decidible de manera definitiva, e incluso aunque pueda defenderse que en un sentido fuerte nunca lo será, lo cierto es que son muchos los factores que juegan a favor de una respuesta favorable al determinismo o a un indeterminismo que, para la cuestión que estamos tratando, resulta en todo idéntico al determinismo estricto. Como ha indicado Honderich, «El problema real del determinismo y la libertad es encontrar o idear una respuesta *satisfactoria* a la probable verdad del determinismo»<sup>56</sup>. Por ello, los intentos por desarrollar y fundamentar una teoría compatibilista resultan especialmente apremiantes. Si la estructura de la realidad no parece en principio la que consideraríamos más idónea para soportar un concepto como el de responsabilidad subjetiva, ligado a la capacidad de actuar de manera distinta, resulta perentorio demostrar que, pese a ello, este concepto se asienta sobre bases sólidas.

---

56 *¿Hasta qué punto somos libres? El problema del determinismo* (Barcelona: Tusquets, 1995) (traducción de Antonio-Prometeo Moya del original en inglés *How Free are You? The Determinism Problem*. Oxford: Oxford University Press, 1993), cit. p. 141 (subrayado en el original).

En ocasiones parece apuntarse que no estamos ante un verdadero problema<sup>57</sup>. Desde la perspectiva de la filosofía moral esta salida parece, cuando menos, discutible. Si un problema es una proposición o dificultad de solución dudosa hay pocas cuestiones que lo sean tanto. Es difícil explicar cómo es posible que un pseudo-problema haya inquietado tanto a tantos en cualquier lugar y a lo largo de tanto tiempo, y hasta el punto de verse en muchos casos personalmente afectados por él<sup>58</sup>.

Lo que se plantea es un conflicto entre dos visiones de la realidad aparentemente antagónicas: por un lado la perspectiva que tenemos de nosotros mismos como seres al menos parcialmente libres y por ello responsables de las opciones que elegimos; por otra la perspectiva general del mundo, ligada al pensamiento científico, que conecta cada acontecimiento —incluidas nuestras acciones— con otros acontecimientos precedentes que los originan siguiendo pautas necesarias expresables mediante leyes naturales, y así sucesivamente hasta el origen del universo. Pero si cada hecho está conectado necesariamente con los que le preceden, no se ve muy bien cómo puede ser alguien responsable de un hecho sobre la base de que podía haber actuado de manera distinta a como lo hizo. De hecho, esta visión de las cosas apunta a que nada puede ser de manera distinta a como realmente ha sido, y ello no sólo parece destruir la otra perspectiva que nos ve como seres libres, sino que a la vez parece que deja al desnudo todas aquellas actitudes y prácticas sociales que se basan en ella: el reproche y la alabanza, el remordimiento y la satisfacción por lo realizado.

Por si esta confrontación no fuera suficiente problema, aún hay más. De las dos perspectivas, nuestro interés se centra en la primera, en la libertad. Es ésta la que queremos defender frente a la amenaza del determinismo. Querriamos que nuestra percepción de las cosas se correspondiera con la estructura de la realidad. El determinismo, o el cuasideterminismo, no provoca nuestra devoción. Si los invocamos es porque representan opciones empíricas creíbles o al menos razonables acerca de la probable estructura de la realidad, y nuestra racionalidad nos aconseja adaptar nuestras creencias a la realidad y no al revés. El problema es que la perspectiva que nos interesa defender, la del hombre subjetivamente responsable de sus actos y merecedor de alabanzas o reproches, no sólo no parece compaginable con la imagen de la realidad que ofrece la perspectiva determinista, sino con ninguna otra perspectiva imaginable. Si es difícil compatibilizar libertad y determinismo, mucho más difícil es encontrar una explicación indeterminista

57 Discute la posición de Moritz Schlick en este sentido CAMPBELL, «Is “Free Will” a Pseudo-Problem?», en Herbert Morris (ed.), *Freedom and Responsibility. Readings in Philosophy and Law* (Stanford: Stanford University Press, 1961), pp. 473 ss. [inicialmente publicado en *Mind*, LX (1951), pp. 445-461], También Ross llega a afirmar que «el argumento determinista de que la noción de imputabilidad (responsabilidad moral) no tiene significado es demasiado implausible para que nadie lo haya tomado en serio» -«The Campaign against Punishment», *Scandinavian Studies in Law*, 14 (1970), cit. p. 129.

58 En palabras de von WRIGHT, esta cuestión ha atormentado a filósofos en los últimos tres siglos, en los que los descubrimientos científicos han hecho más plausible la hipótesis determinista -«Of Human Freedom» (como en nota 54), cit. p. 29-, Más adelante veremos algunos testimonios personales en esta línea.

que satisfaga nuestra percepción de libertad. De esta objeción me ocuparé más adelante al tratar de las soluciones libertarias.

De ser cierto lo anterior, el problema se multiplica. Ya no tenemos sólo un conflicto entre cómo nos percibimos y una determinada perspectiva más o menos probable de cómo parece configurarse el mundo del que somos parte, sino un conflicto con cualquier estructura posible del mundo, ya que determinismo e indeterminismo agotan las posibilidades de descripción.

Tampoco para los juristas puede considerarse éste un pseudo-problema. Es cierto que, a diferencia de la filosofía moral, aquí no parece estar en juego el propio núcleo de la materia. Hemos visto que la responsabilidad jurídica puede desligarse, y de hecho se desliga frecuentemente, de la responsabilidad subjetiva o culpabilidad. Sin embargo, no es menos cierto que en algunos sectores jurídicos -el más representativo es el Derecho penal- la culpabilidad ha adquirido a lo largo de la historia un papel imprescindible. Seguramente muchos penalistas estarían dispuestos a afirmar que el principio de culpabilidad es el principio esencial del Derecho penal moderno<sup>59</sup>, incluso por encima del de legalidad, entre otras cosas porque el consecuente seguimiento de aquél entraña las más importantes garantías de seguridad y certeza propias de éste, pero no al revés<sup>60</sup>. Aunque, como veremos, se ha propuesto en ocasiones la desaparición del principio de culpabilidad, y con más frecuencia su mantenimiento pero desligado de la posibilidad de actuar de manera distinta, lo cierto es que estas soluciones no dejan de ser problemáticas. En particular, las dificultades, no siempre advertidas, no tienen que ver con la pérdida de una justificación utilitaria de la pena, que puede obtenerse sin demasiados problemas de su función preventiva<sup>61</sup>, sino del otro aspecto de justificación aludido en la primera parte de este trabajo: al caer la libertad, arrastra consigo el criterio de merecimiento que permitía justificar la inusualmente desequilibrada distribución de cargas que entraña la pena.

Fuera del Derecho penal y de la justificación de la pena se plantean también otros problemas jurídicos de alcance más general. Por ejemplo, la propia idea de *deber*, base de cualquier construcción jurídica, parece verse conmocionada en sus cimientos por el

59 Cita Ross -«The Campaign against Punishment» (como en nota 57), p. 147- la acertada opinión del jurista danés Cari Goos para el que el principio de culpabilidad es la Magna Carta de los ciudadanos frente al poder del estado.

60 Como ha recordado ROXIN, es una idea antigua derivar el principio de legalidad del de culpabilidad -*Derecho penal. Parte General. T. 1. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (Madrid: Civitas, 1997), § 5, n.º 24 y s., pp. 146 y s., y la bibliografía allí citada. Muy claro en esta línea, NINO, *Los límites de la responsabilidad penal* (como en nota 35), p. 249.

61 Así lo entiende Liborio HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR al considerar «plenamente convincente» desde una óptica estrictamente preventiva el argumento de Gimbernat para prescindir en la culpabilidad de la capacidad de actuar de modo distinto -«Libertad y responsabilidad penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989, pp. 565 ss-, al que, sin embargo atribuye otros inconvenientes decisivos.

determinismo. Aun admitiendo las dificultades que encierra su interpretación, hay algo indudablemente cierto en el clásico principio «debe entraña puede». La imposición de deberes, al menos si se entiende como instrumento directivo de conducta, sólo tiene sentido dentro de las capacidades del destinatario del deber<sup>62</sup>, y aquí el determinismo plantea un dilema en el que se han visto enredados algunos autores que han defendido a la vez la aplicación irrestricta del principio y una visión determinista de la realidad. Por ser uno de los que lo padeció de forma más aguda lo denominaré «dilema de Hold von Ferneck»<sup>63</sup>, lo que además permitirá identificarlo en la discusión posterior. Si el nacimiento de un deber jurídico se vincula a la existencia de ciertos requisitos en el destinatario y en la situación que condicionan la capacidad para cumplir el deber (lo que parece muy razonable), y a la vez se admite que todo lo que acontece lo hace de manera necesaria y nada podía haber sido distinto a como fue, entonces, aparentemente, no cabe infringir deberes, ya que la infracción muestra de manera inmediata que no se daban las condiciones de cumplimiento, lo que a su vez hace desaparecer el deber<sup>64</sup>. Este dilema no es en realidad más que una manifestación especialmente clara del problema general examinado. En un mundo sin contingencia (o sólo con contingencia puramente azarosa) no parece haber espacio para un deber-ser<sup>65</sup>.

Por último, en Derecho penal el problema tiene también una evidente dimensión práctica. La exención de responsabilidad en las causas que excluyen la acción y en las de inimputabilidad tiene una base común, hasta el punto de que históricamente no se distinguía entre ellas<sup>66</sup>. Las primeras suponen la admisión del nivel más elemental, y por ello universalmente admitido, del principio «debe entraña puede». Si el autor ni siquiera tenía la capacidad física de evitar (o realizar) el hecho, no habría acción (u

62 Sobre ello, pormenorizadamente, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito* (como en nota 5), cap. 9 y especialmente pp. 524 ss.

63 En su obra, *Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts*. Vol. I: *Der Begriff der Rechtswidrigkeit* (Jena: Gustav Fischer, 1903), pp. 121 y 169 ss., y especialmente Vol. II, 1, <sup>a</sup> parte: *Notstand und Notwehr* (Jena: Gustav Fischer, 1905), p. 27.

64 Aunque la cuestión no tiene aquí demasiada importancia, la solución que dio a este problema Hold von Ferneck fue incorrecta, y de hecho supuso la renuncia parcial a su planteamiento de partida sobre el deber. Sobre ello v. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito* (como en nota 5), cap. V, ap. 5, especialmente pp. 339 y s.

65 De hecho, una de las posibles definiciones de determinismo es la que excluye del mundo el poder-ser. Así, por ejemplo, para Von WRIGHT el determinismo son «las ideas con arreglo a las cuales lo que es, también (de una manera u otra) *ha tenido que ser*» -«El determinismo y el estudio del hombre», en Juha Manninen y Raimo Tuomela (comps.), *Ensayos sobre explicación y comprensión. Contribuciones a la filosofía de las ciencias humanas y sociales* (Madrid: Alianza editorial), cit. p. 183.

66 V. simplemente, a modo de ejemplo de una práctica entonces generalizada, la clasificación de las causas de inimputabilidad de WÄCHTER, *Lehrbuch des Römisch- Deutschen Strafrechts. Erster Theil: enthaltend die Einleitung und den allgemeinen Theil*, Stuttgart: J. B. Metzler'schen Buchhandlung, 1825 (reimpresión facsímil, Frankfurt/Main: Keip Verlag, 1985), §§ 68 ss., pp. 111 ss.

omisión), desapareciendo con ello el presupuesto elemental de cualquier imputación. Las causas de inimputabilidad muestran una versión similar, aunque menos conspicua de este hecho. Habitualmente se considera que hay inimputabilidad cuando, por la existencia de anomalías psíquicas o de un desarrollo insuficiente, el autor no tenía capacidad para entender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión (ésta es la regla que sigue el Código penal en el artículo 20° 1 y 2). Al menos en los casos más claros de inimputabilidad —niños de escasa edad; grave perturbación mental— la ausencia de responsabilidad se vincula a la incapacidad del sujeto para dirigir su propio comportamiento. Las situaciones anormales que originan inimputabilidad han ido ampliándose a lo largo de la historia a la par que al avance de la ciencia. Modificaciones genéticas o enfermedades mentales que predisponen a cometer delitos eran históricamente desconocidas y consideradas como simple manifestación de una voluntad criminal libre. El caso de los cleptómanos es significativo. La pregunta es si el progresivo descubrimiento de circunstancias que condicionan la conducta no irá reduciendo el campo de la imputabilidad hasta hacerla desaparecer, borrando a la vez la distinción entre ausencia de acción e inimputabilidad.

Strawson y, en su misma línea, Nino han negado que de la eventual aceptación del determinismo se derive una modificación en las actitudes reactivas que van normalmente asociadas a la idea de libertad, como el reproche, la alabanza, el remordimiento, etc. Por un lado, estiman poco probable que esto de hecho llegase a suceder de manera natural, visto lo bien asentadas que están estas actitudes en nuestra vida social (respecto de la que más que un agregado son elemento constitutivo esencial). Por otro, tampoco ven argumentos para propugnar o inducir un cambio en esta línea como respuesta racional al determinismo<sup>67</sup>. Nino añade, siguiendo a Soler, que la eventual desaparición de la línea de demarcación entre imputables e inimputables tomando como base el determinismo obligaría a su vez a invalidar otras muchas instituciones jurídicas cuya validez depende de la libre voluntad de los participantes, como el matrimonio o los contratos, que siempre serían nulos por fuerza mayor<sup>68</sup>.

Estas objeciones parten de perspectivas que tienen un gran interés para la cuestión de fondo, y a ellas me referiré más adelante, pero creo que no conmueven el argumento que ahora estamos evaluando. La primera se sitúa en el plano pragmático de cómo realmente actuamos en relación con los demás, y desde luego aquí es obvio que nos comportamos en gran medida presuponiendo la libertad, y si hasta ahora lo hemos hecho así es seguramente porque hay razones importantes para ello, pero, como reconoce el propio Strawson, ello no garantiza que no estemos equivocados en nuestra percepción. La segunda objeción da un nuevo paso y trata de mostrar además que es racional seguir

67 P. Strawson, *Freedom and Resentment*, en Gary Watson (ed.), *Free Will* (Oxford: Oxford University Press, 1982), pp. 59 ss.; Nino, *Introducción a la filosofía de la acción humana* (Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1987), pp. 106 ss.; también en *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito* (como en nota 35), pp. 374 ss.

68 *Introducción a la filosofía de la acción humana* (como en nota 67), p. 107; *Los límites de la responsabilidad penal* (como en nota 35), pp. 379 ss.

comportándose de esta manera. Aunque no se ofrecen demasiados datos sobre por qué, más que el hecho de que forma parte de nuestra forma de ser —lo que seguramente es bastante explicación—, ello parece apuntar hacia una idea que me parece importante y que no ha recibido la suficiente atención, que es si, caso de incurrir en un error, no sería éste un error fructífero, lo que en el fondo parece que obligaría a propugnar una actitud de ceguera voluntaria frente al determinismo para no conmocionar este sentimiento. Esta posibilidad se inserta en el marco más amplio de la discusión, cada vez más viva, entre las posibles ventajas e inconvenientes de construir nuestras relaciones interpersonales sobre la base del determinismo. Pero la objeción de Strawson no toca el problema central que ahora nos importa. Es posible que sea racional y útil seguir con nuestras actitudes como hasta ahora, pero ello no permite sortear el problema de la injusticia en la distribución que se provoca al reconocer que toda nuestra actuación está condicionada por antecedentes que nos son ajenos o por antecedentes propios necesariamente provocados a su vez por otros ajenos. Y aquí el recurso de la venda ante los ojos difícilmente vale. Si el mantener nuestras actitudes reactivas basadas en la libertad no sólo ha de ser útil sino también justo, no queda más remedio que buscar una justificación que ya no puede ser el merecimiento basado en la previa originación libre. Esta crítica permite también explicar por qué la objeción de Soler/Nino no resulta decisiva. La validez del matrimonio o de los contratos no es problemática porque su utilidad resulta evidente desde la perspectiva de nuestros intereses, y en su caso, a diferencia del de las sanciones, no se ve afectada la idea de justicia distributiva, que queda perfectamente satisfecha por el beneficio que obtienen de ello los contrayentes y que se expresa en su consentimiento<sup>69</sup>.

Con ello no quiero decir que no se puedan encontrar argumentos que permitan seguir distinguiendo y tratando de diferente manera al loco del cuerdo, al menor del adulto, al que actúa a impulsos de sus propios deseos -voluntariamente- o de condicionamientos externos -coaccionado-, sino que, si se acepta el determinismo (o el cuasideterminismo) como hipótesis acerca de la realidad, las distinciones no pueden basarse en la posibilidad de actuar de manera distinta en el preciso sentido que es incompatible con esta hipótesis (aunque ello no impida que puedan encontrarse otras interpretaciones compatibles u otros principios), porque la realidad nos indica que desde esa perspectiva realmente no hay diferencias. Todo lo que alguien realiza está necesariamente condicionado por sus antecedentes.

Son muchos los *intentos de solución* que se han propuesto para el enfrentamiento entre nuestra percepción de libertad y la probable estructura del mundo al que pertenecemos. Hay dos grandes líneas de solución: o bien considerar la antítesis irreductible (incompatibilismo), y frente a ello negar el determinismo (libertarismo), o la libertad (determinismo fuerte), lo que a su vez puede arrastrar consigo la responsabilidad

---

69 Aunque en el caso de NINO su posición resulta coherente ya que considera que también la pena se justifica distributivamente por el consentimiento del imputado -*Los límites de la responsabilidad penal* (como en nota 35), pp. 225 ss.

subjetiva, o propiciar la búsqueda de otra fundamentación ajena a la libertad<sup>70</sup>; o bien estimar que ambas opciones son compatibles (compatibilismo).

En la filosofía moral predomina esta última opción, con diferentes variantes, y ello es lógico porque, de ser posible, sería a la vez respetuosa con la imagen del mundo que arroja la ciencia y permitiría preservar una base sólida para la responsabilidad moral. En Derecho penal las tesis compatibilistas han tenido menor importancia. Las opciones más bien se reparten entre libertarios, que niegan el determinismo o presumen normativamente la libertad, y deterministas fuertes en sus dos variantes, bien en la versión más radical (y por ello menos frecuente) que prescinde de la culpabilidad, bien en versiones moderadas que le buscan un fundamento distinto de la libertad. Esta última variante se aproxima en realidad bastante a las tesis compatibilistas en sus consecuencias.

Ninguna de las soluciones propuestas resulta plenamente satisfactoria, y es posible que ninguna lo sea, al menos a gusto de todos. Seguramente es éste un caso en el que entre lo que a muchos les gustaría que fuera y lo que es hay una irreductible contradicción<sup>71</sup>. Creo que las tesis *incompatibilistas* tienen razón en algo esencial: un concepto de libertad ligado a la posibilidad genuina de actuar de manera distinta es directamente incompatible con la presumible estructura ontológica de la realidad. Hasta la fecha ninguna tesis compatibilista ha conseguido superar este inconveniente. Si el determinismo o el cuasideterminismo son ciertos, entonces ninguna acción humana ha podido ser de manera distinta a como realmente ha sido en el preciso sentido requerido por el libre albedrío en su formulación más clásica, esto es, en el sentido de que ello dependa sólo del propio sujeto y no de condicionantes externos y previos o del mero azar. Pero la tesis *incompatibilista-libertaria* soluciona el problema renunciando a la visión científica del mundo; sustituyendo una explicación asentada en nuestra experiencia de la realidad y sus leyes por otra que, no sólo carece de referentes empíricos, sino que, y esto me parece una objeción decisiva, tampoco satisface las necesidades de una libertad como la que propugnan. Por su parte, la solución *incompatibilista-determinista*, que renuncia al libre albedrío, prescinde de un aspecto de la realidad que no sólo está ahí -que ha surgido determinadamente según sus propias premisas-, sino que ha mostrado que es difícilmente sustituible, y en ello tiene razón Strawson. No sólo no parece pragmáticamente posible, sino ni siquiera racionalmente aconsejable prescindir de las actitudes reactivas tradicionalmente asociadas a la libertad de voluntad<sup>72</sup>.

---

70 Como ha apuntado KENNY, las dos variantes del incompatibilismo llegan a sus conclusiones mediante razonamientos que comparten la premisa mayor pero disienten acerca de la realidad reflejada en la premisa menor: «libertad y determinismo son incompatibles; sabemos que el determinismo es cierto; así que la libertad es ilusoria»; frente a «libertad y determinismo son incompatibles; sabemos que somos libres; así que el determinismo es falso» -*Will, Freedom and Power* (Oxford: Basil Blackwell, 1975), p. 145.

71 En este sentido, SADURSKI, *Giving Desert Its Due* (como en nota 45), p. 134.

72 En la misma línea, ha destacado SCHÜNEMANN insistentemente la relación entre libertad y una determinada «reconstrucción social de la realidad» que se encuentra asentada en la estructura básica de la sociedad -cfr. «La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal



De las posiciones *compatibilistas* el error principal ya ha sido destacado: su injustificable negativa a extraer las consecuencias que la tesis determinista implica. Ello les aproxima en ocasiones a las tesis libertarias que dicen combatir. Su principal mérito consiste en insistir pese a todo en la necesidad de la responsabilidad subjetiva para justificar las actitudes reactivas que tenemos frente a ciertos actos propios y ajenos, incluidas algunas medidas de responsabilidad jurídica como la pena.

La solución parece entonces presentarse como una —imposible— cuadratura del círculo. Para superar los inconvenientes denunciados cualquier propuesta debería reunir las siguientes características: en primer lugar, ser respetuosa con la previsible estructura de la realidad que nos ofrece la ciencia (requisito de científicidad); en segundo lugar, ofrecer explicación desde esa misma estructura a un sentimiento de libertad que resulta en algunos aspectos incompatible con ella (capacidad explicativa); en tercer lugar, ser capaz de rellenar sin pérdidas excesivas (alguna es inevitable) y de manera congruente con el primer requisito el hueco en la justificación de la responsabilidad subjetiva que deja la renuncia a la capacidad de actuar de modo distinto (congruencia y capacidad de justificación). Que no es fácil cumplir todos estos objetivos queda demostrado por la inacabable polémica histórica.

En lo que sigue intentaré esbozar una *teoría ecléctica* que satisfaga los criterios enunciados de científicidad, capacidad explicativa, congruencia y justificación. Coincido entonces con el propósito declarado de autores como Strawson, Honderich, o tantos otros que han tratado de encontrar esa vía intermedia de reconciliación de posturas aparentemente tan antagónicas. Pero ello requiere ante todo fijar con exactitud qué es lo que se intenta reconciliar, que en este caso es, por un lado la probable estructura de la realidad tal y como la percibimos desde la ciencia, —que parece apuntar a un determinismo o cuasi-determinismo— y por otro la percepción de nosotros mismos como seres libres y subjetivamente responsables de nuestros actos —que una muy extendida posición en la filosofía moral, la teoría jurídica e incluso en la visión intuitiva del hombre de la calle vincula a la capacidad para actuar de manera distinta—.

Una buena parte de la larga, y en muchos casos infructífera discusión sobre este problema se alimenta de las inexactitudes iniciales a la hora de fijar los extremos que se tratan de conciliar. Esto es especialmente notorio en el caso de los análisis de la estructura de la realidad, tanto del determinismo como del indeterminismo. Diríase que nuestro inicial y natural rechazo al determinismo, a vernos como mero engranaje de un complejo mecanismo cósmico, condiciona nuestra percepción teórica tanto al evaluar la hipótesis determinista (que se desdibuja mediante la ocultación velada de sus implicaciones menos gratas a nuestra percepción) como las alternativas indeterministas que se proponen [más próximas al lenguaje poético que al científico, como se ha desta-

---

preventivo», en *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario* (Madrid: Tecnos, 1991; traducción, introducción y notas de J.-M. Silva Sánchez), pp. 147 ss., especialmente pp. 152 ss.

cado con frecuencia<sup>73</sup>]. Por eso, cualquier intento de solución requiere como primera tarea poner de relieve qué nos dice la ciencia sobre la estructura probable del mundo.

## 2. ¿Determinismo?, ¿indeterminismo?, ¿azar?: la visión científica de la realidad y sus implicaciones en el concepto de responsabilidad subjetiva

### a) *El principio causal*

Nuestra imagen de la realidad está condicionada por el desarrollo científico, y hasta ahora éste no permite obtener conclusiones definitivas sobre el tema que nos ocupa. Si así fuera, seguramente se habría aligerado hace tiempo la polémica. Pese a ello, hay ciertas ideas que presentan un alto grado de consenso y una de ellas es la visión causal del mundo. Esta imagen es la de un mundo en movimiento, no estático, en el que identificamos transformaciones continuas de unos estados de cosas a otros, regidos por leyes naturales que intentamos reconstruir inductivamente sobre la base del método científico. Ello se corresponde con el denominado principio causal<sup>74</sup>, según el cual presuponemos que los diferentes estados de cosas que podemos observar en un corte cronológico (o al menos algunos de ellos) tienen su antecedente causal en estados anteriores y así sucesivamente en una cadena ininterrumpida que se remonta hasta el comienzo de los tiempos. El conocimiento de las leyes causales que operan la transformación de unos estados a otros es lo que nos permite predecir acontecimientos y, con ello, modificar la realidad de acuerdo con nuestros deseos. Un estadio menos elaborado de este mismo proceso se produce de manera natural en los animales, cuando aprenden instintivamente a evitar o buscar situaciones que en su experiencia pasada han sido respectivamente dolorosas o placenteras.

Si examinamos la naturaleza del principio causal, plantea más dificultades de las que a primera vista pudiera parecer. Su valor como principio sintético que habla acerca de la realidad es en cierta forma paradójico: habla de la existencia de leyes naturales y a la vez entraña una generalización empírica similar a la que se encuentra en la base de éstas, pero con la diferencia de que no parece refutable, lo que le hace inicialmente sospechoso. Como ha indicado Hospers, «ningún elemento de juicio empírico nos exigiría abandonarlo: podríamos seguir manteniéndolo no importa qué encontremos

73 Así, expresamente WEATHERFORD, Roy, *The Implications of Determinism* (Londres/Nueva York: Routledge, 1991), p. 161, al comentar la solución libertaria de Chisholm. También STRAWSON, *Freedom and Resentment* (como en nota 67), p. 79. Por su parte, DENNET habla de «doctrina francamente misteriosa» -*La libertad de acción. Un análisis de la exigencia de libre albedrío* (Barcelona: Gedisa, 1992); traducción de Gabriela Ventureira del original en inglés, *Elbow Room: The Varieties of Free Will Worth Wanting*, Cambridge: MIT, 1984.

74 Un desarrollo pormenorizado del principio causal y una defensa del mismo frente a las objeciones de Hume puede verse en WILSON, *Lo mental como físico* (México: Fondo de Cultura Económica, 1985; traducción de Alfredo Guéra del original en inglés, *The Mental as Physical*, Londres: Routledge & Kegan, 1979), pp. 185 ss.

en la naturaleza»<sup>75</sup>. El defensor del principio causal puede siempre atribuir la falta de explicación para un suceso a su propio desconocimiento o a limitaciones epistemológicas sobre lo cognoscible. Para evitar este inconveniente, y sortear también las dificultades propias de definirlo como una verdad analítica *a priori*, se ha propuesto entenderlo como un principio metodológico conductor de la investigación científica<sup>76</sup>. Hay algo cierto en esta interpretación, que a la vez sirve para rescatar parte al menos de su validez como principio empírico. Si no se toma como principio absoluto (aunque pudiera serlo) sino como descripción de una parte de la realidad, el principio causal no es un elemento añadido al pensamiento científico ni una más de sus leyes, sino más bien una condición necesaria de su existencia. Hacer ciencia es buscar en la realidad las generalizaciones que conocemos como leyes naturales, y el principio causal se limita a afirmar que existen al menos algunas de estas leyes, lo que es tanto como decir que puede hacerse ciencia. La conexión, entonces, entre ciencia y principio causal es analítica, y ello muestra que su verificación empírica no es separable de la de las concretas leyes naturales a las que se refiere. Vale tanto y llega tan lejos como valgan y lleguen las diferentes leyes que la ciencia admite.

Distinta es la cuestión cuando el principio causal se presenta como una explicación exhaustiva y excluyente de la realidad; cuando se pasa del «por lo que hasta ahora sabemos, una parte de la realidad responde a la existencia de leyes causales» al «toda la realidad responde al principio causal». Es esta versión la que en principio es sospechosa porque no parece admitir refutación. Pero, si bien se observa, la versión fuerte del principio causal no es a su vez más que una generalización inductiva del mismo tipo de las que apoyan la existencia de cualquier ley natural, sólo que de *segundo orden*: es una generalización basada en la comprobación constante de otras generalizaciones. Igual que del hecho de que siempre que calentamos el hierro en condiciones normales éste se dilate inducimos una ley sobre la dilatación<sup>77</sup>, del hecho de que siempre que

75 Introducción al análisis filosófico [Madrid: Alianza Editorial, 1984; traducción de Julio César Armero San José y revisión de Néstor Míguez del original en inglés, *An Introduction to philosophical Analysis* (2.<sup>a</sup> ed.), Englewood Cliffs, N. J.: Prentice Hall 1967], cit. pp. 384 ss. y 394 ss., cit. p. 395. Popper ha considerado «metafísico» el principio de causalidad por no ser falsable desde una perspectiva empírica -La lógica de la investigación científica (Madrid: Tecnos, 1990, traducción de Víctor Sánchez de Zavala del original en inglés, *The Logic of Scientific Discovery*, Londres: Hutchinson & Co.), pp. 58 ss. y 229 ss-, por lo que ni lo adopta ni lo rechaza, sino que lo sustituye por «una regla metodológica que se corresponde tan exactamente con el «principio de causalidad, que éste podría considerarse como la versión metafísica de la primera». La regla es que «no abandonaremos la búsqueda de leyes universales y de un sistema teórico coherente, ni cesaremos en nuestros intentos de explicar causalmente todo tipo de acontecimientos que podamos describir» -cit. p. 59-. Analiza también el argumento de la no falsabilidad del principio causal O'CONNOR, *Free Will* (como en nota 27), pp. 48 ss.

76 Sobre ello, HOSPERS, *Introducción al análisis filosófico* (como en nota anterior), pp. 395 ss. La posición de Popper citada en la nota anterior es una muestra de esta actitud.

77 Naturalmente el método científico no se limita a esta simple comprobación de regularidades.

busquemos una explicación causal para un acontecimiento acabemos encontrándola inducimos que hay una ley general de la causalidad. El argumento está sometido a los mismos límites que cualquier otro razonamiento inductivo<sup>78</sup>. En este sentido, aunque no pueda ser refutado, la creencia en él sólo será razonable si efectivamente seguimos encontrando generalizaciones causales de primer nivel -leyes causales-, y por eso podría y debería ser abandonado si de hecho se dieran ciertas condiciones. El siguiente pasaje de Hospers muestra plásticamente esta idea:

Supongamos que una vez soltamos el lápiz y cae al suelo; la segunda vez vuela por el aire; la tercera vez se convierte en elefante; la cuarta desaparece sin dejar rastro; la quinta nos pega en la nariz y nos reprocha haberle soltado; y así sucesivamente. Supongamos que esto no sólo ocurre con el lápiz, sino con cualquier otra cosa, de modo que no pudiésemos ya descubrir ninguna condición uniforme de la cual dependan los acontecimientos. Seguiría siéndonos dado decir: «A pesar de todo, hay condiciones para cada uno de estos acontecimientos, pero son tan tremendamente complejas que no las he encontrado. Las causas, no obstante, existen; sólo que se ha tornado difícil encontrarlas». Pero también podríamos abandonar el principio, no decir ahora que era falso (pues nunca hemos sostenido que fuera verdadero) pero podríamos dejar de considerar que valga la pena adoptar esa regla de juego<sup>79</sup>.

Ello muestra que el valor empírico de un principio causal fuerte es como el de cualquier generalización inductiva<sup>80</sup>: vale mientras sea la explicación más plausible que tengamos. Algo debe ser, sin embargo, matizado, y creo que puede tener alguna importancia para la discusión posterior. Cuando Hospers apunta la posibilidad de

---

La dilatación se inserta en un cuerpo teórico mucho más amplio, que incluye otras leyes, y con el que resulta plenamente congruente, lo que multiplica exponencialmente la fiabilidad de la ley aunque nunca pueda lograrse una prueba definitiva de ella. Muy claro en este sentido, O'CONNOR, *Free Will* (como en nota 27), p. 49.

- 78 Entre otros, a la objeción clásica de HUME contra la concepción de la causalidad como realidad ontológica, en la que se pone de relieve que ninguna proyección inductiva sobre una supuesta ley natural que defina conexiones necesarias entre acontecimientos equivale a su demostración, por muy largas y sin excepciones que sean las regularidades sobre las que se asiente la supuesta ley natural -*Tratado de la naturaleza humana. Ensayo para introducir el método del razonamiento experimental en los asuntos morales*, Tomo I (Madrid: Calpe, 1923 [traducción de Vicente Viqueira del original en inglés *Treatise of Human Nature*]. I, Parte 3.<sup>a</sup>, secciones II ss., pp. 127 ss., y esp. sección XXIV, pp. 250 ss.-. La bibliografía sobre el problema de la causalidad y la inducción en Hume es inabordable. Una introducción muy clara a este problema puede verse en Max BLACK, *Inducción y probabilidad* (Madrid: Cátedra, 1984 especialmente pp. 37 ss., con abundantes referencias. Crítico con la tesis de Hume, WILSON, *LO mental como físico* (como en nota 74), pp. 188 ss.
- 79 *Introducción al análisis filosófico* (como en nota 75), cit. pp. 396 y s.
- 80 En este sentido HOSPERS, *Introducción al análisis filosófico* (como en nota 75), pp. 397 ss.

renunciar al principio causal si los lápices comienzan a convertirse en elefantes, parece referirse al principio causal en cualquiera de sus manifestaciones, pero en realidad sólo puede referirse a su versión más fuerte, la que lo convierte en una ley universal sin excepciones. La propia existencia de un organismo complejo que además razona, como es el espectador que observa el comportamiento de los lápices, es incompatible con la ausencia absoluta de cualquier principio causal. El sujeto debería percatarse de que él mismo y su razonamiento no son imaginables sin presuponer ciertas regularidades en la naturaleza que son las que se encuentran tras las leyes causales. Su opción por seguir o no una generalización inductiva general es a la vez una generalización particular afectada por su propio razonamiento. Si la mutación de los lápices se correspondiera con la definitiva desaparición del principio causal, el propio espectador se convertiría en elefante, volaría por los aires o desaparecería sin dejar rastro, y entonces ya sí que el principio causal dejaría de tener importancia alguna.

Las observaciones anteriores nos sitúan ya adecuadamente ante el problema del determinismo o indeterminismo. Nadie que admita que existen al menos algunas leyes naturales que determinan la transformación de la realidad puede negar el principio causal, aunque desde luego nada impide que tenga una aplicación sólo parcial. Que una buena parte (casi con seguridad la mayor parte) de la realidad responde al principio causal no es discutible, salvo que se esté dispuesto a poner en duda el propio pensamiento científico. El sorprendente éxito de la ciencia de los últimos siglos a la hora de descubrir las leyes naturales y aplicarlas a predecir y modificar la realidad no admite otra interpretación. La pregunta es si toda la realidad responde a este esquema o si ciertos aspectos de ella se escapan al principio causal. El determinismo es la teoría que afirma lo primero y el indeterminismo lo segundo. Su pretensión de vigencia es, por ello, asimétrica. El determinismo estricto niega al indeterminismo, pero no al revés. El indeterminismo como única explicación de la realidad no es una propuesta siquiera imaginable porque nada capaz de imaginar puede surgir de un mundo estrictamente caótico (al menos con alguna probabilidad que no sea meramente fantástica). Por ello, el contraste más bien se presenta entre determinismo total por un lado y determinismo parcial -que según deje más o menos campo a lo indeterminado será indeterminismo prevalente o cuasideterminismo- por otro. Reconocer esto es importante porque con mucha frecuencia se identifica el rechazo del determinismo en sentido estricto (algo que la ciencia no ve con malos ojos) con rechazo del principio causal, sin advertir que la negación del determinismo sólo alcanza precisamente a aquellos aspectos de la realidad indeterminados, pero no a los otros. Si la libertad que se encuentra en la base de la responsabilidad subjetiva se vincula precisamente a los aspectos determinados, y ésta es una opción que cada vez defienden más autores, el rechazo del determinismo no alivia nada el problema.

¿Qué nos dice la ciencia sobre esta alternativa -determinismo completo o parcial- y qué significado tiene para la polémica del libre albedrío? Para evitar confusiones posteriores quizá convenga empezar por decir algo sobre el significado de determinismo.

## b) *Determinismo*

Con frecuencia se han desatacado los distintos sentidos en los que puede hablarse de determinismo: así se distingue el determinismo en sentido lógico, físico, psicológico o teológico<sup>81</sup>.

- El primero puede ser dejado de lado sin más. La lógica sirve para deducir consecuencias desconocidas a partir de premisas conocidas, pero en ausencia de éstas nada dice. El determinismo es una hipótesis acerca de la realidad física. Si fuera cierta, de ella podríamos deducir lógicamente ciertas consecuencias, de la misma manera que podría hacerse si fuera falsa, pero en ningún caso sirve para determinar el propio presupuesto: la verdad o falsedad del determinismo. Del hecho de que los acontecimientos futuros vayan a tener un día necesariamente el carácter de pasados, y por ello vayan a quedar definitivamente fijados -esto es, vayan a ser a partir de ese momento necesariamente ciertos o falsos en su existencia- no se deduce que antes de que acaezcan ello ya sea así. De hecho la hipótesis indeterminista dice precisamente que la realidad está abierta, y que por ello el estado físico total del mundo en un momento determinado no fija de manera inmutable el futuro. Esto quiere decir que la dirección del tiempo es decisiva: hacia atrás el mundo estaría determinado, y los acontecimientos habrían sucedido o no, mientras que hacia adelante la realidad sería contingente, podría o no acontecer. Es entonces erróneo realizar afirmaciones lógicas sobre la realidad futura basándose en la estructura que tendrá dicha realidad cuando sea pasada. Como ha indicado Weatherford, el determinismo lógico es o bien cierto pero trivial -si lo que se quiere decir es que las afirmaciones ciertas acerca del futuro son ciertas- o significativo pero falso -si del hecho de que al ser lo ya sucedido necesariamente verdadero o falso, se deduce que antes de suceder ya queda definida su condición-<sup>82</sup>. El denominado determinismo lógico deja incontestada la pregunta esencial de si existen acontecimientos contingentes o si todo está sometido a la ley de la necesidad. Tiene, sin embargo, importancia porque suele estar en la base de la actitud psicológica ante la vida que conocemos como fatalismo, a la que luego haré mención.
- Tampoco el determinismo teológico tiene demasiado interés para nosotros, por más que posiblemente sea la teología el campo del pensamiento donde el dilema del determinismo se plantea primero<sup>83</sup> y donde presenta su faz

81 V., por ejemplo, WEATHERFORD, *The Implications of Determinism* (como en nota 73), pp. 171 ss.; LUCAS, *The Freedom of the Will* (Oxford: Clarendon Press, 1970), pp. 65 ss.

82 *The Implications of Determinism* (como en nota 73), p. 175.

83 VON WRIGHT ha destacado el antecedente de la discusión filosófica en la teológica, y ha puesto de relieve el paralelismo en sus presupuestos: cuando se fue difuminando la idea de un Dios omnipotente y omnisciente, su lugar fue ocupado por la mecánica determinista -«Of Human Freedom» (como en nota 54), pp. 29 ss-.

más amarga: se mueve entre el Escila del determinismo, que parece anular la responsabilidad moral del ser humano haciéndole incapaz de pecado<sup>84</sup>, y el Caribdis del indeterminismo, que parece poner en cuestión la omnisciencia y omnipotencia de Dios. Muchos autores han tratado de conciliar ambas afirmaciones, al menos aparentemente antagónicas<sup>85</sup>. Pero a efectos de este trabajo la polémica no tiene importancia. Lo decisivo es si el mundo está o no determinado, y en el primer caso que lo esté porque la realidad responda en todos sus pormenores a los designios de un ser omnipotente, o que lo esté por la inexorable concatenación de los fenómenos físicos sometidos a leyes naturales inmutables, es indiferente.

- En cuanto al determinismo psicológico, en realidad no es algo distinto del determinismo físico, sino más bien su aplicación a la parcela de la realidad que constituye el comportamiento humano. Su presupuesto es que los acontecimientos mentales no son más que fenómenos físico-químicos especialmente complejos y sutiles, pero en último extremo sometidos a las mismas leyes que el resto de la naturaleza<sup>86</sup>. Por ello, el comportamiento humano sería la resultante de la interacción entre la constitución física del cuerpo -determinada por los genes- y el ambiente en el que se desenvuelve.

La plausibilidad del determinismo psicológico depende en último extremo de la del determinismo físico. La afirmación de éste supone a la vez la de

---

84 A esta amenaza para la libertad del hombre alude también KANT, *-Crítica de la razón práctica* (México: Porrúa, 1998), pp. 161 ss-, que manifiesta dudas sobre su propia solución, reconociendo la dificultad del problema: «los maestros dogmáticos de la Metafísica han mostrado más astucia que sinceridad, apartando de la vista, en lo posible, este difícil punto», cit. p. 162.

85 Un estudio pormenorizado del dilema teológico puede verse en ZAGZEBSKI, L. T., *The Dilemma of Freedom and Foreknowledge* (Nueva York/Oxford: Oxford University Press, 1991), que remonta el origen de la discusión hasta el siglo III d.C. -p. 3-, y en el que, entre otras propuestas de solución, se examina la del teólogo español del siglo xvi Luis de Molina, que ha tenido mucha repercusión posterior -pp. 125 ss. y n. 1 al cap. V, p. 199-, Según KENNY, representa la primera formulación detallada de la doctrina compatibilista de la libertad como indiferencia -*Will, Freedom and Power* (como en nota 70), p. 123-. Otras referencias a la solución teológica en DREHER, *Die Willensfreiheit* (como en nota 55), pp. 147 ss.; JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs* (como en nota 30), pp. 22 ss.; LUCAS, *The Freedom of the Will* (como en nota 81), pp. 71 ss. Desde una perspectiva estrictamente lógica (y no teológica) plantea con agudeza el dilema BULYGIN, «Omnipotencia, omnisciencia y libertad», en C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 545-559). (Publicado inicialmente en *Crítica*, X núm. 28(1978), pp. 545 ss.)

86 Un excelente desarrollo de la tesis de la identidad entre lo mental y lo físico es el de Edgar WILSON, *LO mental como físico* (como en nota 74). V. también la explicación de HONDERICH, *¿Hasta qué punto somos libres?* (como en nota 56), especialmente caps. 3 a 5.

- aqué<sup>87</sup>. Sin embargo la relación no funciona igual en la otra dirección. Es imaginable un cierto grado de indeterminismo físico -por ejemplo, el postulado por la física cuántica para los fenómenos subatómicos- compatible con un determinismo en el nivel atómico, incluyendo los fenómenos psíquicos.
- El concepto de determinismo físico resulta ser así el concepto central, en torno al que giran los demás. Su descripción de la realidad es la que corresponde a un mundo en el que todo lo que sucede lo hace conforme al principio causal arriba enunciado. Un mundo tal y como fue descrito en el famoso *Ensayo filosófico sobre las probabilidades* de Laplace:

«Todos los acontecimientos, incluso aquellos que por su in-significancia parecen no atenerse a las grandes leyes de la naturaleza, no son sino una secuencia tan necesaria como las revoluciones del sol. Al ignorar los lazos que los unen al sistema total del universo, se los ha hecho depender de causas finales o del azar, según que ocurrieran o se sucedieran con regularidad o sin orden aparente, pero estas causas imaginarias han ido siendo descartadas a medida que se han ido ampliando las fronteras de nuestro conocimiento, y desaparecen por completo ante la sana filosofía que no ve en ellas más que la expresión de nuestra ignorancia de las verdaderas causas».

«Los acontecimientos actuales mantienen con los que les preceden una relación basada en el principio evidente de que una cosa no puede comenzar a existir sin una causa que la produzca»<sup>88</sup>.

En un mundo determinado, todo lo que acontece, incluido el comportamiento humano, lo hace de manera necesaria. Cada hecho está inescindiblemente unido a los que le preceden, y las transformaciones de unos estados a otros son inteligibles en términos de leyes naturales invariables que definen el universo. En un mundo así constituido no hay lugar para la contingencia. Cualquier hipótesis acerca de lo que puede suceder sólo es racionalmente interpretable como una predicción falible, fruto de un conocimiento incompleto de la realidad.

Una visión puramente mecanicista del mundo de estas características está muy extendida en las reflexiones más comunes acerca de la realidad, como muestra su presencia reiterada en mitos o tradiciones de las que se hace eco la literatura histórica<sup>89</sup>,

87 Salvo que no existieran leyes psicológicas en el mismo sentido que las leyes naturales, en cuyo caso, como ha destacado WEATHERFORD, sería compatible un total determinismo del mundo físico con la ausencia de determinismo psicológico -*The Implications of Determinism* (como en nota 73), p. 187-.

88 *Ensayo filosófico sobre las probabilidades* (Madrid: Alianza Editorial, 1985; traducción, introducción y notas de Pilar Castrillo al original en francés, *Essai philosophique sur les probabilités*), cit. pp. 24 y 25.

89 V. en este sentido las referencias a Homero que cita JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs* (como en nota 30), p. 16, o las de Tolstoi en *Guerra y paz*, que cita



en el propio pensamiento filosófico<sup>90</sup>, o teológico y, desde luego, subyace claramente a la visión científica del mundo, incluso tras las aportaciones de la física cuántica que aparentemente vienen a demostrar la invalidez del modelo (al menos entendido en términos absolutos)<sup>91</sup>.

Dejando por ahora de lado las implicaciones de este modelo desde la perspectiva de la responsabilidad (imputación), me interesa destacar en este momento sólo su efecto en la teoría de la causalidad. En un mundo como el de Laplace no habría ningún acontecimiento que no estuviera relacionado con los demás por una ley natural invariable<sup>92</sup>. Los sucesos aparentemente únicos, no explicables o azarosos, no serían tales, sino una mera consecuencia de nuestra ignorancia de las leyes causales (error o desconocimiento nomológico) o de los acontecimientos de la realidad que definen la situación examinada (error o desconocimiento ontológico), de manera que, si en vez de un sujeto parcialmente ignorante, pusiéramos en su lugar un dios o demonio omnisciente, «una inteligencia que en un momento determinado conociera todas las fuerzas que animan a la naturaleza, así como la situación respectiva de los seres que la componen» en la conocida expresión de Laplace, entonces tal inteligencia «podría abarcar en una sola fórmula los movimientos de los cuerpos más grandes del universo y los del átomo más ligero; nada le resultaría incierto y *tanto el futuro como el pasado estarían presentes ante sus ojos*»<sup>93</sup>.

entre otros autores KENNY, *Will, Freedom and Power* (como en nota 70), p.145.

- 90 Acerca de la evolución filosófica del determinismo v. DREHER, *Die Willensfreiheit* (como en nota 55), respectivamente pp. 61 ss. y pp. 148 ss.
- 91 Sobre la reticencia de una parte de los científicos a aceptar las consecuencias indeterministas de la física cuántica, v., por ejemplo, HEISENBERG, *Physics and Philosophy. The Revolution in Modern Science* (Nueva York: Harper & Row, Publishers, 1962), pp. 128 ss. El propio Einstein veía con recelo esta idea y de ahí su conocida expresión de que «Dios no juega a los dados». Véase la carta que envió a Popper y que aparece como apéndice de la *Lógica de la investigación científica* (como en nota 74) de este último -pp. 426 ss - En general, una detallada exposición de las relaciones entre filosofía y física puede verse en la obra de Milic CAPEK, *El impacto filosófico de la física contemporánea* (Madrid: Tecnos, 1973; traducción de Eduardo Gallardo Ruiz del original en inglés, *The Philosophical Impact of Contemporary Physics*, Princeton: D. Van Nostrand Company, Inc., 1961), esp. pp. 294 ss.
- 92 En este sentido WARTOFSKY, *Introducción a la filosofía de la ciencia* (Madrid: Alianza editorial, 1983 traducción de M. Andreu, F. Carmona y V. Sánchez de Zavala del original en inglés *Conceptual Foundations of Scientific Thought: An introduction to the Philosophy of Science*, 1968), p. 388.
- 93 *Ensayo filosófico sobre las probabilidades* (como en nota 87), cit. p. 25; el subrayado es mío. Ni que decir tiene que la confianza ciega de Laplace en su modelo determinista se veía extraordinariamente reforzada, como él mismo recuerda, por los espectaculares éxitos de la ciencia de la época en explicar y someter a leyes acontecimientos como el movimiento de los astros o la gravitación, que hasta poco tiempo antes eran considerados azarosos o inexplicables. La vinculación de determinismo y física clásica es un lugar común de cualquier estudio histórico de filosofía de la ciencia.

He destacado la última expresión de Laplace porque pone de manifiesto un aspecto paradójico de la relación entre una visión mecanicista del mundo y las expresiones en términos de causas y efectos, que además puede tener importancia para enfocar adecuadamente el problema de la libertad. Hemos visto que un mundo determinado es aquel en el que rige sin excepciones el principio causal. Que Laplace también lo entendía así, se deduce del pasaje citado. Pese a ello, y al menos si el sistema determinado se examina desde una perspectiva externa —precisamente la del dios o demonio de Laplace—, no parece fácil distinguir causas de efectos. Al no existir fenómenos contingentes, todos los sucesos en los que podemos arbitrariamente despiezar la realidad están tan íntimamente relacionados entre sí que todos son a la vez condición necesaria y suficiente de los demás<sup>94</sup>. Cada descripción singular del mundo en un instante dado contiene en sí todas las posibles configuraciones alternativas, y, por ello, absolutamente todos los «sucesos» singulares son condiciones necesarias en sentido fuerte de todos los demás. Desde esta perspectiva la propia referencia temporal desaparece, y con ella arrastra a la distinción de causas y efectos. Como ha apuntado Mackie<sup>95</sup>, afirmar que entre dos acontecimientos X e Y se da una relación causal sólo tiene sentido si se parte de que ambos sucesos son distintas realidades, y no meramente distintas descripciones de una misma realidad. Al menos si se enfoca desde una perspectiva externa, el determinismo absoluto implica la sustitución del principio causal por el principio de identidad<sup>96</sup>.

Un mundo de estas características fue representado gráficamente por William James como un bloque de hierro macizo (*ironblock*):

«... El futuro no tiene posibilidades ambivalentes ocultas en su seno; la parte que denominamos presente es compatible con una totalidad tan sólo. Cualquier otra versión del futuro que la fijada desde la eternidad es imposible. El conjunto está en todas y cada una de las partes, y está soldado con el resto en una unidad absoluta, un bloque de hierro macizo donde no puede haber ningún equívoco, ningún asomo de cambio»<sup>97</sup>.

Con esta imagen pretendía seguramente James hacer tangible el aspecto más desolador del determinismo. Estamos acostumbrados a ver el mundo como un espacio al menos parcialmente abierto, cuya futura configuración depende de nosotros; pero no como el avance de la manecilla del reloj depende del giro del engranaje sino en un sentido mucho más estricto: como la existencia de reales posibilidades, de opciones abiertas

94 Así, expresamente, WARTOFSKY, *Introducción a la filosofía de la ciencia* (como en nota 92), p. 388.

95 *The Cement of Universe. A Study of Causation* (Oxford: Clarendon Press, 1974), pp. 32 ss.

96 En el mismo sentido WARTOFSKY, *Introducción a la filosofía de la ciencia* (como en nota 92), pp. 388-389.

97 «The Dilemma of Determinism», en *The Will to Believe and Other Essays in Popular Philosophy*, Nueva York, 1923, p. 40 (tomo la cita de HONDERICH *¿Hasta qué punto somos libres?* (como en nota 56), p. 112).

entre las que escoger. Pero en un mundo físicamente determinado no hay posibilidades. Hay, a lo sumo, apariencias de posibilidades que no reflejan más que un conocimiento limitado de la realidad. Un ser omnisciente no haría juicios de probabilidad, sino de necesidad, como destacó Laplace. No es extraño que la teoría epistemológica de la probabilidad comenzara su andadura precisamente a través de autores como Laplace en un momento histórico en el que los descubrimientos científicos apuntaban a un mundo estrictamente determinado regido por leyes físicas inmutables.

La imagen del universo como un bloque de hierro macizo se encuentra en la base de lo que en ocasiones se ha denominado «pesadilla del determinista físico»<sup>98</sup>. Es significativo que muchos filósofos que han trabajado sobre este tema y que han aceptado como más plausible la hipótesis del determinismo, hayan descrito su vivencia personal tras este reconocimiento como una pesadilla. Honderich, sin duda uno de los filósofos que más tiempo ha dedicado al problema de la libertad, ha reconocido que le dejó «realmente deshecho»<sup>99</sup>, y Gary Watson se ha expresado en términos similares: «en ocasiones nos sentimos golpeados (y algunos de manera crónica) por el inquietante pensamiento de que la libertad de voluntad es una *ilusión...*»<sup>100</sup>. Para otros la imagen ha sido lo suficientemente insoportable como para, sin más pruebas, rechazar el determinismo, lo que puede en algunos casos ser una sana medida profiláctica, pero poco científica: la eventual verdad del determinismo depende sólo de la real estructura del mundo, no de lo que ello signifique para un ser consciente. Una buena parte de las tesis libertarias tiene como principal, y a veces único apoyo, el horror frente a la imagen del bloque macizo.

Obviamente, no todo el mundo se siente igual de amenazado por la eventual verdad del determinismo. Todo depende de la perspectiva que se adopte. La idea inquieta a muchos pensadores, y deja por completo indiferentes o incluso satisface a otros. Satisface normalmente al científico natural, que no se resigna a que parcelas de la realidad queden al margen de la explicación científica. Seguramente también al psiquiatra, que trata de encontrar razones para explicar el comportamiento anormal, pero también el normal. Inquieta profundamente al filósofo moral, que tiene miedo de quedarse sin objeto de estudio —de aquí la inacabable polémica—. También al penalista, aunque seguramente menos. Le inquieta porque una tesis fundamental de la ciencia penal es que no es lo mismo una pena que una medida de seguridad, y que la diferencia se encuentra en que en aquélla podemos hacer un juicio de reproche sobre el autor que no sería posible en ésta, y ese juicio de reproche —la culpabilidad— está generalmente unido a la responsabilidad subjetiva, a la posibilidad de haber actuado de manera distinta. Pero le inquieta menos que al filósofo moral porque aparentemente es posible encontrar apoyos para una responsabilidad penal en la que la irrenunciable

98 Así, POPPER, «Sobre nubes y relojes», en *Conocimiento objetivo. Un enfoque evolucionista* (Madrid: Tecnos, 1992), p. 203.

99 ¿Hasta qué punto somos libres? (como en nota 56), p. 113.

100 «Introduction», en Gary Watson (ed.), *Free Will* (Oxford: Oxford University Press, 1982), cit. p. 1.

exigencia de culpabilidad se apoye en argumentos inmunes a la indemostrabilidad del libre albedrío (y, en este sentido, se alinea con las tesis compatibilistas de la filosofía moral), como muestra la argumentación de Gimbernat. En cuanto al teólogo, como ya hemos visto, su posición resulta ambivalente. El determinismo inquieta a aquellos que, sin olvidarse de Dios, buscan un lugar para una persona libre y autorresponsable, de ahí el ya mencionado desasosiego de Kant, pero a la vez puede satisfacer a quienes ponen el acento en un creador omnisciente y omnipotente que diseña el mundo en todos sus detalles sin dejar espacio para otros creadores originales<sup>101</sup>.

### c) *Indeterminismo. Crítica al libertarismo*

Si ésta es la imagen del determinismo estricto, ¿cómo se presenta la del indeterminismo? El indeterminismo postula que ciertos aspectos de la realidad no quedan sometidos a la ley de la causalidad en el mismo sentido que los demás. Hay dos candidatos a ocupar este espacio: en el mundo de la física estarían ciertos fenómenos subatómicos, como por ejemplo los procesos de desintegración radiactiva, establecidos por la física cuántica; en la filosofía, las acciones libres de los hombres. Pero hasta ahora la ciencia sólo ha admitido lo primero, y estamos investigando la visión científica del mundo.

Hasta que se desarrolló en el siglo XX la física cuántica y más en concreto una cierta interpretación -conocida como interpretación de Copenhague- de uno de sus postulados principales, el principio de incertidumbre de Heisenberg<sup>102</sup>, la creencia en la validez general del principio causal, y por ello del determinismo, dentro de la ciencia era general<sup>103</sup> y quedaba reflejada en las palabras de Laplace. Frente al carácter esencialmente determinista de la física clásica, ajustada al modelo newtoniano, la física cuántica postula la existencia de indeterminación física objetiva en el nivel subatómico. En vez de las leyes necesarias del modelo clásico aquí regirían leyes probabilísticas, pero no como expresión de un grado de creencia racional en situaciones de incertidumbre parcial (al estilo de las expresiones de probabilidad clásicas como las que se utilizan

101 Aunque la congruencia en este caso se acaba en lo creado por Dios, ya que el principio causal no se extiende a su propia existencia, que se concibe como *causa sui*, no creada a su vez.

102 POPPER ha definido de la siguiente manera el «principio de incertidumbre»: «Toda medición física requiere un cambio de energía entre el objeto medido y el aparato de medida (que puede ser el mismo observador): puede dirigirse sobre el objeto un rayo de luz, por ejemplo, y absorberse parte de la luz dispersada por aquél en el instrumento de medición. Pero tal cambio de energía alterará el estado del objeto, que se encontrará, después de haber sido medido, en un estado diferente al que tenía antes; así pues, la medición hace algo así como darnos a conocer un estado que acaba de ser destruido por el proceso mismo de medición. [...] Por tanto, a partir del resultado de una medición es imposible inferir el estado preciso de un objeto atómico inmediatamente *después* de haber sido medido; y, en consecuencia, la medida no puede servir de base para hacer predicciones» —*La lógica de la investigación científica* (como en nota 75), cit. pp. 203-204—, Sobre la interpretación de Copenhague, *infra* nota 104.

103 O'CONNOR habla en este sentido de actitud intelectual estándar -*Free Will* (como en nota 27), p. 10-.

para describir el movimiento de las partículas de los gases o el movimiento browniano), sino como genuina expresión de la realidad objetiva. Como ha indicado Capeck, en esta interpretación «las leyes estadísticas observadas de la microfísica no son simples fenómenos superficiales, finalmente reducibles a los modelos causales clásicos; por el contrario [...] son consideradas como características últimas e irreducibles que constituyen la realidad física objetiva»<sup>104</sup>.

Es importante destacar, de todas maneras, que el indeterminismo cuántico, de ser cierto -y ya vimos que no todo el mundo lo acepta-, lo sería sólo en un sentido muy limitado, por dos razones. En primer lugar porque el indeterminismo subatómico convive con un determinismo físico a nivel atómico (que sería además el propio del comportamiento humano); en segundo lugar porque incluso dicho indeterminismo refleja visibles regularidades que se expresan mediante leyes estadísticas.

¿Cabe imaginar otros tipos de indeterminismo que permitan sustentar la teoría de la libre voluntad que defienden los análisis libertarios? Sobre ello reina la mayor obscuridad, y la cuestión es esencial porque si efectivamente el determinismo es incompatible con la libertad, como propugnan, y a la vez determinismo e indeterminismo son descripciones que agotan el universo de lo posible, sólo se respetaría el criterio de científicidad demostrando que existe en la realidad algún tipo de indeterminismo que permita dar cuenta de la solución propugnada. Pero esto no es todo. Se ha destacado insistentemente que no cualquier indeterminismo es compatible con la libertad. En particular, el único indeterminismo que hasta ahora cuenta con refrendo científico, el indeterminismo de la física cuántica, no sirve para este propósito; no es en ningún sentido una base sobre la que edificar una libertad responsable como la que estamos buscando<sup>105</sup>. Esta idea ya había sido puesta de relieve por Hume, al destacar los peligros de ligar libertad y azar: «la necesidad es un elemento esencial de la causalidad, y, por consiguiente, la libertad, suprimiendo la necesidad, suprime las causas y es lo mismo que el azar. Como el azar se considera comúnmente que implica una contradicción, y en último término es contrario a la experiencia, existen los mismos argumentos contra la libertad y el libre albedrío»<sup>106</sup>. El indeterminismo azaroso tiene, como ha indicado

104 *El impacto filosófico de la física contemporánea* (como en nota 91), cit. p. 302. Esta explicación, también conocida como interpretación de Copenhague, no es la única aunque sí la más seguida. Muchos autores, entre otros algunos tan significados como el propio Einstein, mantuvieron o mantienen la esperanza de que algún día las relaciones de incertidumbre cuántica serían reducibles a un esquema determinista. Sobre ello, v. CAPECK, *ob. cit.* pp. 300 ss. y especialmente nota 15 en p. 307; también WEATHERFORD, *The implications of Determinism* (como en nota 73), p. 201; crítico con esta pretensión, LUCAS, *The Freedom of the Will* (como en nota 81), pp. 11 ss. Sobre la interpretación de Copenhague en general, v. HEISEMBERG, *Physics and Philosophy* (como en nota 91), pp. 44 ss.

105 Tan sólo puede aportar la esperanza de que si hay una excepción al principio causal, puede haber otras; idea que ha recogido, por ejemplo, DREHER, *Die Willensfreiheit* (como en nota 55), pp. 208 ss.

106 *Tratado de la naturaleza humana. Ensayo para introducir el método del razonamiento experimental en los asuntos morales*, Tomo II (Madrid: Calpe, 1923), cit. p. 196.

Brandt, «implicaciones devastadoras» para la ética<sup>107</sup>. Modernamente es una idea que goza de total unanimidad, tanto entre deterministas como entre libertarios<sup>108</sup>.

Pero ¿hay algún otro tipo de indeterminismo imaginable que pueda sustentar la posición libertaria? No se trata ya sólo de objetar a quienes defienden esta tesis que hasta ahora no hayan conseguido encontrar un soporte científico para ella<sup>109</sup>, sino de apuntar que no lo podrán encontrar porque nada puede satisfacer sus pretensiones. En palabras de O'Connor, «es extremadamente difícil complementar la versión determinista de la acción libre con una condición que satisfaga a los defensores del libre albedrío y que sea a la vez inteligible, posible y bien apoyada por la evidencia»<sup>110</sup>. Ello enfrentaría a la libertad defendida por los libertarios a un callejón sin salida: ya no se vería amenazada sólo por la probable verdad del determinismo, sino, lo que es más grave, por su propia incompatibilidad con cualquier descripción científica del mundo<sup>111</sup>.

107 *Teoría ética* (Madrid: Alianza Universidad, 1982), pp. 584 ss., cit. p. 584.

108 V., entre otros, CAMPBELL, «Is "Free Will" a Pseudo-Problem?» (como en nota 57), p. 484; CHISHOLM, «Human Freedom and the Self» (como en nota 32), pp. 24 y 27 y s.; DREHER, *Die Willensfreiheit*, pp. 207 ss. (como en nota 55); P. Foor, «Free Will as Involving Determinism», *The Philosophical Review*, LXVI, 4 (1957), pp. 439-450 [también en Bernard Berofsky (ed.), *Free Will and Determinism*, Harper & Row, Nueva York/Londres, 1966, pp. 95-108, por donde se cita]; R. E. HOBART, «Free Will as Involving Determination and Inconceivable Without It», *Mind*, XLIII, 169 (1934), pp. 1-27 [también en Bernard Berofsky (ed.), *Free Will and Determinism*, Harper & Row, Nueva York/Londres 1966, pp. 63-95, por donde se cita]; KINDHAUSER, *Intentionale Handlung. Sprachphilosophische Untersuchungen zum Verständnis von Handlung im Strafrecht*. Schriften zur Rechtstheorie, Cuaderno 90 (Berlín: Duncker & Humblot, 1980), p. 91; LIPPOLD, *Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin. Zur Theorienstruktur in der Rechtswissenschaft am Beispiel der Allgemeinen Strafrechtslehre*. Forschungen aus Staat und Recht, Vol. 87 (Viena/Nueva York: Springer Verlag, 1989), p. 230 ss.; LUCAS, *The Freedom of the Will* (como en nota 81), p. 56; MACINTYRE, «Determinism», en Bernard Berofsky (ed.), *Free Will and Determinism*, Harper & Row, Nueva York/Londres 1966, p. 240-256, cit. p. 243 [publicado originalmente en *Mind*, LXVI, 261 (1957), pp. 28-41]; MARTIN FISCHER/RAVEZA, *Responsibility and Control. A Theory of Moral Responsibility* (Cambridge: University Press 1999), p. 15 n. 24; NOWEL-SMITH, *Ethics*, Londres, 1954, pp. 281-282; PENROSE, *La nueva mente del emperador* (Madrid: Mondadori, 1991; traducción de Javier García Sanz del original en inglés, *The Emperor's New Mind*, Oxford: Oxford University Press, 1991), p. 535; SADURSKI, *Giving Desert Its Due* (como en nota 45), p. 133; WATSON «Introduction» (como en nota 100), p. 9; SMART, «Free Will, Praise and Will», en Gerald Dworkin (ed.), *Determinism, Free Will and Moral Responsibility* (Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1970), p. 199 [inicialmente publicado en *Mind*, LXX, 279 (1961), pp. 291-306]; WEATHERFORD, *The Implications of Determinism* (como en nota 73), pp. 199 ss., especialmente p. 202.

109 Como ha recordado HOSPERS, «La única razón por la que el indeterminista quiere negar el Principio Causal es que desea hacer un hueco para la libertad: no tiene elementos de juicio de su punto de vista, sino que está convencido de que, si no niega el principio causal, la libertad humana no será posible» -*Introducción al análisis filosófico* (como en nota 75), cit. p. 406-.

110 *Free will* (como en nota 27), p. 82.

111 Como ha indicado WATSON, en esta polémica «el compatibilista (o el escéptico) sospecha que la libertad requerida por el incompatibilista -una "autodeterminación" que no podría obtenerse

El problema radica en lo que estos autores exigen de una acción para que sea libre. O'Connor ha definido lo que él denomina condición X de los libertarios de la siguiente manera: «Un acto es libre si y sólo si el agente pudo actuar de manera distinta, *mantiéndose todas las circunstancias idénticas*»<sup>112</sup>. Se trata entonces de un acto no sometido al principio causal. Pero ello sólo nos deja dos alternativas. O bien es fruto del azar, en el sentido del indeterminismo cuántico, en cuyo caso no es la obra de su autor y falla el primer requisito de la responsabilidad, o bien ha sido causado por el propio sujeto, por un acto de su voluntad, sin que a su vez éste haya sido causado por circunstancias antecedentes ajenas al sujeto. Pero en este último caso, ¿cómo se explica el hecho? Sólo se es responsable de los propios actos cuando éstos proceden de sucesos internos del autor que le definen como persona: de sus razones para actuar, expresadas en deseos, creencias, motivos, etc.<sup>113</sup> Pero este paso atrás en la indagación no es suficiente. Sólo se satisface la condición de libertad si a su vez estos procesos internos no han sido meramente el efecto causal de hechos antecedentes y externos al sujeto. Pero ello, una vez más, sólo puede explicarse como fruto de un proceso azaroso interno, que no valdría, o de una decisión de segundo orden, lo que replantearía el problema en sus mismos términos y así sucesivamente en un regreso al infinito.

La defensa propuesta frente a este tipo de argumentos por parte de los libertarios no resulta satisfactoria. Por ejemplo, Campbell, tras defender un concepto de libertad contra-causal como condición necesaria de la responsabilidad moral<sup>114</sup>, se enfrenta a la objeción de cómo puede considerarse acto de una persona algo que no procede de su carácter, y estima que se trata de la objeción más fuerte contra la libertad contra-causal<sup>115</sup>. Su respuesta la busca distinguiendo entre una perspectiva externa, en la que no puede encontrarse dicha libertad, y la perspectiva interna del sujeto que delibera realizando lo que este autor denomina actividad creativa, dentro de la que se inserta precisamente la libre elección. Pero, como es habitual en estas teorías, la descripción de esta actividad creativa a la que se llega mediante introspección, es confusa y falta una explicación convincente de por qué el resultado de la misma no depende realmente de las circunstancias internas, pero externamente causadas, del sujeto. Ello hace pensar

---

en un mundo determinado- no puede obtenerse en ningún mundo» -«Introduction» (como en nota 100), cit. p. 9-

112 Free will (como en nota 27), cit. p. 82. Hospers -Introducción al análisis filosófico (como en nota 75), p. 418- cita referencias de otros autores en la misma línea. Así H. D. Lewis: «Sólo podemos mantener las ideas de obligación y culpa como ideas propiamente éticas, si también podemos creer en acciones que podían haber sido distintas de lo que fueron aunque todo el resto del universo hubiese seguido siendo el mismo»; o J. D. MABBOTT: «La responsabilidad moral requiere que un hombre sea capaz de elegir acciones alternativas, siendo idéntico todo lo que haya en el Universo antes del acto, incluido él mismo».

113 Como ha indicado VON WRIGHT, en las acciones fortuitas falta aquello que es la nota distintiva de las acciones libres, y es que se hayan hecho por razones - «Of Human Freedom» (como en nota 54), pp. 12 y 38-.

114 «Is «Free Will» a Pseudo-Problem?» (como en nota 57), p. 482.

115 «Is «Free Will» a Pseudo-Problem?» (como en nota 57), p. 485.

que tiene razón Smart cuando afirma, criticando a Campbell, que no hay una tercera vía de libertad contra-causal entre la causalidad ininterrumpida y el azar<sup>116</sup>.

Otro tanto sucede con la solución de Chisholm. Tras reconocer el problema central de la libertad de voluntad que es su aparente incompatibilidad con el determinismo, pero también con el indeterminismo<sup>117</sup>, se plantea si no cabe una vía intermedia, algo que no sea externamente causado —no determinado— pero a la vez tampoco puramente azaroso o no causado —no indeterminado—. En su opinión tal cosa sólo puede darse en algo causado por el propio agente sin condicionamientos previos, lo que él califica de causación «inmanente» por oposición a la habitual causación «transeúnte»<sup>118</sup>. Pero, al igual que sucedía con Campbell, la determinación de la mencionada causación inmanente se convierte más en poesía inspiracional, como le ha criticado Weatherford, que en algo científicamente contrastable<sup>119</sup>. El propio Chisholm tiene que reconocer que, en un sentido estricto, su planteamiento aboca a considerar que no es posible una ciencia del hombre, ya que no pueden encontrarse explicaciones para la elección libre e inmanente del sujeto<sup>120</sup>. Podríamos conocer absolutamente todas las creencias, deseos e intenciones del agente, todos sus estados mentales, y sin embargo no podríamos deducir de ahí lo que el autor va a realizar, que se presenta como una genuina opción libre. Pero entonces parece lícito preguntar, con Weatherford, por qué actuó de la manera que lo hizo el agente, y entonces, o bien lo hizo porque tenía razones para ello, en cuyo caso su acción es causada, o bien actuó sin razón alguna y entonces su acto es irracional y no cabe responsabilidad<sup>121</sup>. ¿Cómo, sin apelar a razones preexistentes, decide el autor entre dos opciones? Incluso Searle, que comparte la idea de que en la actividad voluntaria las causas psicológicas antecedentes no son suficientes para causar el efecto, porque en el medio hay una brecha (*gap*) en la que residiría el libre albedrío, debe reconocer que «quizás en un nivel diferente de descripción, quizás en el nivel de las sinapsis y los neurotransmisores, las causas eran suficientes para los movimientos corporales»<sup>122</sup>, lo que no es más que el reconocimiento del principio causal que él parece querer negar<sup>123</sup>. ¿O es que, acaso, dichas conexiones neurológicas surgen de la nada?

116 «Free Will, Praise and Will» (como en nota 108), pp. 198 ss. y especialmente 202 ss.

117 «Human Freedom an the Self» (como en nota 32), p. 24.

118 «Human Freedom an the Self» (como en nota 32), p. 28.

119 *The Implications of Determinism* (como en nota 73), p. 161.

120 «Human Freedom an the Self» (como en nota 32), p. 33.

121 *The Implications of Determinism* (como en nota 73), p. 161.

122 *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío* (Oviedo: Ediciones Nobel, 2000; traducción y glosario de Luis M. Valdés Villanueva), cit. p. 95.

123 Pero el punto de vista de Searle es interesante para mostrar lo que más adelante denomino perspectiva interna, en la que reside nuestra percepción de libertad, y cuya indagación es esencial para comprender el problema del libre albedrío. Ahora bien, como veremos, la existencia de una perspectiva interna no ofrece argumento alguno a favor de las tesis libertarias, contra lo que podría deducirse de algunos pronunciamientos de Searle, pero sí obliga a analizar la actividad humana en sucesivos niveles de progresiva complejidad.



Pero no son éstas las únicas objeciones posibles a las tesis libertarias. Hay un argumento que siempre ha resultado perturbador para cualquier hipótesis indeterminista aplicada a la actividad del hombre, y es que presupone en ella algún tipo de singularidad que resulta francamente fantasmal si se enfoca desde una óptica científica. Lucas ha expresado esta idea: «El hombre, científicamente hablando, no es diferente del resto de las cosas. Al menos en cuanto concierne a la ciencia, no hay ningún privilegio de la humanidad que haga al comportamiento humano no sometible a la investigación y explicación científica. Debe haber causas para el comportamiento humano igual que las hay para cualquier otra cosa». Y concluye: «Pensar de otra forma es pura superstición»<sup>124</sup>.

En este ámbito se manifiestan, una vez más, las viejas tendencias antropocéntricas que tratan de hacer del hombre algo completamente aparte del resto de la naturaleza. La teoría de la evolución de Darwin asestó un importante golpe a nuestra supuesta singularidad, haciéndonos parientes próximos de los animales (y de ahí la resistencia que tuvo que vencer para acabar imponiéndose), pero los viejos hábitos persisten. No es infrecuente que la evidencia científica sea dejada a un lado para hacer un hueco al pedestal de nuestra soberbia<sup>125</sup>. Como recuerda Sthephan Jay Gould, aunque los planteamientos varían, «su intención es siempre la misma: separar al hombre de la naturaleza»<sup>126</sup>.

Todavía podrían citarse otras dos cuestiones especialmente incómodas para el libertarismo: en primer lugar, ¿en qué puede consistir desde el punto de vista físico algo como la libertad?; en segundo lugar, una vez aceptado el postulado básico de la teoría de la evolución, ¿cómo puede explicarse la aparición de este fenómeno a partir de la materia inerte?

La primera cuestión representa un escollo difícil de superar por las propuestas libertarias. Un mundo explicado en términos de regularidades causales derivadas de la existencia de leyes naturales resulta perfectamente inteligible, por más que puedan abrumarnos sus implicaciones filosóficas. Estamos acostumbrados a esta visión del mundo. Una buena parte del progreso de la humanidad se explica como el paso de una visión mítica a otra científica anclada en la causalidad. Por el contrario, cuando intentamos ofrecer una imagen de la realidad que integre la libertad nos faltan las palabras porque, al margen de nuestro sentimiento favorable a la libertad, carecemos de referentes empíricos en los que basarnos. Si se explica un comportamiento violento

124 *The Freedom of the Will* (como en nota 81), cit. p. 1. Sin embargo LUCAS dedica su obra a defender el libre albedrío.

125 GOULD recoge algunos sorprendentes ejemplos históricos de cómo autores con una sólida formación científica aceptaban en sus teorías biológicas excepciones, no apoyadas por base empírica alguna, para dar cuenta de la singularidad del ser humano, actitud que plásticamente define este autor como «construcción de una verja en torno a su propia especie». Así, por ejemplo, «La selección natural y el cerebro humano: Darwin frente a Wallace», en *El pulgar del panda* (Barcelona: Crítica, 1994), pp. 43 ss.; «En lo mejor de la vida», *op. cit.*, pp. 116 ss., cit. p. 118.

126 *El pulgar del panda* (como en nota anterior), p. 118.

apelando a la presencia de un gen que activa mecanismos químicos que alteran el proceso neurológico del cerebro, en combinación con ciertos factores ambientales, más o menos conocidos, y con la presencia de estímulos externos desencadenantes, todo ello completado con la actividad mental deliberante del sujeto, esta explicación -que puede ser tan larga y compleja como sea necesaria para captar los igualmente complejos condicionantes de la actividad humana-, encaja sin fisuras en el cuerpo de conocimientos genéticos, biológicos, psicológicos, sociológicos, etc., que la ciencia ha ido lentamente extractando, pero si se argumenta que el autor realizó su acto violento en una situación en la que genuinamente tenía varias posibilidades, en el sentido de que sus antecedentes, entre los que naturalmente se encuentran aquellos que permiten y condicionan su propio razonamiento consciente, no forzaban la opción por uno de ellos, comenzamos a perder pie irremisiblemente. Simplemente carecemos de experiencias similares con las que contrastar esta afirmación. Pensamos que algo de su constitución o de sus antecedentes o de ambas cosas combinadas puede explicar el hecho. Pensar en términos causales -todo cuanto acontece tiene una causa- es parte de nuestra manera de ver la realidad. La actitud que tomamos ante los acontecimientos inexplicados, sin una base causal contrastada, es una buena muestra de esta forma de pensar. No achacamos el hecho a un inasible azar, sino una causa desconocida. Incluso la explicación religiosa de algo tan poco mundano como se supone que son los milagros no remite a la ausencia de causas, sino a la causa divina.

La segunda cuestión resulta igualmente difícil de responder sin acudir una vez más a comodines metafísicos. Si desde la materia inerte hasta el hombre hay una línea evolutiva ininterrumpida, ¿en qué momento surge la libertad?; ¿cuál es y en qué momento se produce el salto evolutivo que introduce en el mundo la libre opción entre alternativas, supuestamente propia del género humano, no sometida a las leyes físicas y biológicas que definen la actuación del resto de la naturaleza? Y lo mismo puede decirse del proceso de maduración del embrión hasta hacerse persona. ¿En qué momento de la división celular o del proceso de educación del niño desaparecen las leyes de la química y la biología para dar paso a la genuina libertad de obrar? No es fácil dar una respuesta a estas preguntas; en realidad ni siquiera es fácil imaginar qué tipo de respuesta serviría. La progresiva complejidad de los seres vivos, que culmina en el cerebro humano, no parece admitir discontinuidades. El cerebro es materia viva especialmente compleja, pero materia viva al fin y al cabo. Neuronas que interaccionan. Ciertamente tenemos la conciencia, que parece suponer un salto cualitativo esencial respecto a otros seres vivos, pero al margen de las dudas que hoy pueda suscitar si somos los únicos poseedores de este recurso, lo cierto es que no parece que la conciencia deba quedar al margen de las leyes de la neurología. Científicamente nuestra psique, nuestra alma, reside en el cerebro, y por ello nuestras acciones voluntarias, nuestras decisiones, nuestro pensamiento consciente no pueden ser más que una función de la actividad neuronal. Afirmar que en un momento determinado las leyes de la neurología se interrumpen para dar lugar a un yo originador no externamente condicionado ni sometido a la causalidad, es una afirmación sin base científica conocida y tan sospechosa de «edificar una verja en torno

a la propia especie» como las viejas teorías creacionistas<sup>127</sup> que, contra Darwin, negaban que el hombre pudiera tener antepasados comunes con los monos o los ratones.

La persistente incapacidad de las posiciones libertarias para ofrecer un concepto de libre albedrío compatible con la probable estructura del mundo reafirma la idea antes apuntada de que, no es que no se haya encontrado todavía, sino que es imposible encontrarlo porque requiere presupuestos inconciliables. Falta en ellas, entonces, el primer requisito exigible para una teoría de la responsabilidad subjetiva: una base científica sólida. Pero hay algo de sus planteamientos que me parece correcto y es su insistencia en la incompatibilidad entre determinismo (o cuasideterminismo) y responsabilidad subjetiva basada en la capacidad de actuar de manera distinta. Sobre ello volveré después, al criticar algunas de las más frecuentes teorías compatibilistas.

La conclusión principal obtenida hasta ahora es que el principio causal, base del determinismo, no sólo tiene un apoyo sólido en el pensamiento científico, sino que parece también resultar necesario para la responsabilidad<sup>128</sup>. Ello no demuestra que el mundo esté completamente determinado -de hecho hoy en día la ciencia admite una teoría parcialmente indeterminista; una combinación de indeterminismo en ciertos fenómenos subatómicos y determinismo en el resto-, ni hace falta esta demostración. Es suficiente con que las acciones humanas responsables se vean sometidas al principio causal<sup>129</sup> para que quede planteado en toda su extensión el problema de fondo del libre albedrío. Ya no tenemos un bloque de hierro macizo universal, pero en la esfera de la

127 Desgraciadamente no del todo inactuales, a juzgar por la polémica que todavía hoy se vive en algunos estados de Estados Unidos sobre qué teoría debe explicarse en las escuelas.

128 Desarrollan detalladamente esta idea FOOT, «Free Will as Involving Determinism» (como en nota 108), y R. E. HOBART, «Free Will as Involving Determination and Inconceivable Without It» (como en nota 108).

129 Ello no supone aceptar necesariamente los presupuestos de la denominada tesis de la Inteligencia Artificial fuerte (basada en las ideas de Turing sobre la capacidad de pensamiento de las máquinas), según la cual toda la actividad del hombre, incluido su pensamiento consciente, son expresables en términos de un algoritmo lo suficientemente complejo, lo que permitiría reproducirlo en un ordenador que pasaría a pensar, sentir y tener percepción de libertad como nosotros. No es descartable que, como apunta PENROSE, haya algo en el funcionamiento del cerebro, en su ontología, que permita el pensamiento consciente y no pueda ser expresado en términos meramente algorítmicos, aunque sin salir del mundo de la determinación física -*La nueva mente del emperador* (como en nota 108), esp. cap. 10, pp. 502 ss.-. Quizás sea SEARLE quien con más insistencia se ha pronunciado contra los postulados básicos de la Inteligencia Artificial fuerte (la propia denominación procede de él) -«Minds, Brains, and Programs», en D. R. Hofstadter y D. D. Dennet (eds.), *The Mind's I. Fantasies and Reflections on Self and Soul* (Harmondsworth: Penguin Books, 1982), pp. 353 ss.; *El redescubrimiento de la mente* (Barcelona: Crítica, 1996), esp. pp. 57 ss.-. Sobre el planteamiento inicial de la Inteligencia Artificial, v. A. M. TURING, *¿Puede pensar una máquina?* [Valencia: Universidad de Valencia, 1974; traducción de Manuel Garrido y Amador Antón del original en inglés, «Computing Machinery and Intelligence», *Mind* 59 (1950)]. En un breve pasaje de esta obra reconoce Turing, sin embargo, que, respecto a la conciencia, «hay algo de paradójico en lo que se refiere a cualquier intento de localizarla» -cit. p. 41-

realidad sometida al principio causal, en la que se sitúa también la actividad humana consciente, sí tenemos bloques parciales en los que los antecedentes se derivan necesariamente de los consecuentes. Con estos presupuestos no es extraño que cada vez más la batalla a favor de la libertad se intente librar en el marco de teorías compatibilistas y no en el de las libertarias, tan vulnerables en sus presupuestos empíricos. Pero antes de pasar a analizar algunas de aquéllas quisiera comentar brevemente dos líneas de solución del problema que se ha utilizado con frecuencia en el mundo jurídico, y que sin ser tesis libertarias -de hecho no es infrecuente que partan del presupuesto contrario- llegan a soluciones en cierta forma equiparables pero por una vía indirecta: afirman la responsabilidad mediante presunciones normativas, bien apelando a un poder medio, bien presuponiendo la libertad individual.

#### d) *Otras soluciones propuestas*

##### 1.º Poder medio

Para evitar las dificultades que plantea la indemostrabilidad del poder de actuar de modo distinto en el caso singular se ha propuesto en Derecho penal acudir a un poder medio, en el sentido de aquello que es esperable en circunstancias normales por la comunidad jurídica<sup>130</sup>. Pero esta solución incumple varios de los criterios que hemos considerado importantes para resolver satisfactoriamente el problema. Por un lado no respeta el principio de cientificidad. Si se presupone que la capacidad de actuar de modo distinto es imposible de verificar respecto de un sujeto singular no se ve muy bien cómo puede constatarse respecto de un hombre medio. Para llegar a esta conclusión sería necesario al menos haber podido constatar esta capacidad en un número suficiente de personas reales como para poder configurar un criterio general, pero como se acepta que tal cosa es imposible cae por su base el fundamento apuntado.

Por otra parte, y ésta me parece una objeción decisiva, la tesis del hombre medio no ofrece argumentos para justificar la responsabilidad subjetiva. Un principio elemental de ésta es la individualidad del juicio de imputación. Imputar un hecho a alguien basándose no en sus propias circunstancias sino en las de otro, aunque sea un hombre medio, contraviene de manera grave este principio<sup>131</sup>. El evidente desequilibrio en la distribución que entraña la pena pierde entonces cualquier posible justificación basado en el merecimiento. Para que pueda cumplir su función de garantía, el principio de

130 V. en esta línea JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, traducción y adiciones de Derecho español a la 3.ª ed. por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, vol. I (Barcelona: Bosch, 1981), p. 589. Otras referencias, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención* (como en nota 55), p. 110 y n. 178.

131 Sobre ello, con abundantes referencias, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención* (como en nota 55), p. 111. La incongruencia de esta posición con los postulados de partida del indeterminismo ha sido destacada acertadamente por ROXIN, *PG I* (como en nota 60), §19, nm. 20, p. 800.

culpabilidad debe seguir siendo un juicio eminentemente individual. Como ha indicado Torío, «en la culpabilidad trata de enjuiciarse la conexión en que se encuentra la acción con el sujeto que la realiza. Hablar de culpabilidad general o social es, pues contradictorio»<sup>132</sup>. Ello no quiere decir que, al igual que en cualquier juicio, no se utilicen criterios tomados de la experiencia común. Es imposible juzgar sin sentimientos o percepciones compartidas. Pero una vez fijados normativamente los criterios relevantes del juicio, juzgar consiste en verificar si concurren personalmente en el juzgado, y no en otro hombre real o medio.

## 2.º Presunción normativa de libertad

Una idea que aparece frecuentemente en las discusiones jurídicas sobre la responsabilidad y su dependencia de la capacidad de actuar de manera distinta, es la de que, sea cuál sea la real conformación del mundo, la libertad debe *presuponerse normativamente*.

Tanto si el hombre es libre como si no lo es, debe tratarse como libre. Así, por ejemplo, Roxin explica su concepción de la culpabilidad como «actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa»<sup>133</sup> de la siguiente manera: «Cuando existe dicha asequibilidad normativa, partimos, sin poder ni pretender probarlo en el sentido del libre albedrío, de la idea de que el sujeto posee también capacidad de comportarse conforme a la norma, y de que se convierte en culpable cuando no adopta ninguna de las alternativas de conducta en principio psíquicamente asequibles para él». En opinión de Roxin, tanto el determinista como el indeterminista pueden aceptar esta suposición «pues la misma no dice que el sujeto pudiera efectivamente actuar de otro modo -lo que precisamente no podemos saber- sino sólo que, cuando exista una capacidad de control intacta y con ella asequibilidad normativa, *se le trata como libre*. La suposición de libertad es una «aserción normativa», una regla social de juego, cuyo valor social es independiente del problema de teoría del conocimiento y de las ciencias naturales»<sup>134</sup>.

132 «El concepto individual de culpabilidad», en *Crime and Criminal Pollicy (Homenaje a López-Rey)*, Roma, 1985, cit. p. 683.

133 *PG I* (como en nota 60), § 19, nm. 34 ss., p. 807

134 *PG I* (como en nota 60), § 19, nm. 35, pp. 807 y s. La expresión en cursiva se destaca en negrita en el original. En términos similares se pronuncia L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR: «el juez, al condenar a un inculpado imponiéndole una pena prevista por la ley penal, *trata al imputado como si fuera un ser racional y libre*» [...] «El libre albedrío actúa así no como un dato empírico que el juez debiera comprobar, sino como un presupuesto valorativo general del sistema que *convierte a la reacción penal en un reproche con contenido moral*» -«Libertad y responsabilidad penal» (como en nota 61), cit. p. 568- Con estas palabras parece apuntar a una presunción normativa de libertad no modificable por los hechos, y sin embargo poco después admite que podría demostrarse en el caso concreto la ausencia de libre albedrío -*op. y loe. cit.*-. Pero si esto es así, ya no estamos ante una presunción necesaria, ante un presupuesto esencial del sistema como se afirma, sino precisamente ante un dato empírico, sólo que presumido *iuris tantum*, y el problema aquí es que la evidencia científica a favor del principio causal hace que la carga de la prueba de que existe la posibilidad de actuar de manera distinta no se sitúe

La formulación de Roxin expresa bastante bien el núcleo de las diferentes teorías, que aquí no pueden ser analizadas<sup>135</sup>, pero que comparten como elemento común la presunción normativa de libertad. Creo que hay una crítica contra ellas que resulta decisiva, y que seguramente explica por qué no es ésta una solución a la que se acuda fuera del Derecho, y tiene que ver con el significado y el valor de las presunciones.

En Derecho se aceptan dos tipos de presunciones, las que admiten prueba en contrario (*iuris tantum*) y las que no (*iuris et de iure*)<sup>136</sup>. Si se ponen en relación con aquello que se presume, hay entre ellas una diferencia importante: en las primeras lo presumido importa hasta cierto punto; en las segundas nada. Pero si esto es así, y enseguida me ocuparé de ello, las presunciones normativas de libertad no pueden ser la respuesta al problema planteado porque, si se conciben como *iuris tantum*, entonces la capacidad de actuar de manera distinta sí que importa, es necesaria, y entonces sigue abierta la cuestión de fondo: ¿es o no el determinismo, como probable estructura de la realidad, compatible con dicha capacidad?; y si se concibe como *iuris et de iure*, lo que significa es que la libertad realmente no es aquí importante, lo cual es falso, como demuestra el interés en establecer la presunción.

Las presunciones *iuris tantum* tienen un significado claro y el recurso a ellas en derecho puede estar perfectamente justificado. Su finalidad es distribuir, con arreglo a ciertos criterios, la carga de la prueba de un hecho o circunstancia que tiene trascendencia jurídica en situaciones de incertidumbre relativa. Una presunción a favor del reo, como la de inocencia, desplaza a la acusación la carga de probar la comisión del delito, con lo que se puede a la vez interpretar como una presunción en contra de la acusación. Se mire desde la perspectiva que se mire, lo cierto es que estas presunciones reconocen expresamente la importancia de que lo presumido se dé en la realidad -por eso la prueba en contrario tiene efectos-. La presunción sólo hace una asignación provisional de verdad por razones prácticas. Ya hemos visto que en el campo de la responsabilidad jurídica son habituales como criterio de imputación, y no plantean problemas de justificación.

Nada de esto ocurre con las presunciones *iuris et de iure* que, si no se reinterpretan adecuadamente, resultan un sinsentido. Tomemos como ejemplo el antiguo artículo 108 del Código Civil español, que establecía una presunción de filiación legítima para los hijos nacidos en el matrimonio contra la que no se admitía otra prueba que la de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en un plazo definido. En este caso la presunción lo que venía a indicar es que el hecho real de la paternidad biológica carecía de relevancia, salvo en el caso extremo de la imposibilidad de acceso carnal, porque prevalecía el interés de preservar la institución familiar, y en este campo

---

donde la coloca Hierro, sino en la posición contraria; corresponde tal prueba a quien afirma la libertad así entendida.

135 Sobre ello, v., por ejemplo, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención* (como en nota 55), pp. 104 ss.; Díez Ripollés, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1990), pp. 90 ss.

136 V.art. 1251 CC.

el real vínculo de sangre no es imprescindible. Pero si se quisiera extender el alcance de la presunción a ámbitos en los que la consanguinidad fuera decisiva -por ejemplo, a la obligatoriedad de someter a pruebas genéticas a los hijos de un portador de una enfermedad hereditaria- la norma se mostraría sencillamente irracional.

Si aplicamos estas observaciones a la presunción de libertad resulta lo siguiente. Si se concibe como una presunción *iuris tantum*, podría tener sentido, pero no resolvería el problema planteado. La ausencia de argumentos definitivos a favor del determinismo hace que una presunción a favor del indeterminismo resulte concebible, mientras no haya prueba en contra, pero según el estado actual de la ciencia resulta altamente improbable, por lo que vulneraría el criterio de científicidad en el mismo sentido que lo hacen las teorías libertarias ya descartadas. Si se concibe, entonces, como una presunción *iuris et de iure*, y ésta parece ser la visión habitual que le dan sus defensores, ello significa que realmente la libertad en sí, la capacidad de actuar de modo distinto, carece de importancia. Sin embargo, hasta ahora el problema era cómo compatibilizar la libertad del hombre con la probable estructura de la realidad, y esta solución lo que hace es prescindir de la libertad, con lo que se aproximan *de facto* a las tesis incompatibilistas-deterministas que prescinden de la culpabilidad o la vinculan sólo a las necesidades preventivas. Pero, a diferencia de éstas, su planteamiento no se hace explícito, sino que se oculta con la referencia a la libertad presumida. Así puede interpretarse la alusión de Roxin a que se trata sólo de «una regla social de juego». Ahora bien, ¿para qué sirve dicha regla?; ¿qué sentido tiene tratar como libre a quien de verdad no lo sea?; y, finalmente, ¿con qué criterios se determina quiénes deben ser tratados como libres?

La capacidad de actuar de manera distinta puede ser decisiva para la responsabilidad o no serlo, pero si lo es no pueden simplemente cerrarse los ojos a la posible prueba de que en un caso no concurre este requisito mediante el expediente de una presunción normativa no rebatible. Roxin apunta que la situación con la libertad es idéntica a la que se da con la igualdad. En su opinión, cuando el ordenamiento parte de la igualdad de todas las personas no sienta «la absurda máxima de que todas las personas sean realmente iguales», sino que ordena que todas reciban un mismo trato<sup>137</sup>. Pero ésta es una afirmación por lo menos discutible. Si el ordenamiento ordena un trato igual para todos es precisamente porque considera que todos *somos* realmente iguales en lo que importa. Es lo que Roxin denomina «absurda máxima» lo que justifica el mandato de igualdad. No somos iguales en inteligencia, en belleza, en educación, en posesión de bienes, pero somos exactamente iguales en cuanto personas y éste es el único criterio determinante para el mandato de igualdad. Con la libertad debería pasar lo mismo. Si efectivamente llegamos a la conclusión de que en nuestros actos pudimos actuar de manera distinta, y que este dato es relevante, debe tenerse en cuenta, pero si no es así, cualquier presunción en contra es irracional e injusta. Muestra que verdaderamente tal criterio no tiene importancia.

---

137 PG, I (como en nota 60), § 19, nm. 35, p. 808.

Ello enlaza con la última cuestión antes planteada, ¿cómo se determina quiénes deben ser tratados como libres? Repárese en que aquí, a diferencia de la igualdad, se admite que a algunos no hay que tratarlos como libres. La pregunta es ¿por qué?; ¿es acaso el legislador quien lo decide normativamente a su gusto, o pueden establecerse realmente diferencias empíricas entre unos y otros sujetos?; si es bueno tratar a las personas como libres aunque puedan no serlo, ¿por qué no hacerlo así también con los denominados inimputables? Salvo que las construcciones normativas se entiendan como algo que puede ser definido totalmente al margen de la realidad, algo que queda por completo a disposición de quien emite la norma (cosa que a veces parece desprenderse de la manera en que se concibe la normatividad, pero que seguramente nadie estaría dispuesto a reconocer explícitamente), tendrá que haber algún criterio que permita explicar por qué el trato como libres se aplica a unas personas y no a otras. ¿Cómo se podría si no desde una posición normativa criticar una concepción de la culpabilidad según la cual, por ejemplo, se estimara culpable de un hecho lesivo sólo a quien se encuentre físicamente situado en un radio de acción de 15 metros del hecho y que además tenga los ojos verdes, o que fijara la edad de imputabilidad entre los dos y los tres años? Frente a absurdas regulaciones de este estilo el intérprete, incluso el que acepta una definición normativa de culpabilidad, no se encuentra inerte, y no lo está porque si bien el legislador tiene libertad para emitir normas con el texto que más le guste, no la tiene para dotar de sentido a lo que legisla por el simple hecho de prescribirlo. El legislador puede emitir normas de cumplimiento imposible —ordenar a quien está en coma que socorra a un tercero—, incoherentes —vestir ropas que sean a la vez exclusivamente azules y exclusivamente amarillas—, pragmáticamente contradictorias —imponer, con el fin de preservar la salud, vacunas que científicamente no sólo no previenen la enfermedad, sino que la contagian—; puramente arbitrarias —el caso antes citado de los ojos verdes—. En cualquiera de estos casos es fácil poner de relieve lo inapropiada que resulta la norma, y es así porque las normas, como las categorías dogmáticas que se construyen a partir de ellas, no están al margen de la realidad, o, dicho de forma más precisa, su realidad no es únicamente la voluntad del legislador, sino ésta en relación con el mundo regulado.

¿Cuál es, entonces, el criterio normativo utilizado? La referencia genérica a una regla social de juego no es suficiente, porque nada se dice de por qué sólo juegan algunos. La explicación más plausible es que sólo pueden jugar los que reúnan las condiciones para el juego, pero entonces, de nuevo, *deben poseerse* estas condiciones y no presumirse normativamente. Si se entiende que la capacidad de actuar de modo distinto es un presupuesto para jugar al juego de la responsabilidad, debe exigirse su comprobación. En las causas de ausencia de acción nadie suple las circunstancias del sujeto singular por las del hombre medio, ni nadie presume normativamente la capacidad de acción. Por el contrario, la aplicación de estas circunstancias se hace depender de la real presencia de circunstancias fácticas que impidan al sujeto operar de manera distinta a como lo hizo. En este caso la evidencia del argumento que trato de generalizar es tal que incluso el más normativista prescinde de su punto de partida. Una norma dirigida a una persona en coma es papel mojado y si aquí se presumiera normativamente la libertad habría que



dudar de la cordura del que lo propusiera. ¿Por qué en los sujetos que la ley presume «culpables» la cosa se supone que es distinta?; ¿porque lo dice la ley? Si en una situación de ausencia de acción la ley predicara responsabilidad —afirmara normativamente que también una persona en coma es culpable—, no por ello cambiaría la realidad. La diferencia entre el inconsciente y el que consideramos responsable es que presuponemos —porque creemos que la realidad es así— que éste y no aquel tenía en sus manos la posibilidad de no haber infringido la norma. Por eso, y no por la pura decisión normativa, es por lo que establecemos diferencias los teóricos y las acoge el legislador como base de sus normas. Por eso no tendríamos ningún problema en mostrar lo absurdo de la norma de los ojos verdes o de la que definiera el límite de la inimputabilidad en la minoría de edad en los dos años. Claro que el legislador puede llamar responsables a los mayores de dos años e «imputarles» culpabilidad, pero es evidente que el significado de dicho término no tendría nada que ver con el que habitualmente usa la doctrina cuando se afana en determinar qué es la responsabilidad subjetiva.

En realidad quienes apelan a presunciones normativas en la culpabilidad no prescinden de la realidad, de lo ontológico. Repárese en que, pese a todo, Roxin requiere que haya «asequibilidad normativa», esto es, según su propia explicación, que el estado psíquico del sujeto al realizar el hecho fuera tal que tuviera la posibilidad de decidirse por la llamada de la norma. Pero esto no es más que una forma distinta de decir que es necesario que el sujeto hubiera podido actuar de manera distinta a como lo hizo, y precisamente el determinismo lo que muestra es que realmente no existe esa capacidad, con lo cual viene directamente a negar la asequibilidad normativa de cualquiera que haya infringido la norma. En un mundo determinado la infracción de la norma es la prueba definitiva de que el infractor no era asequible a su llamada. Ello demuestra que la salida de Roxin es errónea; tampoco su solución es inmune al problema del libre albedrío: la asequibilidad normativa, que requiere como base de la responsabilidad, o bien es un dato fáctico equivalente en todo al de la capacidad de actuar de manera distinta, y por ello igual de sensible que éste a la posible verdad del determinismo o, si se reinterpreta a su vez como dato normativo, deja incontestada la pregunta inicial que trataba de responderse al introducirlo en el debate: ¿por qué no presumimos entonces normativamente en todos la asequibilidad normativa? Una vez más, la asequibilidad normativa puede o no ser un elemento central de la responsabilidad, pero si se admite que lo es, como hace Roxin, entonces debe comprobarse que se da y no presumirse normativamente, porque en caso contrario no hay manera de justificar por qué a algunos se les priva de jugar al juego de la libertad. La limitación de los jugadores debe responder a la presencia de un hecho diferencial que no puede ser simplemente presumido.

Detrás de las presunciones normativas se esconde unas veces una no reconocida ontología del libre albedrío, y otras un cambio de esta ontología por otra que renuncia a la libertad a favor de la posibilidad empírica de operar preventivamente sobre otro mediante la pena. Esta segunda opción entronca con la antigua tradición que, partiendo de la indemostrabilidad del libre albedrío, intenta seguir manteniendo la categoría culpabilidad anclada en otros presupuestos, o bien prescinde de ella y generalmente también de la pena en favor de un sistema monista de medidas de seguridad. Pero hay

otra alternativa que no se resigna a prescindir de la libertad en un sentido real, y no meramente presumido, sino que trata de demostrar que puede ser compatible con la eventual verdad del determinismo.

### 3.º Compatibilismo

Una teoría *compatibilista* es aquella que considera que la eventual verdad del determinismo en la actuación humana no amenaza el concepto de libertad que se encuentra en la base de la responsabilidad subjetiva. Esta forma de ver las cosas resulta, en una primera aproximación, sorprendente, y los autores incompatibilistas creen que definitivamente lo es; que una vez aceptado el determinismo no queda hueco para una acción libre. Y tienen razón, al menos si el concepto de libertad exigido es el que ellos propugnan. Una acción a la vez original, no necesariamente causada por hechos externos al sujeto, y determinada por el principio causal es sencillamente una contradicción en los términos. De ahí que los incompatibilistas libertarios nieguen el determinismo, incluso sin ofrecer nada a cambio, y los incompatibilistas deterministas nieguen la libertad, pese a nuestra percepción interna de ella. Lo que propone el compatibilismo es, entonces, un concepto de libertad distinto, con menos exigencias que el de los libertarios, que sea a la vez compatible con la estructura del mundo, capaz de dar cuenta de nuestra percepción interna de libertad y de servir de soporte a la responsabilidad subjetiva, lo que coincide con los requisitos de solución del problema enunciados más arriba. Creo que algunos planteamientos están en condiciones de cumplir las dos primeras exigencias, pero no la tercera, y en eso tienen razón los libertarios.

Si acerca de qué es el determinismo hay bastante acuerdo, pese a las protestas de algunos autores que afirman no saber bien cuál es la tesis determinista<sup>138</sup>, menos acuerdo hay acerca de qué es la libertad, que supuestamente sirve de base a la responsabilidad moral o la culpabilidad. Las discrepancias en este punto provocan que tanto los que afirman su incompatibilidad con el determinismo como los que la niegan puedan estar a la vez en lo cierto: definida de una manera sería incompatible con el determinismo, pero de otra no. La cuestión es si cualquiera de estas formas de definir la libertad es capaz de dar soporte a la responsabilidad moral.

El concepto de libertad manejado por los libertarios, que es a su vez el más generalizado en las percepciones intuitivas que tenemos acerca de nuestras propias acciones, puede definirse por medio del habitual recurso a la figura de un yo originador, con

---

138 Éste es precisamente el caso de Strawson, que empieza su conocido artículo con este reconocimiento. Sin embargo, nada después hace pensar que tenga dudas sobre el particular, y más bien parte de los mismos presupuestos que todo el mundo, por lo que su confesión más parece un recurso para captar la atención del lector que una genuina exposición de perplejidad -Freedom and Resentment (como en nota 67), p. 59-. En la misma línea, crítico con la posición de Austin, que también consideró que el determinismo es algo poco claro, WIGGINS -«Towards a Reasonable Libertarianism», en Ted Honderich (ed.), *Essays on Freedom of Action* (Londres/Henley/Boston: Routledge & Kegan Paul, 1973), p. 36.

genuina capacidad de opción entre alternativas. La *originación* es la idea central de este concepto. Lo decisivo para la adscripción de responsabilidad, para imputar un hecho al autor, no es que su cuerpo haya intervenido causalmente en el hecho, ni siquiera que lo haya hecho de una manera voluntaria en el sentido limitado de que surja de sus propias motivaciones internas, sino que lo haya originado, que la cadena causal acabe en él. «Cuando consideramos a alguien moralmente responsable por una acción -afirma Susan Sauvé Meyer-, asumimos que la secuencia de causas que desembocan en la acción, en cierto sentido empieza en el agente»<sup>139</sup>. Que en ocasiones tenemos ese sentimiento de originación y que muchas de nuestras actitudes vitales están condicionadas por este hecho, no debería ser dudoso<sup>140</sup>. Este concepto de libre albedrío es el que refleja la idea de poder actuar de modo distinto en su significado más estricto, y en esta medida es totalmente incompatible con el determinismo. En esto tienen plena razón los incompatibilistas, y aquí reside una buena parte del problema examinado. Muchos autores creen que es precisamente esta concepción intuitiva la que de verdad importa, y que una responsabilidad moral privada de esta circunstancia no es suficiente. Los compatibilistas creen, sin embargo, que un concepto menos exigente de libertad, compatible con la eventual verdad del determinismo, es suficiente para justificar la responsabilidad moral. Creo que sólo en parte tienen razón. De las ideas que normalmente asociamos al concepto de responsabilidad subjetiva, esta libertad aligerada permite explicar algunas, pero no todas, y aquéllas sólo bajo ciertas condiciones que no se dan siempre. Si no me equivoco, esto significa que debe completarse el modelo limitado de libertad con algún requisito adicional, y además deben reconocerse sus límites justificatorios.

La línea tradicional en el análisis de la libertad de los compatibilistas parte de Hobbes<sup>141</sup> y Hume<sup>142</sup> y se plasma en la conocida argumentación de G. E. Moore: «un agente *pudo* realizar una acción dada que no realizó siempre que sea cierto que pudo hacerla si lo hubiera elegido»<sup>143</sup>. Con esta reformulación la responsabilidad no se hace ya depender de lo que alguien pudo realizar en un sentido absoluto, sino en el más limitado y condicional de «podría si lo hubiera elegido», lo que, según Moore, entraña una gran diferencia, entre otras cosas porque esto último puede darse perfectamente también en un mundo determinado. Con ello se distinguen dos significados de libertad:

139 *Aristotle on moral responsibility* (como en nota 53), cit. p. 149.

140 Así HONDERICH, *¿Hasta qué punto somos libres?* (como en nota 56), pp. 133 ss. y p. 137 y s., que estima que en realidad poseemos la percepción de las dos clases de libertad en disputa, el yo originador y el meramente voluntario.

141 *Leviatán* (Madrid: Tecnos, 1965), cap. XXI, pp. 180 ss.

142 «Of Liberty and Necessity», *Enquiry Concerning the Human Understanding*. En general, sobre la evolución del compatibilismo, v., por ejemplo, HONDERICH, *¿Hasta qué punto somos libres?* (como en nota 56), pp. 125 ss. En particular sobre Hume, v. RUSSELL, Paul, *Freedom and Moral Sentiment. Hume's Way of Naturalizing Responsibility* (Nueva York/Oxford: Oxford University Press, 1995).

143 *Ethics* (Londres/Oxford/Nueva York: Oxford University Press, 1978; primera publicación, Oxford: Clarendon Press, 1912), cit. p. 85.

por un lado la libertad de acción, a la que, utilizando una expresión tradicional, también se ha denominado «libertad como espontaneidad», y por otro la libertad de elección o de voluntad, también llamada «libertad como indiferencia»<sup>144</sup>.

Son muchas las críticas que ha merecido este planteamiento desde su formulación<sup>145</sup>. El argumento central de todas ellas es que esta solución no hace más que retrasar el problema un paso<sup>146</sup>. La acción es libre porque fue elegida por el agente, pero ¿fue éste libre *al elegirla*? Si se admite el principio causal, y al menos no negarlo es un presupuesto del compatibilismo, entonces resulta evidente que también los deseos y creencias internas del autor, que condicionan su elección, han sido causadas por hechos precedentes sobre los que éste no ha tenido influencia posible, y no se ve entonces cómo se puede afirmar que es responsable de las acciones que tales deseos no imputables provocan. En palabras de Hospers, el sujeto «puede hacer lo que le plazca, pero no puede placerle lo que le plazca»<sup>147</sup>. Se trata de una situación inversa a la de la *actio libera in causa*. Aquí habrá más bien una *actio serva in causa*.

Creo que es conveniente insistir aquí en una idea ya apuntada, que es la tendencia de los compatibilistas a despojar al determinismo, o si se prefiere al principio causal, de una parte de su ominosa carga, algo que se hace presente en la argumentación criticada. Frente a ello debe recordarse que todo lo sometido al principio causal no puede haber sido de manera distinta a como fue en el sentido más fuerte que admite esta expresión. Fijadas las condiciones iniciales —entre las que se encuentra el propio pensamiento consciente del sujeto— las cosas suceden necesariamente y no hay campo para la contingencia (salvo los fenómenos indeterminados cuánticos que ni operan en el nivel macroscópico, ni sirven para fundamentar la responsabilidad del agente por su carácter azaroso). La referencia a los actos voluntarios del sujeto es, entonces, insuficiente

144 Distingue entre libertad de acción y de elección VON WRIGHT, «Of Human Freedom» (como en nota 54), p. 9. Utiliza la terminología clásica, entre otros, KENNY, *Will, Freedom and Power* (como en nota 70), pp. 122 ss., al que sigue en este punto NINO, *Introducción a la filosofía de la acción humana* (como en nota 35), pp. 104 ss.

145 Véase, por ejemplo, HONDERICH, *¿Hasta qué punto somos libres?* (como en nota 56), pp. 126 ss., para las críticas más antiguas. La réplica clásica es la de John L. AUSTIN —«Si y puedes», en *Ensayos filosóficos*, compilación de J. O. Urmson y G. J. Warnock, Alianza: Madrid, 1989, pp. 193 a 215. (Traducción de A. García Suárez del original inglés «Ifs and Cans», en *Philosophical Papers*. 2.<sup>a</sup> ed., The Clarendon Press: Oxford, 1970. [Inicialmente publicado en *Proceedings of the British Academy*, 1956])—. Entre las modernas, a modo de ejemplo, VAN INWAGEN, «The Incompatibility of Free Will and Determinism», en Gary WATSON (ed.), *Free Will* (Oxford: Oxford University Press, 1982), pp. 46 ss.; RJCHMANN, *God, Free Will, and Morality. Prolegomena to a Theory of Radical Reasoning* (Dordrecht/Boston/Lancaster: D. Reidel, 1983), pp. 31 ss.; WEATHERFORD, *The Implications of Determinism* (como en nota 73), pp. 142 ss.; WATSON «Introduction» (como en nota 100), p. 3; CHISHOLM, «Human Freedom and the Self» (como en nota 32), p. 25.

146 Así, expresamente, VON WRIGHT —«Of Human Freedom» (como en nota 54), p. 9.

147 *Introducción al análisis filosófico* (como en nota 75), cit. p. 414. Similar VON WRIGHT, «Of Human Freedom» (como en nota 54), p. 2.

para justificar la responsabilidad. Si verdaderamente ésta depende de la posibilidad de actuar de manera distinta, la interpretación hipotética del poder defendida por los compatibilistas no sirve: el hecho hubiera sido distinto si el sujeto lo hubiese querido, pero no podía quererlo, por lo que el resultado final está tan definido en el bloque de hierro como aquel en el que directamente falta la propia libertad de acción.

El concepto de libertad que necesitamos es otro. Una libertad que sirva de base a la responsabilidad personal y que a la vez sea compatible con la estructura causal de la realidad no puede basarse en una capacidad de actuar de manera distinta, que es sencillamente contradictoria con esta estructura. Pero ¿es imaginable tal cosa? Los incompatibilistas creen que no. Piensan que sólo un concepto de libertad original, no causalmente condicionado por sus antecedentes externos permite fundar la responsabilidad subjetiva, pero ya hemos visto que ninguno de los intentos realizados ha podido ofrecer ni siquiera un atisbo de explicación científica de ese extraño fenómeno, sin relación aparente con ninguno de los otros hechos con los que está acostumbrada a tratar la ciencia, y además hay razones para pensar que tal explicación es imposible, que no hay vía intermedia entre el azar y la causalidad.

#### 4.º Negación de la libertad como base de la responsabilidad

Frente a ello no es extraño que algunos autores incompatibilistas hayan acogido con militancia<sup>148</sup> la otra alternativa del incompatibilismo que todavía no hemos examinado: la negación de la libertad y, consecuentemente, de la responsabilidad subjetiva entendida al modo tradicional, lo que en ocasiones se ha denominado *determinismo duro* por oposición al de los compatibilistas que sería un determinismo blando. Esta posición admite dos variantes, una extrema, que elimina por completo la idea de responsabilidad subjetiva o culpabilidad, y otra más limitada, que la mantiene pero con un fundamento ajeno a la libertad, como puede ser su utilidad desde un punto de vista preventivo. Es en Derecho penal donde más importancia han adquirido estas ideas, sobre todo la segunda.

La supresión de la culpabilidad como fundamento de la pena ha aparecido esporádicamente en la doctrina penal y filosófica. En la tradición continental suele citarse el caso de la Escuela Positiva italiana de principios de siglo, cuyos autores más significativos fueron Lombroso, Garófalo y Ferri. Sobre la base de una crítica frontal al libre albedrío, propusieron un Derecho penal puramente preventivo basado en la peligrosidad criminal del autor, en el que la responsabilidad personal desaparece en favor de una responsabilidad social. En la práctica ello suponía la desaparición o desnaturalización de la figura tradicional de la pena que pasaba a fundirse dentro de la categoría genérica de las medidas de seguridad<sup>149</sup>. En el mundo angloamericano

148 Como lo ha descrito plásticamente WEATHERFORD, para muchos autores que defienden esta posición, «si la libertad de voluntad es incompatible con el determinismo, tanto peor para la libertad» - *The Implications of Determinism* (como en nota 73), cit. p. 93.

149 Sobre la escuela positiva, v., entre otros, SÁINZ CANTERO, *La Ciencia del Derecho Penal y su*

una de las referencias habituales es la posición de Barbara Wooton, contraria al concepto de culpabilidad<sup>150</sup>. En España uno de los autores más significados en esta línea fue, sin duda, Dorado Montero<sup>151</sup>, muy influenciado por la Escuela Positiva italiana. Este autor pertenece a una tradición que no se puede decir que goce hoy de grandes simpatías, pero cuyos puntos de vista merecen atención porque enlazan con la idea de justicia en la distribución. Es la línea en la que destacan autores históricos tan sintomáticos como el barón Holbach<sup>152</sup> o Darrow<sup>153</sup>. Para todos ellos el delito no es la obra de una persona que, en uso de una libre capacidad de acción, opta por realizar el delito, sino el efecto determinado de circunstancias sociales y naturales que le abocan al crimen. El delincuente, como diría Dorado, es «un individuo débil, débil de cuerpo o de espíritu, o de ambas cosas, y por tal motivo necesitado de fortalecimiento y ayuda»<sup>154</sup>. Frente a actos de tales personas la mejor solución no es la represiva, sino la reforma social y el tratamiento del delincuente. «El juez severo, adusto y temible debe desaparecer, para dejar el puesto al médico cariñoso y entendido (y por entendido, precisamente indulgente: *tout comprendre c'est tout pardonner*), al médico, a la vez del cuerpo y del alma, cuya única preocupación consistirá en levantar al caído y ayudar al menesteroso»<sup>155</sup>.

Casi no hace falta insistir en la ingenuidad que entraña un planteamiento como el de Dorado. Pero merece la pena rescatar de su pensamiento y del de los demás autores próximos la idea de que no se puede cerrar los ojos a la evidencia empírica que conecta de manera constante una parte sustancial de la criminalidad a condiciones sociales de marginación, a abusos sufridos en la infancia, a la ausencia de un medio familiar y social donde poder crecer como persona. La visión del hombre libre y responsable que alimenta muchas de las tesis libertarias resulta no sólo científicamente falsa, sino que es además injusta porque olvida la relación entre delito y condiciones iniciales injustas en el reparto de los bienes, y no sólo patrimoniales, sino de salud, afecto, educación, etc. Ello enlaza con la posición de algunos defensores modernos del determinismo, que han destacado las ventajas de este planteamiento desde un punto de vista huma-

---

*evolución* (Barcelona: Bosch Barcelona, 1970 (reimpresión: Bosch, 1977, por la que se cita), pp. 78 ss.; Ross, *Colpa, responsabilidad e pena* (como en nota 2), pp. 205 ss., «The Campaign against Punishment» (como en nota 57), pp. 114 ss.; L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Libertad y responsabilidad penal» (como en nota 61), pp. 562 ss.

150 Sobre ello, Ross, *Colpa, responsabilidad e pena* (como en nota 2), pp. 211 ss., «The Campaign against Punishment» (como en nota 57), pp. 116 ss.; HART, *Punishment and Responsibility* (como en nota 1), pp. 178 ss. y esp. 193 ss.

151 V., por ejemplo, *Bases para un nuevo derecho penal* (Barcelona: Sucesores de Manuel Soler), pp. 74 ss. Sobre Dorado Montero, v. ONECA, *La utopía penal de Dorado Montero* (Salamanca: Universidad de Salamanca, 1951); CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General. I: Introducción*. 5.ª ed. (Madrid: Tecnos, 1996), pp. 95 ss. y la bibliografía allí citada.

152 Referencias en WEATHERFORD, *The Implications of Determinism* (como en nota 73), pp. 91 ss.

153 V. WEATHERFORD, *The Implications of Determinism* (como en nota 73), pp. 96 ss.

154 Bases para un nuevo derecho penal (como en nota 151), cit. p. 76.

155 *Bases para un nuevo derecho penal* (como en nota 151), cit. p. 79.

nístico<sup>156</sup>, frente a la habitual visión catastrófica que se ofrece de él desde posiciones libertarias. Creo que este aspecto del problema debe tener relevancia en el concepto de responsabilidad subjetiva que tratamos de encontrar. Un reproche sustentado sobre la genuina capacidad de actuar de manera distinta no puede mantenerse en sus mismos términos cuando ésta cae, arrastrada por la irrealidad de los planteamientos libertarios y la incapacidad de los compatibilistas para rellenar el hueco.

Pero los planteamientos deterministas fuertes (incompatibilistas) que estamos examinando no pueden ser tampoco la solución. Puede que haya algún error en nuestra visión del mundo -y creo que lo hay en la originación-, pero no puede ser todo un error. No parece que la solución al problema sea prescindir de la filosofía moral, que sería el último escalón de dicha vía. En alguna medida estas posiciones acaban traicionando sus propios presupuestos. Pese a tomar como punto de partida el escrupuloso respeto a la realidad y a lo que de ella nos dice la ciencia, acaban prescindiendo por completo de una parte esencial de dicha realidad. La capacidad de actuar de manera distinta puede ser una ilusión común entre las personas, pero un dato que no puede sortearse es el indudable hecho de que las relaciones interpersonales, toda la estructura social, e incluso las relaciones individuales de cada uno consigo mismo están cortadas a la medida de este sentimiento. El hombre se ve a sí mismo no como un mecanismo sino como un agente moral, capaz de responsabilidad. Suponer, entonces, que racionalmente deberíamos prescindir de aquello que nos define como seres racionales no parece una solución acertada. Ha sido sin duda Strawson quien mejor ha utilizado esta argumentación. En su opinión, no es posible ni razonable suprimir las actitudes reactivas inter o intrapersonales basadas en la percepción del otro o de uno mismo como ser responsable por actitudes neutras, objetivas, como las que adoptamos frente a desgracias naturales, a comportamientos de animales, o incluso ante hechos de personas inimputables. Quienes prescinden de las actitudes morales «sobreintelectualizan» sus posiciones cayendo en un «empirismo incompleto» o «utilitarismo tuerto»<sup>157</sup>.

Esta réplica puede aplicarse también a quienes defienden una versión menos radical acerca de la desaparición de la culpabilidad. En un artículo ya clásico, Gimbernat Ordeig ha defendido desde un planteamiento determinista la necesidad de desvincular por completo la culpabilidad de la capacidad de actuar de otro modo. En su opinión, ello no entraña suprimir las circunstancias subjetivas que hoy integran el juicio de culpabilidad, que podrían perfectamente mantenerse desde una óptica puramente

156 V., por ejemplo, WEATHERFORD, *The implications of Determinism* (como en nota 73), pp. 220 ss. y 236 ss. Destaca la relación entre estas tesis y los sentimientos de compasión por la víctima SIDNEY HOOK, «Necessity, Indeterminism, and Sentimentalism», en Bernard Berofsky (ed.), *Free Will and Determinism* (Nueva York/Londres: Harper & Row, 1966), pp. 48 ss.

157 *Freedom and Resentment* (como en nota 67), pp. 78 y s. Aunque la acusación de Strawson en este caso es contra los compatibilistas -que él denomina optimistas- que creen que puede prescindirse del concepto de originación sin consecuencias, puede aplicarse también contra los deterministas fuertes que llevan ese planteamiento al extremo prescindiendo de cualquier referencia a la libertad. Es en general contra todos quienes creen que puede prescindirse de la capacidad de actuar de modo distinto.

preventiva<sup>158</sup>. Esta observación es, en lo sustancial correcta, pero no deja de plantear algunas dudas para los casos límite. Ya vimos que la concurrencia de los elementos de la culpabilidad es un requisito esencial de la capacidad directiva de las normas de conducta, pero apelar sólo a la prevención parece dejar siempre una puerta abierta a medidas sancionadoras que sin duda son preventivamente eficaces, y sin embargo completamente injustificables. Por ejemplo, no sería del todo irracional amenazar con una sanción penal a una persona inocente para así conseguir amedrentar a un tercero que fuera, por ejemplo, familiar próximo de aquél. En este caso la pena no serviría para nada respecto del castigado, pero sí respecto del posible delincuente. Naturalmente podría contestarse que la responsabilidad penal es personal, que sólo puede aplicarse a quien ha cometido un delito, que debe siempre respetarse la dignidad de la persona, pero lo difícil es justificar estas afirmaciones sin acudir a algún tipo de argumentación moral, que también podría verse afectada por la posible verdad del determinismo<sup>159</sup>.

Pero incluso si llegásemos a la conclusión de que el determinismo no impide afirmar la dignidad ni otros valores morales, aunque sí dejaría fuera la posibilidad de actuar de manera distinta -y efectivamente creo que esto es posible- hay otra objeción contra los planteamientos preventivos que me parece difícil de sortear, y es que acaban cayendo en lo que más arriba denominé «dilema de Hold von Ferneck»<sup>160</sup>. Si admitimos, con Gimbernat, que los requisitos de la culpabilidad son exigibles porque en su ausencia no es posible la motivación normativa, entonces en un mundo determinado la comisión de un delito es la prueba incontrovertible de que concurre una causa de exclusión de la responsabilidad porque el sujeto no era en el caso concreto motivable. En un mundo determinado, el que es motivable en el caso concreto por la norma, se motiva, y si no lo hace es porque no es motivable. Claro está que si se aceptara esta conclusión el efecto preventivo de la pena desaparecería, y por eso resulta evidente que en estos casos no puede renunciarse al castigo, pero la objeción de fondo contra el planteamiento teórico subsiste: si lo decisivo es la motivación, ¿por qué se sanciona a quien cometió un delito siendo inmotivable? La respuesta sólo puede ser «para que sea motivable en el futuro», pero ello entraña la sustitución del principio de culpabilidad —sólo se responde por el hecho cometido culpablemente— por el principio de peligrosidad, que es precisamente lo que se trataba de evitar.

Un último argumento contra estas teorías, que ya ha sido suficientemente destacado, es que no ofrecen una justificación de la desequilibrada distribución de males que entraña la pena. Renuncian al libre albedrío, en el que se basaba la justificación por merecimiento, y no lo sustituyen por ningún otro criterio distributivo<sup>161</sup>.

158 «¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?» (como en nota 41), pp. 151 ss.

159 Ésta es una de las críticas que HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR esgrime contra el planteamiento de Gimbernat - «Libertad y responsabilidad penal» (como en nota 61), p. 567-.

160 *Supra* notas 63 y 64.

161 Muy claro en este sentido, NINO, *Los límites de la responsabilidad penal* (como en nota 35), pp. 363 y s.



### 3. Hacia una solución ecléctica

#### a) *Introducción*

Estamos ya en condiciones de plantear si es posible una concepción de la responsabilidad subjetiva que responda a los criterios arriba enunciados: que sea compatible con el estado actual de la ciencia, que pueda explicar la existencia cierta de actitudes morales y que a la vez permita justificar la imposición de medidas de responsabilidad jurídica. El punto de partida debe ser, entonces, situar la responsabilidad en el marco de la visión científica del mundo.

¿Cómo se presenta la acción humana desde una perspectiva científica? El análisis realizado muestra ante todo el fracaso de las teorías libertarias a la hora de encontrar un apoyo empírico a su concepto de libertad basada en una capacidad originaria —no causada a su vez— de elección. No se ha descubierto hasta ahora ni parece posible que exista un fenómeno indeterminista que pueda dar cuenta de la capacidad libre de actuar de manera distinta, y que no sea ni puramente azaroso ni externamente causado.

La alternativa es, entonces, la que hoy mayoritariamente ofrece la ciencia: un mundo con una altísima dosis de determinación —de sometimiento al principio causal—, y con ciertos fenómenos indeterministas azarosos que operan en el nivel subatómico y que son expresables mediante leyes estadísticas.

Esta visión de las cosas plantea el problema de la responsabilidad en toda su crudeza. Si el mundo está plenamente determinado, entonces es como lo describió Laplace, y nada pudo de ser de manera distinta a como fue. Y esta afirmación seguiría siendo válida aunque una figura como el demonio o dios de Laplace no sea empíricamente posible. Si, como hoy se acepta, hay un cierto grado de indeterminismo, ello sólo nos ahorra una parte de la visión más amenazante del determinismo, la imagen del bloque de hierro único cuyas infinitas manifestaciones a lo largo del tiempo estaban ya contenidas en el momento inicial del universo; pero no nos evita la otra imagen, que es la que verdaderamente nos preocupa: la de una acción humana plenamente determinada por sus antecedentes y sólo eventualmente modificada por la contingente presencia de un fenómeno cuántico, sobre el que el propio sujeto carece también de influencia.

Si aplicamos estas conclusiones a la pregunta de si cabe actuar de manera distinta, la respuesta sólo puede ser negativa. En un mundo plenamente sometido al principio causal *nada*, y tampoco la acción humana, pudo ser de manera distinta a como fue. Y en un mundo en el que se combinen transformaciones sometidas al principio causal y otras dependientes del azar, este último factor introduce la contingencia, por lo que algunas cosas en principio podrían ser distintas a como han sido, pero, por un lado, siempre dentro del estrechísimo marco que predice la física —determinismo prácticamente total en el nivel macroscópico debido a la regularidad estadística de los procesos indeterministas—, y por otro, y esto es decisivo, de manera puramente azarosa y no sobre la base de una decisión del agente que permita imputarle responsabilidad.

Si no me equivoco, estamos en el punto en el que ya muchos consideran que no hay nada que hacer. Que la responsabilidad que pueda construirse sobre estos presupuestos no es suficiente. Los autores compatibilistas no están de acuerdo, pero no siempre plantean las cosas de manera tan clara. Algunas soluciones resultan calculadamente ambiguas para por un lado aparecer como científicas —así que no niegan el determinismo o cuasideterminismo— pero por otro lado no cerrar por completo las puertas a la capacidad de actuar de modo distinto —así que usan un concepto de libertad de acción, independiente de la libertad de voluntad, en la que parece todavía apuntarse la existencia de alternativas—. Creo que esta actitud es incorrecta y no sirve más que para alentar posiciones metafísicas incontestables, como las que yacen bajo la mayor parte de las propuestas libertarias.

Aceptado este estado de cosas, resulta evidente que tenemos una percepción de nuestras acciones que no es exactamente la descrita. Es cierto que tampoco nos engañamos ingenuamente [en toda sociedad y época —en algunas culturas más que en otras— se encuentran referencias a la idea de que las cosas son de la única forma que podían ser<sup>162</sup>], pero con carácter general percibimos que ciertas opciones están abiertas, que podemos hacer X o Y, y el determinismo parece decirnos que no, que todo está escrito de antemano. Algunos autores deterministas, como Hospers, han mostrado que la creencia en el determinismo no supone caer en el fatalismo<sup>163</sup>, y, como veremos, es cierto si se interpreta adecuadamente, pero hay que reconocer que en una primera aproximación parece favorecer esa actitud vital<sup>164</sup>.

¿Cómo podemos compaginar la estructura causal de nuestros actos que nos sugiere la ciencia con la percepción interna de libertad que está en la base de nuestras actitudes morales? Creo que hay al menos dos maneras: la primera sería considerar que, como en tantas otras cosas, nuestra percepción es errónea, lo que plantea el problema de qué actitud deberíamos tomar entonces, en cuanto seres racionales, una vez descubierto el error; la segunda consistiría en desarrollar una teoría empírica de la libertad. Esta segunda me parece la perspectiva más fructífera, y es la que trataré de esbozar una vez descartada la primera.

### *b) ¿Es la libertad un error de percepción?*

Si la percepción que tenemos de nuestras acciones es que pueden operar como genuinas causas originales, completamente independientes (al menos en un cierto margen) de antecedentes causales, entonces es cierto que incurrimos en un error, porque lo que nos dice la ciencia es que la realidad no es así. ¿Cabría entonces pensar en una modificación de nuestras actitudes una vez conocida la falsedad de las creencias?

162 Actitud que suele asociarse al fatalismo, a su vez conectado al determinismo lógico.

163 *Introducción al análisis filosófico* (como en nota 74), pp. 402 ss.

164 S. Hook llega a plantear si es concebible un determinista que no sea a la vez fatalista - «Necessity, Indeterminism, and Sentimentalism» (como en nota 156), p. 50.

Aun cuando ésta fuera efectivamente nuestra percepción de libertad, la conclusión no tendría por qué ser la renuncia a ella por su incompatibilidad con la ciencia. En primer lugar, es posible que esta renuncia sea imposible. La percepción de libertad es seguramente tan antigua como el pensamiento consciente, y tan arraigada en nuestra forma de ser que muy probablemente ningún argumento racional pueda sobreponerse a su impronta natural<sup>165</sup>. Pero, como ha indicado Strawson, esta objeción basada en lo que probablemente ocurra no evita preguntarse por la actitud racional a tomar frente a ello. El propio autor responde, sin embargo, que difícilmente puede estimarse racional en el marco de nuestra concepción de la vida prescindir de las relaciones interpersonales que son parte esencial de dicho marco<sup>166</sup>. Creo, sin embargo, que esta salida sólo sería correcta desde el punto de vista de la racionalidad si pudiera demostrarse que efectivamente se trata de un error fructífero, y la cuestión es discutible.

Normalmente tener un mejor conocimiento de la realidad es una ventaja más que un inconveniente -en eso se basa el avance científico-, pero cabe pensar en situaciones en las que la ignorancia de un hecho amenazante pueda favorecer ciertas actitudes positivas que no se darían si el sujeto fuera consciente de la realidad. Casos como ocultar su enfermedad a un enfermo terminal están en la mente de todos. Creo, sin embargo, que éste no puede ser el caso en la libertad. En primer lugar, ya resultaría difícil decidir qué plan seguir para promover la ceguera colectiva en torno a esta cuestión y justificarla «moralmente». El mismo planteamiento de la cuestión muestra lo irreal de la hipótesis. Pero es que, además, el progresivo avance de la ciencia, y la reafirmación del principio causal que ello implica, haría inútil cualquier esfuerzo en esa línea. De hecho, de cuando Strawson escribió su artículo al momento actual se han sucedido espectaculares avances en el conocimiento del cerebro, en el desarrollo de programas de inteligencia artificial y en la decodificación de las bases genéticas de nuestra existencia, y es de esperar que haya más.

Pero, con todo, esto serían cuestiones secundarias. El principal argumento contra una eventual política de venda en los ojos es de orden ético y jurídico. La afirmación de la libertad originaria del hombre no sólo tiene efectos positivos, sino también negativos. Tomando como base esa libertad se exige responsabilidad jurídica a quien ha cometido un hecho ilícito. Si resultara falso el presupuesto, sería Inmoral imponer la consecuencia. La responsabilidad jurídica quedaría desprovista del criterio legitimador que permite una imposición tan desequilibrada de males<sup>167</sup>.

Creo, sin embargo, que las objeciones pueden sortearse admitiendo que el concepto de libertad que sentimos real no es necesariamente el de una originación incondicionada y no entraña un error, o al menos no del tipo que deba preocuparnos.

165 En este sentido, muy claramente, STRAWSON, *Freedom and Resentment* (como en nota 67), p. 68; WEATHERFORD, *The Implications of Determinism* (como en nota 73), p. 89.

166 *Freedom and Resentment*, p. 70.

167 En este sentido, SADURSKI, *Giving Desert Its Due* (como en nota 45), p. 133.

### c) *Una teoría empírica de la libertad*

No se trata aquí, como es lógico, de desarrollar una teoría ni siquiera parcial de los presupuestos psico-físicos que permitirían explicar la libertad desde un punto de vista científico<sup>168</sup>. No sólo desbordaría con mucho el alcance de este trabajo y de mis conocimientos, sino que ni siquiera existe todavía algo que pudiera considerarse como una teoría global del pensamiento consciente y de la libertad. Existen aportaciones parciales de diversas ciencias, pero todavía hoy sufrimos importantes lagunas a la hora de explicar cómo funciona el cerebro, en el que reside nuestro pensamiento consciente. Admito, sin embargo, que pese a estas lagunas, es correcto el postulado central empirista de que nuestro pensamiento consciente y todo lo que lleva aparejado (incluida la percepción de libertad) son el resultado de la actividad físico-química de un cerebro que interactúa con el mundo y de nada más. No hay, por tanto, una dualidad cartesiana mente-cuerpo. Admito también que se trata de fenómenos cuya aparición es explicable de acuerdo con los postulados básicos de la teoría de la evolución. Esta ubicación de lo mental en lo físico permite situar la actividad del hombre de forma plena en el marco de la ciencia, sin necesidad de acudir a instancias metafísicas que marquen una barrera en torno a nuestra especie, tentación que siempre está presente en esta materia.

Con estos presupuestos, mi propósito ahora es mucho más limitado. Se trata sólo de situar el problema de la aparente incompatibilidad entre estructura del mundo y libertad en un marco que nos permita justificar o descartar la responsabilidad personal, lo que resulta imprescindible a su vez para legitimar la imposición de consecuencias lesivas. En esta línea, creo que un enfoque fructífero para empezar puede ser la distinción entre dos posibles *perspectivas* que cabe adoptar frente al mundo circundante en el que rige (de manera completa o parcial) el principio causal: una es la perspectiva externa de quien contempla el mundo desde fuera, sin intervenir en él; otra es la perspectiva de un sujeto que interviene activamente en el mundo, que es parte causal del mismo.

Intentaré defender tres ideas: *a)* en primer lugar, que nuestra percepción de libertad es una consecuencia necesaria de la perspectiva interna, esto es, es la posición que adoptaría un ser consciente y activo dentro de un sistema causal (y, por tanto, la *sensación* de libertad es plenamente conciliable con una estructura regida por el principio causal); *b)* en segundo lugar, que esta perspectiva no es, al menos en uno de los enfoques posibles, errónea (lo que contradice un postulado central del fatalismo), y a la vez resulta extraordinariamente fructífera para crear sociedades complejas, siendo una muestra refinada de adaptación al medio; *c)* por último, que tomando como base dicha libertad se puede justificar una responsabilidad subjetiva no tan amplia como querrían los libertarios, pero sí suficiente para legitimar la responsabilidad jurídica siempre que se introduzcan ciertos criterios correctores.

168 Sobre ello, por ejemplo, HONDERICH, *¿Hasta qué punto somos libres?* (como en nota 56), especialmente caps. 3 a 5; JOHNSON-LAIRD, P. N., *El ordenador y la mente* (Barcelona: Paidós 2000; traducción de Alfonso Medina y revisión de J. A. García Madruga del original en inglés, *The Computer and the Mind: An Introduction to Cognitive Science*, Londres: Fontana Press, 1993), pp. 333 ss.

## 1.º Libertad y perspectiva interna

En un momento anterior de este trabajo quedó apuntada la relación paradójica que se da entre determinismo y causalidad. El carácter paradójico procede de que precisamente la vinculación causal, conforme a leyes, entre acontecimientos es la característica que define un sistema determinado, pero a la vez en tal sistema todo está intrínsecamente relacionado con todo lo demás —de aquí el símil del bloque de hierro— por lo que la distinción entre causas y efectos parece resultar caprichosa.

La paradoja se resuelve pasando de la perspectiva externa de quien contempla idealmente desde fuera un sistema determinado, a la interna de quien se encuentra inmerso en él y sometido a la dimensión temporal<sup>169</sup>. Cuando el mundo determinado se examina desde dentro del propio sistema [en sentido estricto, ésta es la única posibilidad real<sup>170</sup>]

169 Hay otro factor que puede favorecer la paradójica relación entre causalidad y determinismo, que es el doble significado del término causalidad en su evolución histórica. Aunque hoy predomina un concepto de causalidad ligado a la conexión entre acontecimientos conforme a leyes naturales, en el que cuenta como causa de un hecho el conjunto de todas sus condiciones previas, lo cierto es que originalmente el término se utilizó para designar sólo las condiciones originarias, en las que no cabe remontarse a un momento anterior. Como tales condiciones originarias son incompatibles con un modelo determinista, que responde a la estructura de un bloque macizo, la paradoja está servida. Sobre este concepto de causalidad y su vinculación con la responsabilidad subjetiva véase, por ejemplo, JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs* (como en nota 30), pp. 16 ss. y 30 ss. Sumamente interesante sigue siendo el clásico trabajo de KELSEN «La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución», en *La idea del derecho natural y otros ensayos* (México: Editora Nacional, 1979), pp. 53-112.

170 Por definición, un sistema plenamente determinado es aquel que no puede ser modificado, y ello entraña que nada externo puede tener influencia alguna sobre él, ya que, en caso contrario, si el elemento «externo» estuviera a su vez completamente determinado, dejaría de ser externo para integrarse en el propio sistema como uno más de sus elementos, y si no lo estuviera —y ésta parece ser la situación de la «inteligencia» de Laplace—, entonces puede suceder que tenga capacidad de intervención en el sistema, o que sea un mero observador. En el primer caso automáticamente dejaría de existir un sistema determinado, en la medida en que la posible, pero no necesaria, intervención externa convierte el sistema en contingente (tendríamos entonces un sistema parcialmente indeterminado); en el segundo caso un hipotético observador sin capacidad de intervención, y por ello ajeno al sistema, plantea a su vez dos tipos de problemas: su naturaleza y la naturaleza de sus conocimientos sobre el sistema. En cuanto a lo primero, tal sujeto externo sólo podría ser un ente metafísico, lo que inmediatamente le aleja de nuestro interés empírico. Cualquier sujeto (físico) que pueda observar un sistema físico es a la vez parte de dicho sistema, en la medida en que la observación entraña transferencia de energía y ésta constituye un elemento esencial en la definición de pertenencia a un sistema. Desde el punto de vista físico, un sistema estrictamente determinado constituye, por definición, un mundo independiente, sin conexiones con otros eventuales sistemas o mundos, por lo que la «inteligencia» de Laplace sólo podría ser, como acertadamente se la ha caracterizado, un dios o un demonio en el sentido metafísico de ambos términos. Lo mismo sucede con la naturaleza del conocimiento de dicho ser: sólo puede consistir en algún tipo de conocimiento metafísico que no entrañe alteración del sistema «observado». Por ello, debe ser un conocimiento *a priori*

por un observador interno que además tiene capacidad de influir en la realidad<sup>171</sup> y que tiene una dimensión temporal, la expresión en términos de causalidad vuelve a adquirir sentido para él. La observación de regularidades en el suceder de los acontecimientos le permite inducir leyes causales que pueden proyectarse sobre acontecimientos venideros y así sirven para predecir el futuro con un cierto grado de probabilidad, lo que a su vez condiciona el propio comportamiento del espectador<sup>172</sup>. Lo que desde una perspectiva externa, atemporal, es un bloque cerrado de materia que cambia de forma, en el que se pueden individualizar sucesos, pero siempre conectados indefectiblemente con el resto de fenómenos, examinado en una dimensión temporal son hechos que condicionan la existencia posterior de otros hechos, y cuya manipulación por el agente interno *conforma* la realidad. Ello no quiere decir que la actuación del sujeto no sea a su vez un efecto de anteriores causas. De hecho, la perspectiva externa muestra que, piense lo que piense el autor, en un sistema causal esto es siempre así, al menos para la parte de la realidad sometida a dicho principio. Pero a la vez es cierto que él se convierte en eslabón causal de la cadena y ello provoca efectos cuando entra en acción la conciencia. Igual que la causalidad sólo adquiere sentido desde una perspectiva interna, lo mismo pasa con la libertad o el deber.

Como estamos interesados en el análisis de la elección responsable, podemos tomar como punto de partida una situación hipotética en la que haya una alternativa entre dos acontecimientos X o Y, ambos lógicamente posibles, en un mundo regido por el principio causal y que va adquiriendo niveles crecientes de complejidad. Creo que podrían distinguirse al menos cuatro niveles, y en cada uno es preciso examinar las perspectivas externa e interna.

- Un primer nivel sería el de una realidad compuesta por materia inanimada que además ni siquiera puede singularizarse como entes independientes. En este nivel sólo operan factores causales externos que provocan el resultado X o Y de manera necesaria (o bien azarosa si el proceso está sometido a indeterminación cuántica). Para un observador externo la predicción es posible a partir del conocimiento de las condiciones iniciales y de las leyes causales de transformación. Perspectiva interna no existe, como es obvio.
- Un segundo nivel aparecería con la presencia de seres independientes, animados o no, que interaccionan con el ambiente y a la vez responden a sus propios estímulos o mecanismos internos. En este caso la situación es muy

---

y no obtenido a partir de la observación o experimentación sobre el sistema.

171 En sentido estricto esto es una redundancia ya que, como vimos en la nota anterior, no es físicamente posible un mero observador no participante, ni externo ni interno. Lo que sí es posible -en realidad es lo habitual- es un espectador interno con capacidad limitada de acción, esto es, que pueda interferir en menos acontecimientos de los que pueda percibir.

172 Y este proceso no tiene por qué ser consciente. También los animales aprenden del pasado por ensayo y error y modifican su comportamiento en virtud de lo aprendido. Esta capacidad de extraer regularidades al observar la realidad, impuesta por la evolución, ha resultado decisiva para el desarrollo y supervivencia de los seres vivos más complejos.

similar a la anterior. La única diferencia relevante es que entra en juego una dimensión interna que de alguna manera define al propio ser, y que se suma al resto de factores ambientales. El observador externo necesita conocer ambos grupos de factores para poder hacer una predicción causal fiable, y ello puede volverse más complicado según aumente la complejidad del organismo actuante, pero en principio es algo posible. Tampoco aquí hay observadores internos.

- Un tercer nivel se corresponde con la presencia de seres conscientes, una parte de cuyas actividades son acciones explicables en términos de razones. En este caso son ya tres los factores a tener en cuenta para cualquier predicción: los ambientales ajenos al sujeto, los internos de éste pero no conscientes, y por último los internos conscientes que además ejercen el control último en ciertas actividades. En este nivel surge por primera vez la perspectiva interna, el yo. El mismo sujeto que opera causalmente goza de conciencia para percibir su propia actividad. Pero por ahora es una intervención limitada en su alcance, que no abarca la reflexión del sujeto sobre su propio proceso decisorio. Sin embargo, ya en este nivel puede darse una primera explicación a la habitual percepción de libertad que sentimos. Esta percepción es el resultado de la combinación de dos factores: por un lado la conciencia, y por otro la capacidad de intervención física sobre la realidad a impulso de factores internos al sujeto (propósitos, intenciones, deseos, etc.) de antecedente causal no explícito. Si el sujeto no es capaz de ver los antecedentes causales de sus motivaciones internas se sentirá libre, pero su hecho no dejará por ello de estar externamente condicionado.

Para un espectador externo, predecir la elección se vuelve más difícil, porque tiene que barajar más factores, pero en principio no es imposible. Además de la situación externa y la interna no consciente, deberá conocer todas las motivaciones internas conscientes del autor -todas sus posibles razones para la acción- y el orden de preferencia que resuelve los posibles conflictos. La existencia de razones dominantes para X o Y inclinará la balanza en uno u otro sentido.

- El cuarto nivel surge cuando el sujeto elabora conscientemente su elección con autoreferencia a la propia elección. Igual que el sujeto adquiere conciencia de sus deseos o intereses internos y reflexiona sobre ellos, puede a su vez reflexionar sobre la propia elección. Se produce entonces un efecto de retroalimentación en la deliberación que puede llevar a provocar un bucle, paralizando la toma de decisión del autor. Ello se debe a que el centro nervioso que controla la resolución última que precede a la activación motora, y que procesa las diferentes razones que afectan al sujeto —impulsos primarios, deseos, intereses, valores—, puede referirse a su propia decisión, convirtiéndola en una razón (de segundo nivel) más para actuar. La confluencia de esta nueva razón de segundo grado con las precedentes provoca una nueva decisión que a su vez puede de nuevo reintegrarse como razón de tercer orden, etc. Este bucle, que generaría la incapacidad de decisión del autor, puede ser cortado mediante el recurso a un auxilio externo —tirar una moneda, por ejemplo— o mediante un procedimiento interno

que ponga fin a la retroalimentación —un limitador de ciclos, o incluso un dispositivo aleatorio interno—, y que a su vez no pueda ser conocido por la conciencia porque en ese caso se reintegraría también en el proceso de decisión.

En este nivel la perspectiva interna adquiere complicaciones añadidas. Por ejemplo, ¿podría el sujeto predecir su propio comportamiento? Atendiendo al proceso de retroalimentación examinado parece que es imposible, ya que cualquier predicción sobre la acción a tomar crea automáticamente las condiciones para cambiarla. Si no me equivoco, ello crea de manera natural la percepción de libertad, de no estar necesariamente sujeto. Y es importante destacar que desde la perspectiva interna del autor, y a diferencia de lo que sucedía en el caso anterior<sup>173</sup>, aquí *no* se trata de un error en la percepción acerca de la propia capacidad de acción, sino que para él la elección no puede estar determinada. La conciencia introduce un elemento causal de segundo orden —la reflexión sobre el propio proceso de decisión—, y con ello una elección externamente necesaria se convierte en internamente contingente. Cuando se combina la situación de indeterminación descrita en el nivel anterior con la de éste se produce en toda su extensión el fenómeno de la percepción de libertad, como *perspectiva interna de sus actos que tiene el ser consciente que actúa a impulso de factores internos de antecedente causal no explícito y que a la vez reflexiona sobre su elección*.

¿Qué sucede en este último caso con la perspectiva externa?; ¿puede predecirse la actuación del sujeto? Si estamos en un mundo determinado, sea cual sea la perspectiva interna, el hecho es teóricamente predecible. Pero en este caso el espectador externo deberá conocer no sólo los factores ambientales y los internos conscientes o inconscientes del autor, sino también el sistema de corte del bucle que permite la acción. Naturalmente si éste consistiera en un mecanismo activado por procesos físicos indeterministas la predicción sería imposible.

El contraste entre las perspectivas interna y externa puede ser esclarecedor para distintos problemas<sup>174</sup>, y especialmente para las dos cuestiones que nos quedan por ver:

173 En realidad el caso tercero es más una hipótesis de trabajo que un caso real ya que la conciencia sobre la elección no es algo añadido y posterior a la conciencia sobre otras razones internas, sino que va unida directamente a ellas.

174 Entre otras cosas creo que podría servir para plantear adecuadamente la conocida «paradoja de Newcombe». MACKIE la resume de la siguiente manera: «Estás jugando un juego con un Ser que parece tener poderes predictivos extraordinarios. Delante de ti hay dos cajas en una de las cuales puedes ver 1.000 \$. La otra está cerrada y no puedes ver lo que contiene pero sabes que el Ser ha puesto un millón de dólares en ella si ha predicho que tú tomarás esa caja sólo, y no ha puesto nada si ha predicho que tomarás las dos cajas; puedes tomar tanto las dos cajas como sólo la cerrada. Hasta la fecha el Ser ha predicho correctamente la elección de todos los que han jugado con él. ¿Qué deberías hacer?» - «Newcomb's Paradox and the Direction of Causation», *Selected Papers, V. I, Logic and Knowledge* (Oxford: Clarendon Press, 1985)-. La paradoja refleja una situación en la que en la deliberación interna de un sujeto intervienen factores relativos a los objetos elegibles, a su propia elección, y además a la predicción causal que un ser supuestamente omnisciente adoptaría desde la perspectiva externa. El sujeto elector, que es consciente de las dos perspectivas, y por tanto sabe que él



por un lado el papel que ha cumplido la percepción de libertad en nuestro desarrollo como personas y la eventual amenaza que supondría la creencia en el determinismo; por otro la justificación de la responsabilidad subjetiva.

## 2.º Libertad, determinismo y fatalismo

La percepción de libertad que surge de manera inevitable de la perspectiva interna, de la conciencia, ha jugado un papel esencial en el desarrollo de la moralidad, que a su vez puede considerarse como un instrumento sofisticado de adaptación al medio<sup>175</sup>. Permite una más que adecuada combinación de individuo y sociedad. No es tan eficiente para crear lazos sociales como el instinto férreo que se da por ejemplo en los hormigueros, pero a cambio permite aprovechar las ventajas de la iniciativa egoísta. Pero si el pensamiento moral depende en buena medida de que nos veamos como agentes libres, capaces de elegir entre alternativas, cabe preguntarse en qué medida la creencia en el determinismo puede alterar esta percepción.

El problema filosófico del determinismo no surge con el determinismo -si el mundo está determinado también lo ha estado hasta ahora y ha surgido la sensación de libertad-, ni siquiera con la conciencia, con la perspectiva interna, sino cuando ésta percibe y asume racionalmente la perspectiva externa. Este conocimiento puede convertirse en un nuevo factor de determinación —de tercer nivel— que actúe sobre el proceso de decisión del autor. Pero, de haber alguno, sus efectos perjudiciales sólo pueden ser menores, por dos razones. En primer lugar, porque el proceso interno garantiza que la determinación nunca pueda ser internamente sentida por el sujeto, sino a lo sumo intelectualmente asumida, y ello tiene en general una fuerza mucho menor que la del sentimiento. En segundo lugar, porque incluso entre quienes pudieran sentirse obligados a seguir sus percepciones intelectuales firmemente creídas, la comprensión razonada de la perspectiva externa no aboca de ninguna manera al fatalismo; no extrae al sujeto del mundo causal convirtiéndolo en mero espectador pasivo, sino que le sigue concediendo un papel activo esencial. El único efecto que efectivamente podría producirse en caso de una sobreintelectualización del problema, es la relativización del yo como ente original. Pero, aunque la perspectiva externa pone de relieve que realmente no existe un yo originario no causado, tampoco este hecho debería tener gran trascendencia en la actitud del sujeto. Actuando racionalmente, cualquier persona debería asumir que, al menos en su manifestación más profunda, el yo no es algo añadido a él, sino que *es* él; es lo que le define como persona. Podemos lamentar la mala suerte que nos ha tocado en el reparto de dones o atributos que consideramos sustituibles sin que dejemos de

---

no puede genuinamente predecir su hecho, pero sí lo puede hacer el ser con alta capacidad predictiva (salvo que la rotura del bucle que permite finalmente adoptar una decisión opere mediante un mecanismo intrínsecamente indeterminado), debería tomar la caja que contiene el millón de dólares porque en caso contrario efectivamente lo perdería todo.

175 Como ha afirmado Ross, «son las fuerzas morales las que cementan la sociedad», *Colpa, responsabilidad e pena* (como en nota 2), cit. p. 147.

ser quienes somos, pero es imposible cuestionar el yo profundo. De hecho, quien se manifiesta disconforme con su manera de ser está indicando que hay otra más profunda —precisamente desde la que surge el lamento— que a su vez no puede ser cuestionada. Creo que este dato es importante para abordar el último punto: la justificación de la responsabilidad subjetiva.

### 3.º Libertad y responsabilidad subjetiva

En la primera parte de este trabajo concluimos que hay dos criterios principales para justificar la responsabilidad jurídica desde la perspectiva de una justa distribución de cargas: el merecimiento y la equidad. El primero de ellos es el que se vincula a la responsabilidad subjetiva o culpabilidad, que a su vez se fundamenta generalmente en la libertad del sujeto actuante, entendida como capacidad de actuar de manera distinta. Y es esta libertad la que es puesta en entredicho por el reconocimiento de que también las acciones humanas quedan sometidas al principio causal. Las tres vías que se han seguido para dar respuesta a este problema no resultan satisfactorias por distintos motivos, que pueden ahora revisarse a la luz de la distinción realizada entre perspectiva externa e interna.

El problema de las teorías incompatibilistas, tanto las libertarias como las deterministas fuertes, es que dan excesiva importancia a la perspectiva externa, aunque lo hacen por razones opuestas. Las libertarias, porque creen que sólo si la imagen del mundo que arroja la perspectiva externa es falsa puede seguir manteniéndose un concepto de libertad como el que se necesita para la responsabilidad subjetiva, y ello les lleva a abandonar la perspectiva científica sustituyéndola por una no explicada causalidad originaria sin referente empírico conocido y ni siquiera imaginable. Las deterministas fuertes, porque simplemente desdennan la perspectiva interna y se quedan sólo con el bloque de hierro. La imagen de la persona y de las relaciones interpersonales que ofrecen es, no sólo irreconocible para el pensamiento consciente, sino a la vez inadecuadamente restrictiva desde la propia perspectiva científica que supuestamente tratan de preservar. La perspectiva interna quedaría irremediabilmente mutilada si se interpretara como una mera percepción errónea de la realidad, que debe ser combatida mediante la asunción racional de la perspectiva externa apoyada por la ciencia. Como he tratado de mostrar, se trata más bien de una consecuencia inevitable del pensamiento consciente autorreflexivo, que no puede ser sustituida por una visión objetivo-externa que no es la del sujeto.

En cuanto a las teorías, abundantes en la teoría jurídica, que pretenden sustituir la libertad por una presunción normativa fuerte de libertad, o bien son contradictorias, o bien merecen la misma crítica que las libertarias. La única diferencia reseñable es que si éstas se mantienen, al menos formalmente, en el plano de la realidad, aunque luego postulan una imagen del mundo inconciliable con lo que nos dice la ciencia, las normativas, amparándose en la no por extendida menos extraña opinión de que si el legislador presume algo consigue traer al mundo sus efectos incluso en ausencia de la cosa, sustituyen la verificación empírica de una libertad que consideran esencial por su presunción al margen de si verdaderamente existe. Con ello, o bien postulan sin hacerlo

expreso una visión del mundo como la de los libertarios, en la que la libertad contra-causal de éstos se sustituye por una libertad generada normativamente, con lo que se hacen acreedores a sus mismas objeciones, o bien admiten, una vez más de forma tácita, que la libertad no es importante, incurriendo en contradicción con lo que proclaman.

Las teorías compatibilistas siguen una vía más adecuada. Al vincular la responsabilidad a la libertad de acción —a la libertad del sujeto para seguir su propias razones—, y no a la más amplia libertad de voluntad —a la libertad de elegir sus razones últimas—, se sitúan en la perspectiva interna. Su inconveniente principal es el contrario que las incompatibilistas: su olvido de las implicaciones que se derivan de la perspectiva externa, a lo que normalmente llegan ocultando su verdadero significado -afirmando incorrectamente que un mundo estrictamente determinado es compatible con la posibilidad de actuar de manera distinta-, y extendiendo en consecuencia el alcance de lo que permite justificar la perspectiva interna.

Creo que una solución equilibrada sólo puede alcanzarse teniendo en cuenta *ambas perspectivas*. Y ello requiere primeramente reconocer lo que hay de correcto en cada una de las posiciones encontradas: en particular, que la imagen de la realidad que ofrece la ciencia es incompatible con una libertad como la que quieren los libertarios, con la genuina capacidad de actuar de manera distinta; pero que a la vez la libertad restringida que se encuentra presente en la perspectiva interna, y que es compatible con la vigencia del principio causal, no permite una asignación de responsabilidad como la que permitiría aquélla.

Si la libertad se entiende como la genuina capacidad del agente de obrar de modo distinto a como lo hizo, de originar hechos sin antecedente causal, entonces tal libertad simplemente no existe. La extensión del principio causal a las acciones humanas muestra que las razones internas que se encuentran tras ellas no pueden surgir *ex nihilo* del propio agente, sino que encuentran su causa en antecedentes sobre los que el autor no tiene ningún control. De hecho, si no existieran procesos indeterministas azarosos como los que hoy postula la ciencia, la imagen del mundo que percibiría un hipotético espectador externo omnisciente, como el Ser de Laplace, sería la del bloque de hierro de James. La presencia de estos procesos altera el modelo externo, pero no en un sentido que pueda ayudar a encontrar un fundamento razonable a la libertad. Seguiríamos teniendo un mundo sometido en su mayor parte al principio causal, aunque a la vez abierto a posibles modificaciones como efecto de las relaciones de incertidumbre. En todo caso, la enorme regularidad causal que se percibe al observar el mundo desde la ciencia hace pensar que este factor tiene una importancia menor. Pero es que, además, tenga la que tenga desde la perspectiva física, no tiene ninguna como base de un posible apoyo a la libertad, que si resulta difícil de conciliar con el determinismo, es imposible con el azar. De las tesis libertarias sólo resulta correcta su afirmación de incompatibilismo entre la capacidad de actuar de modo distinto y el determinismo. Desde una perspectiva externa tienen toda la razón. Pero la alternativa que proponen no se basa en nada que sea científicamente verificable o siquiera imaginable, con lo que prácticamente el único apoyo de su tesis es que como no queremos prescindir de la libertad, la ciencia debe equivocarse. Ello las condena necesariamente al mundo de las afirmaciones metafísicas incontrastables.

Si, por el contrario, se restringen los requisitos de la libertad, situándola en el campo más limitado de la elección voluntaria —no sometida a razones externas— y consciente —autorreflexiva— de personas inmersas en el seno de un sistema causal que por evolución ha llegado a dicho grado de complejidad, entonces ello no sólo resulta compatible con la vigencia del principio causal, sino que requiere su existencia. Pero, a la vez, el alcance de los juicios de responsabilidad basados en una libertad restringida es también restringido. Con ello llegamos al corazón del problema de la responsabilidad.

La constante vinculación histórica entre imputación/responsabilidad y causa libre, o la insistencia de los autores libertarios, continuadores de aquella tradición, en detener la búsqueda de causas en un autor original, responden a una misma preocupación: encontrar un *punto de corte* en los antecedentes causales del hecho que impida remontar su originación hasta el infinito, como parece inevitable en un sistema determinado. Ya vimos que incluso la propia idea de causalidad se ve amenazada por la de identidad, por el bloque de hierro. Sólo la percepción *temporal* de alguien inmerso en tal sistema hace brotar la idea de causalidad, que se convierte así en un fenómeno interno, ajeno a la perspectiva de un espectador omnisciente. Pero el reconocimiento de la dimensión temporal no es suficiente para la responsabilidad. ¿Dónde y con qué criterios rompemos la cadena causal para imputar un hecho a uno de sus antecedentes y no a su vez a los que preceden causalmente a éste? La solución sería la causa libre, originaria, la genuina capacidad de actuar de manera distinta, pero tal cosa no existe. Si nos conformamos con menos, con una causa voluntaria, libre sólo en la forma restringida que hemos examinado, surge con toda su fuerza el argumento esgrimido insistentemente contra los compatibilistas, ¿por qué detenernos aquí?; ¿por qué no tomar en consideración que las razones del sujeto para actuar son a su vez el efecto de hechos anteriores ajenos a su control?; ¿qué es la libertad de acción sin libertad de elección?

La respuesta a estas cuestiones, que además permite dar un fundamento racional a la responsabilidad subjetiva preservando sus rasgos esenciales, se encuentra cuando las enfocamos desde la perspectiva interna, y más concretamente desde la idea de persona, desde el yo, que tiene allí su acomodo. Cuando actuamos, cuando sentimos, cuando hablamos, incluso cuando reflexionamos sobre el determinismo (y, por ello, sobre la perspectiva externa del mundo) lo hacemos necesariamente desde nuestra condición de personas, desde el yo. Aunque frente a ciertas características de nuestra personalidad (como podrían ser las físicas exteriores, pero también muchas psíquicas internas incluidas una buena parte de las razones para la acción que manejamos) podemos adoptar la actitud crítica del espectador externo, hay otras, que configuran la estructura básica de la personalidad, en las que esta visión es imposible. Podemos intelectualmente asumir que todas las razones internas que manejamos en la deliberación que precede a la acción son a su vez externamente causadas —esto es precisamente lo que hace quien acepta un planteamiento determinista—, pero algunas de esas razones no son meros añadidos a nuestra personalidad, *son nuestra personalidad*. Este dato resulta crucial.

Si tratamos de asuntos relativos a personas, y la responsabilidad se mueve desde luego en esta órbita, el punto de partida no puede ser otro que la persona. Ahora bien, la perspectiva externa, aun siendo cierta como visión del mundo, no es la de la persona.

De hecho en ella se diluye la personalidad transformándose en un segmento más de la cadena causal, tan determinado (o azarosamente indeterminado) como los demás segmentos en que podamos arbitrariamente dividirla. Para el yo consciente ese segmento no es uno más como cualquier otro, es él mismo, el punto de partida y de llegada de todo lo demás. Pero entonces todo aquello que emana del yo, todas sus razones más íntimas, no puede ser reinterpretado internamente como mero efecto causal de hechos anteriores sin que la propia personalidad desaparezca. En otros términos, el respeto a la personalidad, que es un elemento esencial de la responsabilidad moral, obliga a detener la indagación causal precisamente en el punto en el que quedaría cuestionada la propia personalidad.

Con ello hemos alcanzado un punto de corte de los antecedentes causales como el que estábamos buscando. Este punto no marca la originación del hecho en términos absolutos, ya que tal cosa no existe en un mundo causal, pero sí marca el punto de arranque del hecho como emanación de la personalidad, que es lo único que verdaderamente debe importarnos. Cuando consideramos a alguien subjetivamente responsable de un hecho consciente y voluntario que surge de su yo, estamos haciendo algo más que vincularlo causalmente con el hecho, estamos reafirmando como persona. Al imputarle el hecho a él y no a antecedentes causales que se remontan más allá de él le *reconocemos su condición personal*. Cada acto de imputación es una pieza de construcción del edificio de la personalidad. Sean cuales sean los perjuicios que se asocien al hecho imputado, de ello el autor obtiene siempre el beneficio de la afirmación de su propio yo, lo que permite justificar una distribución inicialmente desequilibrada.

La idea expuesta, convenientemente desarrollada, puede ser fecunda para delimitar adecuadamente la responsabilidad subjetiva, y con ello la responsabilidad jurídica basada en el merecimiento, y ello sin necesidad de acudir a presunciones normativas. Al determinar si un sujeto singular puede ser considerado responsable de un hecho la cuestión a indagar no es si pudo actuar de manera distinta a como lo hizo, sino si el hecho es expresión (manifestación singular) de su personalidad y si él se lo representa de esa manera. En caso afirmativo, la respuesta frente al hecho ya no puede ser del mismo tipo que la que empleamos frente a hechos naturales o a hechos humanos no responsables, en los que nos limitamos a realizar una valoración *objetiva* del hecho atendiendo a sus efectos beneficiosos o perjudiciales, sin que este tratamiento afecte a la personalidad del autor, que ve el hecho como algo en cierta forma ajeno a él. Frente al hecho responsable, emanado del yo del autor, la respuesta lo es a la vez a las características objetivas del hecho y *al propio autor*.

De este enfoque no pueden esperarse grandes cambios en la fijación de las causas que excluyen la responsabilidad, aunque seguramente sí una mejor fundamentación que permita además tratar adecuadamente los casos límite. En este punto, el desarrollo histórico de los ordenamientos jurídicos ha seguido patrones muy sensatos<sup>176</sup> y, en lo

---

176 Repárese, por ejemplo, en que para apoyar una eventual circunstancia de inimputabilidad en el lenguaje ordinario no se apela a argumentos como «no pudo actuar de manera distinta a como lo hizo», sino a otros -que se mueven en la línea del criterio sugerido de desconexión del

sustancial, no parece necesario cambiarlos. Pero el punto de vista sugerido, que enlaza con ideas de larga tradición en la filosofía moral y que han tenido influencia decisiva en el progresivo afianzamiento del principio de culpabilidad, debe servir para mantener esta línea, refinando la aplicación práctica del principio y protegiéndolo frente a los cíclicos ataques que sufre<sup>177</sup>.

Ahora bien, la solución propuesta al problema de la responsabilidad subjetiva no se agota en la conexión del hecho con el yo del autor, en la perspectiva interna. También las teorías basadas en la capacidad de actuar de modo distinto apelaban a este mismo dato (aunque no lo interpretaran de la misma manera). Quizás el aspecto más destacado de la propuesta sea la consideración de que, si bien la perspectiva interna es el marco básico para una teoría de la responsabilidad personal, no es el único marco. El reconocimiento de que no hay un yo originador en el sentido estricto del término no puede ser pasado por alto cuando se trata de una justa distribución. Porque si bien es cierto que al fijar el corte causal en la acción imputable a la persona la reconocemos como tal, a la vez hemos de aceptar que las razones profundas que configuran el yo no proceden (no pueden proceder) del propio yo, sino de antecedentes que le son ajenos<sup>178</sup>. La suerte se convierte así en un factor decisivo en la conformación de la personalidad, y somos conscientes de ello porque intelectualmente podemos situarnos en la perspectiva externa. Por lo ya apuntado, no parece posible *sentir* plenamente las ataduras causales de nuestro yo, pero sí reconocerlas intelectualmente como una consecuencia más de la estructura general de la realidad descrita por la ciencia. Ante este hecho, la actitud no puede ser olvidarnos de la perspectiva interna, porque ello diluiría la persona en el mundo de los eventos, pero tampoco olvidarse de la externa, sino más bien tratar de encontrar un punto de equilibrio entre ambas, lo que a la vez puede servir para reconciliar dos visiones históricas antagónicas sobre el significado del determinismo para nuestras vidas, la que lo ve como una amenaza que debe ser conjurada y la que destaca

---

hecho y la personalidad del autor-, como «no era él»; «estaba fuera de sí»; «estaba enajenado», etc.

177 Un ejemplo discutido, tomado del Derecho penal, puede ser ilustrativo: el tratamiento de la denominada imprudencia inconsciente. Mayoritariamente se admite en la doctrina penal que el hecho imprudente inconsciente da lugar a responsabilidad. De hecho, las dificultades para abarcar la imprudencia inconsciente fueron uno de los argumentos de peso para el abandono por la doctrina de la concepción psicológica de la culpabilidad en favor de la normativa. Sin embargo, en este caso no hay posibilidad de genuina imputación porque falta un elemento central de la responsabilidad subjetiva: el hecho no procede de la personalidad del autor sino que para él se presenta como un acontecimiento fortuito. Un consecuente desarrollo del principio de culpabilidad debería llevar a excluir de la responsabilidad penal todas aquellas imprudencias que sean inconscientes en sentido estricto, esto es, que no puedan ser remitidas a un momento consciente previo. Más detalladamente sobre esta cuestión, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito* (como en nota 5), pp. 724 ss.

178 Como ha afirmado VON WRIGHT, no tiene sentido preguntar si depende del agente tener las razones que tiene, las razones son «hechos sobre el hombre» pero «no son sus hechos» -«Of Human Freedom» (como en nota 54), pp. 13 y s-.

sus efectos positivos. Creo que en ambas se encuentra una parte de la razón, que sólo puede obtenerse completa combinándolas.

La visión más habitual asociada al determinismo es que supone una amenaza para nuestra condición de personas, de seres conscientes y responsables de nuestros actos. De aquí surge la denominada pesadilla del determinista. También es frecuente considerar que la creencia en el determinismo favorece, cuando no aboca necesariamente, al fatalismo, una actitud vital con merecida mala fama. Como hemos tenido ocasión de ver, las posiciones libertarias muchas veces no presentan otro punto de apoyo que el rechazo visceral a aceptar que las cosas son así. Pero *no* todo el mundo ve el determinismo como una amenaza. Son cada vez más quienes creen que aceptar la sumisión del hombre al principio causal no sólo no nos arroja en brazos del fatalismo, sino que nos hace a la vez más humanos en el trato con nuestros semejantes y menos soberbios en las relaciones con el resto de la naturaleza.

Creo que estas dos maneras contrapuestas de ver el determinismo tienen parte de razón. El determinismo es una amenaza si la creencia en él nos arrastra a minusvalorar nuestra capacidad de acción, cayendo en una apatía fatalista, pero no creo que esto sea un verdadero riesgo. Hay muchos pensadores que se han resignado hace tiempo a aceptar la determinación de sus actos, sin que ello haya afectado a su energía vital. La razón es evidente: el determinismo es compatible con cualquier grado de iniciativa. Si se cree en el fatalismo, se actuará de manera fatalista; si se cree en la iniciativa individual, el saber que esa creencia procede de los genes, el ambiente o cualquier combinación de ambos no alterará en un ápice las ganas de hacer cosas. El determinismo es *neutro* en sus implicaciones porque *siempre da la razón a cualquier cosa que haga el agente*. El fatalista dirá que él tenía razón y será cierto, pero a la vez no se dará cuenta de que es precisamente su creencia en el fatalismo lo que hace a éste verdadero. Teóricamente, sin embargo, debería percatarse de este hecho al contemplar la actividad de quienes tienen iniciativa; tan determinados como él y a la vez tan activos. También a ellos les da la razón el determinismo.

Más peligrosa, por más real, me parece la tendencia a interpretar el determinismo de una manera excesivamente reduccionista, como si su aceptación implicara la necesidad de prescindir de la responsabilidad personal, y en general de la moralidad, y sustituirla por actitudes objetivas que no entrañen reproche o alabanza alguna. Ciertamente no es fácil que esta actitud pueda cuajar de manera generalizada, como acertadamente han destacado Strawson desde la filosofía moral y Schünemann desde el Derecho penal, pero sí podría favorecer respuestas parciales en esta línea, y buena prueba de ello son algunas de las propuestas de eliminar la culpabilidad sustituyéndola por la peligrosidad del autor. Frente a ello, la propuesta que aquí se hace conjura este peligro apelando a la perspectiva interna del sujeto consciente, en la que la responsabilidad subjetiva es parte inseparable del proceso de afirmación de la identidad personal.

Pero quienes destacan las ventajas de aceptar nuestra sumisión al principio causal también tienen razón. La creencia en una libertad originaria establece una barrera en torno a nuestra especie; entraña la aceptación de una «especial y desconcertante sepa-

ración del mundo natural» que favorece nuestra arrogancia<sup>179</sup>. La aceptación de que también en esto somos parte de la naturaleza puede provocar un efecto beneficioso en nuestras relaciones con otros seres vivos, como sin duda provocó la teoría darwinista de la evolución.

Más importantes son las ventajas que podría tener en las relaciones interpersonales. El concepto de responsabilidad hoy dominante, al menos en Occidente, se basa en una imagen maniquea del hombre, precisamente la imagen propia de quienes hipertrofian la perspectiva interna y se olvidan de la externa. Se fija la atención en la acción libre que emana de la persona pero se oculta la determinación causal del yo, afirmando un falso libre albedrío para ser como se es; y ello es injusto. La imagen libertaria, que está en la base de esta forma de ver la responsabilidad, es la de un ser incontaminado al que se sitúa en el mundo sin condicionamientos previos, sin razones externas a él mismo, y que puede libérrimamente elegir entre el bien y el mal, y en esta situación habría quien decide escribir la *Crítica de la razón pura* y quien opta por degradarse cometiendo atroces delitos. Ni la ciencia ni el sentido común permiten conclusiones de este tipo. Frente a ello, entre los autores deterministas ha habido siempre una elogiada corriente que ha interpretado la aceptación del determinismo no como una vía franca a la degradación moral de la persona, sino como una llamada de atención sobre la escasa equidad en el reparto natural o social de ciertos dones y sobre la necesidad de una visión tolerante, humana, de los demás.

Recuperar para el concepto de responsabilidad lo bueno de esta visión me parece esencial y se consigue introduciendo en el debate la perspectiva externa. Desde un punto de vista práctico ello debería provocar la *atenuación* del juicio de reproche que se formula al autor por sus actos. No se trata ya de un reproche absoluto como el que correspondería al autor originario, sino de algo más matizado en el que se pone de manifiesto la incorrección del acto, su carácter intolerable para la vida social y a la vez el reproche al autor porque el acto emana de su persona. Y puede hacerse el reproche en términos duros, acordes a la gravedad del hecho y a la culpabilidad, pero sin un reproche añadido por ser como se es, lo que debería permitir una más fácil aceptación por el autor de razones que hasta ahora no pesaban en su decisión. Por otra parte, el reconocimiento de que la comisión de delitos suele ir asociada a situaciones de infortunio en el desarrollo vital del autor -falta de medios, de afecto, de educación-, debería también orientar la aplicación del castigo, insistiendo siempre en la idea de resocialización, facilitando al condenado con generosidad los medios que puedan servir para un replanteamiento de aquellos aspectos de su personalidad incompatibles con una pacífica convivencia. En este punto los criterios de equidad, de compensación del infortunio en la responsabilidad jurídica deben actuar también como elemento limitador de la idea de merecimiento.

Con ello llegamos al final del trabajo. Comenzaba analizando el concepto de responsabilidad, y el desarrollo de aquella idea nos ha llevado lejos. La finalidad inicial de la

---

179 WEATHERFORD, *The Implications of Determinism* (como en nota 73), cit. p. 225, también p. 239.



investigación era determinar qué criterios permiten justificar la responsabilidad jurídica, la imposición reglada de consecuencias gravosas, lo que trajo consigo la necesidad de analizar en la segunda parte el principal de estos criterios: la comisión subjetivamente responsable del hecho que origina la responsabilidad jurídica, adentrándonos así en una de las más clásicas polémicas de la filosofía moral y del Derecho.

Uno de los trabajos citados comienza con una confesión de escepticismo del autor acerca de la posibilidad de decir algo significativamente novedoso en este tema<sup>180</sup>. Desde entonces han pasado bastantes años, y siguen publicándose sin interrupción artículos y monografías que lo abordan desde cualquiera de sus múltiples dimensiones, lo que es un indicio a la vez del interés que despierta y del escaso acuerdo obtenido en su resolución. Ello hace pensar que más que algo nuevo, lo difícil aquí es decir algo que pueda resultar convincente a todo el mundo, seguramente porque están en juego demasiadas cosas. Podría pensarse que el progresivo avance de la ciencia nos dará algún día, quizás no muy lejano, una respuesta a algunas de las cuestiones planteadas, pero hasta eso resulta dudoso. Entran aquí en colisión dos perspectivas muy diferentes y en cierta forma antitéticas de enfocar el problema: la perspectiva interna de quien conscientemente actúa en el mundo, y la externa de quien se examina a sí mismo y a los demás como parte de una realidad científicamente explicable. Mi intención ha sido mostrar que si hay alguna solución al problema, debe venir de la aceptación de ambas perspectivas.

---

180 CHISHOLM, «Human Freedom an the Self» (como en nota 32), p. 24.

# LA CUADRATURA DEL DOLO: PROBLEMAS IRRESOLUBLES, SORITES DERECHO PENAL

FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ

*Catedrático de Derecho Penal  
Universidad Autónoma de Madrid*

**SUMARIO:** **I.** INTRODUCCIÓN: ACERCA DE PROBLEMAS IRRESOLUBLES. **II.** VAGUEDAD, GRADUALIDAD Y PARADOJA SORITES. **III.** SOLUCIONES. **IV.** APROXIMACIÓN A LA VAGUEDAD DESDE LA PSICOLOGÍA COGNITIVA: LA CATEGORIZACIÓN MEDIANTE PROTOTIPOS: 1. Categorías y realidad: ¿arbitrariedad o estructura correlacional? 2. Estructura interna de las categorías. **V.** CATEGORÍAS Y VAGUEDAD. **VI.** RESPUESTAS JURÍDICAS A SITUACIONES GRADUALES. **VII.** «CUADRANDO» DOLO E IMPRUDENCIA: 1. Dolo e imprudencia como categorías graduales construidas en torno a prototipos. 2. La fijación de consecuencias jurídicas graduales. **VIII.** CONCLUSIÓN.

## I. INTRODUCCIÓN: ACERCA DE PROBLEMAS IRRESOLUBLES

¿Cómo distinguir dolo eventual de imprudencia consciente? La cuestión que encierra este enunciado es un clásico de la teoría penal, al que incontables trabajos han tratado de dar respuesta. Llama, sin embargo, la atención el contraste entre el enorme esfuerzo aplicado a responder la pregunta y los resultados obtenidos. Cualquier repaso a obras generales en las que se ofrece una descripción de la polémica y de las distintas soluciones ofrece el mismo panorama: extensas descripciones en las que se desgranan una tras otra propuestas de delimitación que giran sobre dos o tres ideas relevantes, sin que al final se tenga la sensación de haber alcanzado una conclusión medianamente satisfactoria que pueda ser manejada por los tribunales<sup>1</sup>. Al tratar de explicar en clase la diferencia es fácil sentir esa desazón que provoca no sentirse convincente.

<sup>1</sup> Para una muestra de las variadas teorías ofrecidas, véase, por ejemplo, Roxin, Strafrecht.

¿Cómo explicar esta situación?; ¿cómo es posible que en un problema generalmente considerado de la máxima importancia teórica y práctica, y al que se ha dedicado un ingente esfuerzo doctrinal, presente soluciones tan dispares?<sup>2</sup>

Una primera explicación podría ser que la polémica no sea más que el eco, en un plano superior, de una discrepancia de fondo sobre una cuestión nuclear, decisiva para la distinción. Podría, por ejemplo, pensarse que el problema reside en que sigue abierta la cuestión central de si el dolo debe configurarse exclusivamente sobre la representación o si hay que añadir algún elemento adicional basado en la voluntad o en otro elemento subjetivo distinto del conocimiento.

Es cierto que la polémica sobre este punto sigue abierta, pero ésta no puede ser la explicación porque se han formulado infinidad de teorías partiendo de los dos puntos de vista, y la cuestión central sigue sin resolverse. Es más, desde el principio se ensayaron las dos vías, pero no parece que la clave esté en optar por una u otra. Si no me equivoco, aunque cualquier solución imaginable tiene que dar una respuesta a esta cuestión, en ella no está la explicación. No es la causa de la situación examinada, sino una consecuencia más del problema que la genera.

Algo parecido podría decirse de cualquier otra cuestión de fondo que quisiera introducirse en el debate como piedra angular para nuevas soluciones. La historia del pensamiento científico muestra que, en ocasiones, un intenso debate sobre algún tema procede del desconocimiento de alguna variable que al final resulta decisiva. Pero difícilmente éste es el caso aquí. Ni se proponen nuevos elementos a tener en cuenta, ni siquiera se atisba en qué pudieran consistir. Lo que convierte la polémica en tan desalentadora es la percepción de que, por mucho que se refinen las propuestas, no parece posible alcanzar una solución, porque todos los elementos relevantes han sido ya tomados en consideración y se les ha combinado en todas las variantes posibles.

Pero, con ser importantes, no son éstos los únicos datos que hacen pensar que debe haber una explicación distinta. Otro, muy significativo, y que tiene una consecuencia directa en la línea de investigación que se aborda en este trabajo, es la generalidad del problema. He utilizado el ejemplo de la distinción entre dolo e imprudencia porque

Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 3.<sup>a</sup> ed., Munich, C. H. Beck'sche, 1997, § 12, N. 21 y ss.; Díaz Pita, *El dolo eventual*, Valencia, Tirant, 1994; Lorenzo Copello, *Dolo y conocimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999; Ragués y Vallés, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bogotá, J. M. Bosch, Universidad Externado, 2002, esp. p. 53 y ss.

2 Roxin apunta que, pese a las diferencias dogmáticas y terminológicas, las distintas teorías acaban produciendo resultados sorprendentemente similares —AT (como en n.1), §12, N.63—. Es cierto que en la mayor parte de los casos el sentido común acaba produciendo soluciones parecidas, pero seguramente esto se debe a que al final nadie extrae las consecuencias a que su planteamiento abocaría. Si se hiciera así, las diferencias de tratamiento serían enormes: algunos tendrían que extender el dolo eventual a cualquier comportamiento de una muestra de lo insatisfactoria que es la imprudencia consciente, y otros al revés. posición teórica sobre este tema que del Creo que la observación de Roxin es más acierto convergente de las propuestas.

es un clásico de las polémicas doctrinales en Derecho penal, pero hay otros, y, a poco que se examine, se observa que muchos de ellos tienen un perfil similar: son problemas de delimitación entre conceptos que aluden a situaciones próximas.

Una buena parte de los problemas a los que se enfrenta la dogmática penal son de delimitación entre categorías. Pero las razones por las que dos categorías ofrecen dificultades a la hora de diferenciarlas son de distinto tipo. En algunos casos es posible que simplemente coincidan en contenido. Una situación de este tipo puede darse cuando un mismo concepto doctrinal tiene aplicación en dos instituciones distintas, e históricamente se han acuñado términos diferentes para ella. Por ejemplo, la infracción del deber objetivo de cuidado en la imprudencia es intencionalmente equivalente a la primera parte del juicio de imputación objetiva: la creación de un riesgo no permitido<sup>3</sup>. Otros clásicos problemas de delimitación se dan cuando se discute si dos categorías operan de manera independiente o si una de ellas lo hace en el seno de la otra. La distinción de antijuridicidad y culpabilidad responde a este esquema<sup>4</sup>.

Pero no es de este tipo de situaciones de las que quiero tratar aquí, sino de otras, mucho más frecuentes de lo que pudiera parecer, en las que no parece posible una genuina distinción conceptual porque los términos en disputa operan como segmentos de significado de una situación progresiva que no admite discontinuidades. A diferencia de los problemas de delimitación antes descritos, en los que el debate se ciñe a determinar cuál es la relación lógica —identidad, exclusión, inclusión— entre categorías que, en principio, podrían ser bien definidas, en ésta el problema no parece residir tanto en las relaciones lógicas, que se presuponen de exclusión, cuanto en la propia imposibilidad de precisar sus límites respectivos. Hay casos claros, pero a la vez parece haber una especie de tierra de nadie, inasequible a cualquier intento de delimitación, entre las categorías.

Son muchos los ejemplos disponibles para ilustrar esta idea. Limitándonos al Derecho penal, y por citar algunos, en parte general distinciones como la mencionada entre dolo e imprudencia, o, dentro de la imprudencia, entre la grave y la leve; entre actos preparatorios y ejecutivos; entre complicidad y cooperación necesaria; entre autoría mediata e inducción; incluso entre autoría y participación. En parte especial cuestiones

3 Sobre ello, Molina Fernández, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, Bosch, 2001, p. 376 y ss., y esp. p. 384, n. 39, con abundantes referencias. En palabras de Roxin: «Es correcto que el tipo de los delitos imprudentes (...) quedará completo mediante la teoría de la imputación objetiva: un resultado que se imputa al tipo objetivo está causado imprudentemente», AT (como en n. 1), § 24, N. 10.

4 La doctrina mayoritaria las analiza como dos características distintas del delito, precediendo en el análisis una a la otra. Pero la delimitación ha sido y es muy controvertida a lo largo de la historia, hasta el punto de que elementos que son para algunos, núcleo central de la culpabilidad, son para otros elementos básicos del injusto. Creo, sin embargo, que una distinción así formulada es imposible —de ahí la inacabable polémica histórica—, y, sin embargo, puede razonablemente mantenerse si se admite que la culpabilidad es un elemento central en el análisis de la antijuridicidad. Sobre ello, pormenorizadamente, Molina Fernández, *Antijuridicidad penal* (como en n. 3).

como la delimitación entre coacciones y detenciones ilegales; entre las diversas figuras de protección de la propiedad o el patrimonio; o, la muy actual, entre las diversas fases de la vida humana. En todos ellos, y en otros muchos que pueden enumerarse, la progresividad aparece de forma recurrente como un elemento problemático, aunque pueda no ser el único.

Esta coincidencia no puede ser casual. Si muchos problemas clásicos, especialmente debatidos, son de delimitación entre categorías que parecen encontrarse en una situación que podríamos caracterizar como gradual, parece una buena hipótesis aventurar que el problema reside precisamente aquí, y no en donde habitualmente se sitúa la discusión, que es el plano del debate sobre el catálogo y la combinación de elementos relevantes para una distinción en particular.

Por eso este trabajo no pretende ofrecer una nueva teoría de delimitación entre dolo e imprudencia o entre cualquiera de las otras parejas de términos debatidos que se sume a las ya existentes, sino que trataré de fundamentar, primero, que tal delimitación es imposible, y segundo, que las decisiones materiales que en cada caso se encuentran detrás de los intentos de delimitación —la determinación de los presupuestos de la imputación subjetiva; la fijación del momento del *iter criminis* en que el hecho debe ser punible; el reparto de responsabilidades entre los diversos intervinientes en el delito; o el adecuado tratamiento de la vida en sus diversas fases, por ejemplo— deben abordarse con un instrumental adaptado al problema común.

Enlazando con el título del trabajo, puede haber tres tipos de razones que expliquen de manera objetiva la resistencia de un problema científico a los sucesivos intentos de solución. La primera, y muchas veces la única explicación que tenemos en cuenta, es que el esfuerzo haya sido insuficiente para encontrar la solución adecuada, que estaría, en consecuencia, pendiente. La segunda es que nos encontremos en una situación demostrada de indecidibilidad, esto es, una situación en la que se sabe que es imposible conocer la respuesta, lo que no quiere decir que no la haya. Pero existe una tercera posibilidad. En ocasiones, las diversas propuestas realizadas para hacer frente a un problema fracasan sencillamente porque el problema es irresoluble.

Quizás el ejemplo histórico más conocido de problema irresoluble —hasta el punto de haberse convertido de caso singular en enunciado genérico— sea el de la cuadratura del círculo. Como es sabido, el problema, enunciado por los matemáticos griegos (junto a otros dos: la duplicación del cubo y la trisección del ángulo), consistía en hallar geoméricamente, mediante regla y compás, el cuadrado de área igual a la de un círculo tomado como referencia. A lo largo de los siglos se sucedieron los intentos para lograr la cuadratura del círculo, empeño en el que se enfrascaron especialistas de todos los campos (una de las propuestas más conocidas es la de Thomas Hobbes), sin que se alcanzara nunca el resultado querido. Hizo falta esperar hasta 1882 para que de manera definitiva se demostrara que el problema planteado no admite solución alguna<sup>5</sup>.

---

5 Fue un matemático alemán, Lindemann, quien definitivamente demostró que el número  $\pi$ , que expresa la relación entre el radio y el área del círculo y que aparece necesariamente

No es infrecuente afrontar problemas con la perspectiva de que, si pueden plantearse, deben poder resolverse, y la discusión sobre la cuadratura del círculo lo que pone de relieve es que una de las posibles respuestas a cualquier problema es que «no tiene solución».

¿Es posible que algunos de los problemas de delimitación más debatidos y que más han mostrado resistencia a su solución en Derecho penal, sean irresolubles en un sentido similar al de la cuadratura del círculo?<sup>6</sup> La intención de este trabajo es mostrar que ello es así. Igual que la solución de Lindemann utilizó la teoría de los números trascendentes para demostrar que es imposible cuadrar el círculo, aquí se trata de aplicar las consecuencias obtenidas por un lado de la discusión filosófica sobre el fenómeno de la vaguedad de los lenguajes naturales y por otro de la teoría psicológica sobre la formación de conceptos o categorías para mostrar que, sea cual sea el esfuerzo que se aplique, no es posible determinar los límites precisos entre categorías que se encuentran en una relación gradual sencillamente porque tales límites no existen.

Como esta expresión se presta a equívocos, aclaro. Con «no existen» quiero decir tres cosas: primero, que no existen en la realidad —lo que parecerá irrelevante a quienes consideren que este tipo de distinciones no tienen nada que ver con la realidad—; segundo, que tampoco existen en la ley —lo que, supongo, ya resultará al menos en parte problemático—; tercero, que no es posible formular una propuesta convencional, apoyada en criterios valorativos compartibles, para hacer esta distinción e incorporarla a la ley *lege ferenda* o hacerla pasar por una interpretación teleológica de la misma —lo que, de ser cierto, resulta destructivo para la mayor parte de las propuestas que jalonan el debate histórico, pretendidamente apoyadas en argumentos materiales—.

En mi opinión, los tres aspectos están relacionados entre sí. Si la ley no ha fijado convencionalmente los límites (punto 2) no es porque no quiera hacerlo, poniendo así fin a la discusión y garantizando la seguridad jurídica, sino porque las decisiones legales se apoyan valorativamente en criterios materiales, y cuando faltan tales criterios (punto 3) no hay decisión posible, y la razón de que falten criterios materiales se encuentra en la realidad gradual que está detrás (punto 1).

---

implicado en la transición del círculo al cuadrado es un número trascendente, lo que hace sencillamente imposible «construirlo» mediante regla y compás —sobre ello, v. por ejemplo, Guedj, *El imperio de las cifras y los números*, Barcelona, B.S.A., 1998, p. 102 y ss.— (La historia, sin embargo, no acaba aquí. Aunque la demostración de Lindemann se considera una respuesta definitiva al antiguo problema, se ha planteado alternativamente si puede lograrse la cuadratura teórica del círculo por otros medios, en particular seccionando el círculo en trozos que luego por traslación podrían reconstruirse en un cuadrado de la misma área. Esta nueva pregunta ha sido resuelta recientemente de manera positiva, aunque la solución presupone unas condiciones hipotéticas muy alejadas de la realidad).

6 La misma pregunta se hace Philipps, que adopta un punto de partida próximo al de este trabajo —«An der Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit -Ein Modell multikriterieller computergestützter Entscheidungen—», en Bernd Schünemann, Hans Achenbach, Wilfried Bortke, Bernard Haffke, Hans-Joachim Rudolphi (ed.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70 Geburtstag am 15 Mai 2001*, Berlín/Nueva York, Walter de Gruyter, 2001, p. 365 y ss.

Es importante destacar que la mayor parte de las teorías formuladas asumen de una u otra forma de que dolo e imprudencia son categorías distintas o distinguibles. En otras palabras, se admite que es posible especificar un significado para cada una de ellas que las convierta en conjuntamente exhaustivas y mutuamente excluyentes, de manera que las acciones punibles puedan enjuiciarse siempre como dolosas o imprudentes, aunque luego se discrepe sobre si los criterios de delimitación están en la realidad, en la ley, o pueden obtenerse mediante una adecuada valoración. En este trabajo se pretende mostrar que el presupuesto común no se da. Ni la realidad, ni la ley ni ninguna valoración permiten establecer esas diferencias, con lo que el empeño se convierte en una genuina «cuadratura del círculo».

A esta conclusión, y antes de examinar los argumentos en que se apoya, podrían ya oponérsele tres objeciones con cierta fuerza aparente: la primera, que tal solución —aceptar la imposibilidad de distinguir— no es aceptable al menos para algunos, en concreto los jueces, obligados por ley y bajo pena a juzgar si el hecho es doloso o imprudente; la segunda, que de hecho los tribunales manejan esta distinción habitualmente sin que en la mayor parte de los casos tengan problema alguno, de lo que parece deducirse que la distinción es posible; la tercera, que, además, hay una solución al problema que todavía no se ha evaluado: la posibilidad de que haya en la ley o pueda proponerse una delimitación convencional no apoyada valorativamente, sino puramente discrecional, al igual que se ha hecho en otras situaciones como, por ejemplo, la definición de la «mayoría de edad» o de lo que debe entenderse por cantidad de «notoria importancia» de droga<sup>7</sup>.

Aunque son objeciones distintas, hay una conexión entre ellas: si existe la obligación de juzgar que destaca la objeción primera, es porque hay soluciones como la apuntada por la tercera, lo que explica la práctica de los tribunales descrita en la segunda.

1. Sin esta conexión, la primera objeción sería sencillamente incomprensible. Si de verdad algo es imposible, entonces ninguna ley puede «obligar» a hacerlo. Si, pongamos por caso, la obligación de pagar impuestos se configurase en la ley de manera personalísima, en el sentido de que el contribuyente tuviera que hacer su propia declaración de la renta y abonarla personalmente en Hacienda, parece evidente que al menos esta obligación no se podría imponer con sentido a, por ejemplo, los lactantes que tuvieran patrimonio, o a las personas en coma. Precisamente porque la ley no pide insensateces, es por lo que esta obligación no es personalísima en este sentido, y existe la figura del representante. Así que si se afirma, como aquí se hace, que la delimitación precisa de dolo e imprudencia es imposible, no puede ser una objeción argumentar que alguien está obligado por ley a hacerla, y si así se dice, en realidad lo que se quiere es, de forma indirecta, defender que alguna solución habrá,

---

7 Sobre esta cuestión, véase, entre las más recientes, la STS de 15 de diciembre de 2004 (Ponente Granados Pérez).

entre otras cosas porque la ley no manda cosas imposibles, lo que nos lleva a las otras dos objeciones.

2. La segunda objeción saca conclusiones de un hecho cierto: los tribunales manejan todos los días los conceptos de dolo e imprudencia y las sentencias se dictan. ¿Cómo podrían hacerlo si no existiera una distinción posible? La respuesta es: sin ningún problema. No hay nada incompatible en que alguien «distinga» donde no hay razones para hacerlo. Del hecho de que se hagan distinciones, no se deduce que éstas estén justificadas. Cuando la doctrina debate sobre una adecuada caracterización del dolo y la imprudencia no está pensando en cualquier delimitación posible, sino en una que pueda defenderse, que no sea irracional, sino valorativamente fundada, esto es, que respete el principio esencial de que la ley sólo puede distinguir cuando esté justificado hacerlo.

¿Quiero con ello decir que cuando los tribunales sentencian aplicando dolo o imprudencia están operando siempre de manera no fundamentada? De ninguna manera siempre, pero a veces sí, aunque no sean conscientes de ello. En la mayor parte de los casos la asignación del hecho juzgado a la categoría del dolo o a la de la imprudencia responde a una diferencia material evidente, que permite justificar las diferentes consecuencias jurídicas que tal asignación lleva asociada. Pero lo que pone de relieve el examen de la discusión filosófica sobre los términos vagos, es que, al menos en los casos límite (en la denominada zona de penumbra), es literalmente imposible fijar una delimitación apoyada valorativamente, esto es, que no sea arbitraria, por lo que las decisiones de los Tribunales en estos casos son, aunque no se reconozca así, injustificadas.

Si esto es así, tampoco la segunda objeción funciona. La cuestión que se plantea en este trabajo no es si pueden delimitarse dolo e imprudencia de cualquier manera que ofrezca certeza (aunque, como veremos en seguida, ni siquiera esto es posible siempre) sino si es posible encontrar una delimitación cierta y razonable, que pueda ser defendida como teoría y contrastada con otras alternativas. Creo que se aceptará que esto es precisamente lo que pretende para sí cualquiera de los proponentes de las teorías ofrecidas hasta la fecha. Nadie presenta su propuesta como una delimitación arbitraria en el sentido fuerte de la expresión, que no admitiría comparación con otras porque todas serían igualmente «buenas». Por eso la segunda objeción sólo tendría valor si fuera acompañada de otro hecho: que siempre que los tribunales usan estas categorías lo hacen, o al menos podrían hacerlo, de manera justificada, lo cual precisamente se niega en este trabajo. El juez no sólo tiene la obligación de decidir, sino de hacerlo con criterios justos, no arbitrarios, fundados en los valores que marca la ley, pero si es cierto que ni la ley dice nada de manera expresa ni hay criterios materiales que puedan deducirse de



ella mediante interpretación, no se ve muy bien cómo podría un juez satisfacer a la vez la obligación de juzgar y de hacerlo de manera no arbitraria<sup>8</sup>.

3. Llegamos a la tercera objeción. Las situaciones graduales son antiguos conocidos de la teoría jurídica, y muchas se han resuelto por la vía de una estipulación convencional: nadie se hace adulto en un intervalo de un segundo, pero la ley soluciona esta situación introduciendo un punto de corte convencional a las 00:00 del día en que se cumplen los 18 años<sup>9</sup>. Con esa convención, para la ley una persona es mayor de edad a partir de ese momento y no un segundo antes. ¿No es ésta una muestra incontrovertible de una solución a un problema gradual?

Puede ser una solución, pero ni lo es siempre, ni se puede aplicar a todas las situaciones graduales, ni, sobre todo, es el tipo de solución que aquí estamos buscando, aunque forme parte de ella.

No lo es siempre, porque incluso las delimitaciones más finas tienen zonas de penumbra. ¿Cómo tratamos los hechos cometidos en el momento del cambio de hora, a caballo entre los 17 y los 18 años? Es cierto que mediante convenciones los casos problemáticos disminuyen mucho, lo cual es un gran avance para la certeza jurídica, pero no desaparecen del todo.

Tampoco la fijación convencional de un punto de corte es siempre posible. En realidad sólo lo es cuando la progresión gradual es medible en un sistema formalizado: la altura se mide en unidades métricas, el tiempo en unidades de tiempo, etc. pero, ¿cómo se miden los grados de conocimiento en el dolo o el avance en la ejecución del delito? De hecho, una de las objeciones clásicas contra las teorías de la probabilidad es su incapacidad para obtener en este ámbito una escala graduable precisa<sup>10</sup>.

Pero el argumento principal contra esta solución es que no satisface los criterios que habíamos fijado para una delimitación aceptable. Castigar con la pena del delito doloso es un hecho que tiene una enorme gravedad y que sólo se justifica si el autor lo merece. Por eso, cuando la doctrina hace propuestas de delimitación del dolo, las hace, como es lógico, pensando que verdaderamente hay algo que marca una diferencia<sup>11</sup>, y la fijación convencional de un

8 Sorensen ha destacado la importancia de este genuino conflicto de deberes para el Juez-«Vagueness has no function in Law», *Legal Theory*, 7, 2001, p. 388 y ss., esp. 391.

9 O a la hora exacta en que se cumplen los 18 años medida desde la hora de nacimiento, si éste es el criterio utilizado a ciertos efectos.

10 Vid., por ejemplo, Puppe, «DerVorstellungsinhalt des dolus eventualis», *ZStW*, 103, 1991, p. 42.

11 En este sentido, Edgington, «The Philosophical Problem of Vagueness», *Legal Theory*, 7, 2001, p. 373. Felkins ha definido lo que él denomina Dilema de la Vaguedad: «Siempre que un evento o característica continua es reconvertido a una función discreta, el valor elegido como punto de corte es arbitrario y no puede ser justificado», *Dilemmas of Ambiguity and*

punto de corte supone el reconocimiento implícito de que no lo hay —nadie duda que el límite podría ponerse por encima o por debajo, siendo la solución igualmente buena—.

Pero es que, además, no todas las situaciones progresivas son iguales en cuanto a sus consecuencias, y es por ello por lo que establecer límites convencionales puede ser una solución materialmente aceptable en uno casos, pero no en otros. No es casual que el ejemplo que suele ponerse para apoyar esta solución sea el de la fijación de la mayoría de edad. ¿Por qué en este caso la solución parece tan razonable? Por dos motivos que no siempre se dan en otros casos.

Primero, porque, contra lo que a primera vista pueda parecer, no es cierto que las reglas sobre la mayoría de edad se basen en distinciones tajantes, de todo o nada. De hecho, un ordenamiento que antes de los 18 no atribuyera ninguna competencia a la persona y a partir de esa fecha le atribuyera todas, sería disparatado. Precisamente porque la maduración es gradual, el derecho va paulatinamente reconociendo capacidad de obrar en ciertos ámbitos. El límite de los 18 no es más que el que marca la plena capacidad, pero no las parciales, que comienzan progresivamente mucho antes. Repárese, por ejemplo, en el sistema progresivo de responsabilidad penal que resulta de la combinación del Código Penal y la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores; o en lo dispuesto en el artículo 162.1.º CC sobre la capacidad de actuación de los menores.

Segundo, porque en este caso una parte de las posibles ventajas (o desventajas) derivadas de la mayor edad acaban aplicándose a todos y a todos por igual, porque todos pasamos por las diferentes etapas de la maduración. Que el voto sea a los 18 o a los 17 y 6 meses no tienen demasiada importancia, porque finalmente los menores crecen y pueden votar. Pero cuando se trata de evaluar si castigamos por delito doloso o imprudente, la situación es completamente distinta<sup>12</sup>. Sería difícil explicar al condenado que el sí o el cuánto de su pena dependen sólo de una convención no justificada materialmente.

Creo que nadie en la doctrina penal tiene dudas sobre ello. Precisamente las teorías sobre el dolo tratan de encontrar lo que supuestamente hay de diferente en el dolo que justifica su tratamiento punitivo distinto del de la

---

Vagueness (publicación electrónica, 1996, rev. 2004, <http://perspicuity.net/paradox/ambiguit.html>), p. 3.

12 Aunque no siempre. También la fijación de la mayoría de edad a efectos penales puede ser problemática. No es infrecuente que se esgriman argumentos basados en la arbitrariedad del corte para extender hacia abajo la responsabilidad a los menores. ¿Cómo va a ser distinto —se dice— que alguien cometa el delito una hora antes de la mayoría de edad a que lo haga una hora después? Si es responsable de sus actos a las 00:00 horas, también lo es a las 23:59 del día anterior.

imprudencia. Si se llegara a la conclusión de que no hay tal cosa, porque dolo e imprudencia son términos en progresión, difícilmente se aceptaría una solución arbitraria que fijara un punto de corte convencional. Más bien se propondría ajustar las consecuencias a la situación; esto es, si la situación es gradual, también deberían serlo las consecuencias.

Con ello las tres objeciones preliminares pierden su base. Si la propuesta que aquí se hace no fuera correcta, tendría que serlo por otro motivo.

4. Para terminar esta primera parte convendría hacer una breve recapitulación que además sirva para aclarar algunos posibles malentendidos.

Hasta aquí se ha formulado, y defendido contra algunas objeciones previas, una hipótesis: la de que algunos de los problemas más debatidos en la dogmática penal que tienen que ver con delimitación de conceptos, como la que se refiere a la distinción de dolo e imprudencia, responden a un patrón común, que es el que permite explicar que hasta ahora ninguna de las soluciones propuestas haya resultado satisfactoria ni parezca que alguna pueda serlo, y este patrón es que se trata de conceptos referidos a situaciones graduales, en las que es imposible establecer límites definidos que sean valorativamente justificables.

Pero cuando hablo de la imposibilidad de «cuadrar» dolo e imprudencia, no quiero decir que no pueda ofrecerse una solución aceptable a la cuestión central de la responsabilidad subjetiva en Derecho penal; ni siquiera sugiero que deba hacerse abandonando la distinción terminológica de dolo e imprudencia, que como tantas otras distinciones en situaciones graduales cumple una importante función, sino tan sólo que es imposible trazar esa distinción como de manera prácticamente unánime pretende la doctrina penal. Ni hay en la ley, ni en la realidad ni en parte alguna nada de donde se pueda sacar apoyo valorativo para una distinción en los términos propuestos. Y ésta es la razón de que unas teorías sucedan a otras recurrentemente sin que el panorama mejore, lo que provoca al menos dos efectos perversos: un desperdicio de los recursos, escasos, de investigación, dedicados a una tarea imposible; y, lo que es mucho más importante, una quiebra, no percibida, en los principios de proporcionalidad y no arbitrariedad en la imposición de sanciones.

## II. VAGUEDAD, GRADUALIDAD Y PARADOJA SORITES

El problema general que se encuentra detrás de la delimitación de conceptos o categorías es tradicional en la historia del pensamiento, y ha recibido atención desde diferentes ciencias. En filosofía entronca con la clásica discusión sobre la existencia de universales y su distinción de los particulares, y, en otro orden de cosas, con el tradicional debate entre realismo externo y antirrealismo<sup>13</sup>; en teoría del lenguaje es uno de

13 Esto es, con la discusión tradicional acerca de si existe un mundo externo independiente de nuestras representaciones y nuestra observación, al que se deberían ajustar nuestras categorías

los puntos centrales de la teoría del significado<sup>14</sup>, y muy especialmente el núcleo del clásico problema de la vaguedad de los lenguajes naturales; en lógica, está en la base de la hoy muy debatida cuestión de si es posible seguir manteniendo los principios básicos de la lógica clásica, como el de bivalencia o el del tercio excluido, o si es necesario buscar lógicas alternativas, multivalentes o borrosas; en biología, se ha traducido en el clásico problema de determinar los límites entre especies y en general de ofrecer una adecuada taxonomía de los seres vivos; en psicología, es tema central de la psicología cognitiva, abordado desde la pujante teoría de la categorización; en fin, en derecho, es seguramente el problema central de la teoría de la interpretación. Como tantas veces, la discusión ha discurrido mayoritariamente en paralelo, sin más que ocasionales cruces, con lo que se ha perdido una visión global del fenómeno. El problema de fondo tiene que ver con las relaciones entre realidad, pensamiento y lenguaje, y es lo suficientemente complejo como para no desdeñar las aportaciones que puedan proceder de diferentes campos. Una forma habitual, entre otras posibles, de aproximarse a él es partiendo de la discusión filosófica y lingüística sobre el problema de la vaguedad.

«Vaguedad» es el rótulo bajo el que habitualmente se examinan las situaciones a las que estamos haciendo referencia. En las últimas décadas, la filosofía de la lógica y la del lenguaje han vivido una verdadera explosión de estudios sobre el problema de la vaguedad<sup>15</sup>, y la discusión se ha extendido también al estudio de la vaguedad en Derecho.

Es casi un lugar común reconocer que una de las características definitorias de los lenguajes naturales es que sus términos están, en mayor o menor medida, aquejados de vaguedad<sup>16</sup>. La caracterización más habitual de un término vago es el de aquel que, junto a una zona de significado claro, tiene una zona borrosa o de penumbra, de manera que habría casos indudablemente incluidos en su significado, otros indudablemente excluidos, y una tercera clase de casos que caerían en la zona de penumbra y para los que no sería posible determinar su asignación.

El acuerdo sobre esta definición no se extiende, sin embargo, a la identificación de la fuente última del problema: se discute si se trata de un fenómeno exclusivamente semántico, ontológico, epistemológico, o una mezcla de algunos o todos ellos. Tanto el

---

cognitivas, o de un mundo construido por categorías convencionales.

- 14 En filosofía del lenguaje una de las formas de abordar esta cuestión es mediante la distinción entre «tipo» y «ejemplar» (typetoken, en la expresión en inglés). Vid., por ejemplo, García-Carpintero, *Las palabras, las ideas y las cosas. Una presentación de la filosofía del lenguaje*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 1 y ss. Es sintomático que este autor empiece su obra precisamente con esta distinción, que se utiliza como hilo conductor a lo largo de toda la obra.
- 15 Además de las obras citadas más adelante, véanse las importantes recopilaciones sobre vaguedad de Keefe/Smith (eds.) *Vagueness: A Reader*, Massachusetts, MIT Press, 1999; y Graff/Williamson (eds.), *Vagueness*, Dartmouth, Ashgate, 2002. También, Ballmer/Pinkal (eds.), *Approaching Vagueness*, Amsterdam, North-Holland, Elsevier, 1983.
- 16 Véase, por ejemplo, Carrió, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 2.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1979, p. 31 y ss.; Black, «Vagueness: an Exercise in Logical Analysis», en Keefe/Smith (eds.), *Vagueness: A Reader*, Massachusetts, MIT Press, 1999, p. 71 y ss.

término elegido —vaguedad—, como su definición más habitual —ligada al significado— traducen la preferencia histórica por la opción semántica. Pero hay razones para pensar que este enfoque, aunque importante, es insuficiente, y alude sólo a un aspecto de problema de fondo, y eso explica que paulatinamente se hayan ido incorporando otros enfoques alternativos o complementarios.

La forma más gráfica de hacer patente el problema general de la vaguedad es por medio de su formulación más clásica en forma de paradoja: la paradoja sorites. Debida al filósofo griego Eubulides, la denominación con la que ha pasado a la historia procede de uno de los dos ejemplos que utilizó para dar cuenta del problema. La pregunta original de Eubulides era: ¿cuántos granos de trigo son necesarios para formar un montón (soros)? Como nadie dudaría que, por ejemplo, un millón de granos es un caso claro de montón, y un grano un caso claro de no montón, la lógica más elemental parece decirnos que tiene que haber un momento en el que la adición de un grano haga montón (o su sustracción lo deshaga), y, sin embargo, cuando intentamos precisar cuál es ese momento, cualquier esfuerzo parece inútil. Eubulides utilizó otro ejemplo, ya clásico en la discusión: ¿en qué momento podemos decir que una persona es calva?<sup>17</sup> No sirve como respuesta que «calvo» sea quien no tiene absolutamente ningún pelo en la cabeza, porque es evidente que en el lenguaje que empleamos habitualmente utilizamos esta expresión con claridad también para quienes tienen pocos cabellos, y entonces el problema del límite resurge al determinar qué es «pocos». Es más, ni siquiera la convención de llamar calvo a quien no tiene ningún pelo evita la vaguedad, porque también son imprecisos los conceptos de cabeza (a efectos de calvicie no parece contar el pelo de la barba, pero ¿dónde está el límite?) o incluso de pelo (basta desintegrar molécula a molécula un pelo para que el problema se reproduzca).

Montón, calvo, rico, pobre, alto, bajo, grave, notoria cantidad, son todos términos ostensiblemente vagos porque hacen referencia a situaciones graduales. En cualquiera de ellos puede ilustrarse la paradoja sorites. Lo paradójico de estas situaciones se percibe al formularlas lógicamente en forma de argumento. Por ejemplo, para el término vago «rico» diríamos:

1. Una persona cuyo patrimonio sea de 100 millones de euros es inequívocamente rica.
2. Una persona rica nunca deja de serlo por perder 1 céntimo de euro.
3. Luego, una persona con 100 millones de euros menos un céntimo es rica.
4. (repetición del mismo razonamiento un número suficiente de veces)
5. Una persona que tenga 1 euro como patrimonio es rica.

Como se ha destacado reiteradamente, el efecto perturbador que provoca esta paradoja procede del hecho de que las premisas parecen ostensiblemente ciertas, el

17 Por eso la paradoja es a veces conocida como «paradoja phalakros»—por ejemplo, Hyde, «Sorites Paradox» Encyclopedia of Philosophy, <http://plato.stanford.edu>, p. 2.

razonamiento lógico es indiscutible —mero *modus ponens* reiterado un número suficiente de veces—, y la conclusión se nos presenta como simplemente falsa<sup>18</sup>. De afirmaciones aparentemente ciertas, mediante simple inferencia deductiva llegamos a conclusiones falsas. Obviamente algo está mal. Puede ser alguna de las premisas, o el método deductivo, o la conclusión, o nada, y lo que muestra la paradoja es que la lógica no puede aplicarse a situaciones vagas, o que no tiene sentido decir que algo es ser rico, o alto, o bajo. No hay opción de éstas que no se haya explorado, porque lo cierto es que, aunque al plantearse la paradoja por primera vez uno tiene la sensación de que debe haber una solución sencilla, un examen algo más detallado muestra hasta qué punto la solución es esquiva, lo que explica el esfuerzo aplicado a resolverla.

El problema de fondo, que alimenta la paradoja, es que no parece posible afirmar categóricamente, como cualquiera haría, que una persona con 100 millones de euros es rica y que una con un euro no lo es, sin comprometerse lógicamente a aceptar que tiene necesariamente que haber un momento en el que se produzca la transición de uno a otro estado<sup>19</sup>. Esto es, que hay un número definido  $X$  de céntimos de euro tal que uno más ( $X + 1$ ) convierte a su poseedor en rico. Pero, a la vez, no sólo no podemos determinar ese número, sino que ni siquiera pensamos que pueda existir, porque creemos también firmemente que una variación de un céntimo de euro no puede convertir a alguien en rico o privarle de tal condición.

La paradoja sorites y la vaguedad presentan un importante desafío a la lógica —¿cómo evitar la fuerza de un silogismo aparentemente correcto sin renunciar a principios básicos de la lógica, como el de bivalencia o el del tercio excluso? — y a la teoría del significado —¿cómo es posible que la comunicación tenga lugar mediante expresiones vagas si no parece haber manera de precisar su significado? —. En realidad supone un reto para nuestra percepción habitual sobre la relación entre lenguaje y realidad.

Hasta tal punto resulta la paradoja sorites expresiva del problema de fondo de la vaguedad que la discusión moderna sobre este tópico se ha centrado de manera principal en la búsqueda de soluciones para esta paradoja. Podríamos concluir, entonces, que un término o expresión está aquejada de vaguedad cuando se le puede aplicar un razonamiento sorites<sup>20</sup>.

Antes de examinar algunas respuestas que se han ofrecido para resolver esta paradoja, conviene destacar un problema de segundo orden asociado a la vaguedad, y es

18 Así, por ejemplo, Sainsbury, «Degrees of Belief and Degrees of Truth», *Philosophical Papers*, XV (1986), p. 98 (ahora también en Graff/Williamson (eds.), *Vagueness*, Dartmouth, Ashgate, 2002, p. 197 y ss.; Schiffer, «A little help from your Friends? », *Legal Theory*, 7, 2001, p. 425; Hyde, *Sorites Paradox* (como en n. 17), p. 2; Vásconez, *The Sorites Paradox. General Survey*, Tesis de Licenciatura, Universidad de Leuven, Leuven, 2002, p. 7.

19 Así, por ejemplo, Tye, «Sorites Paradox and the Semantics of Vagueness», en Keefe/Smith (eds.) *Vagueness: A Reader*, Massachusetts, MIT Press, 1999, p. 281.

20 Keefe/Smith, «Introduction: Theories of Vagueness», en Keefe/Smith (eds.), *Vagueness, A Reader*, Massachusetts, MIT Press, 1999, p. 3.

que no siempre es fácil percibir su importancia. Es como si la misma vaguedad que se asocia a las expresiones contagiara al propio fenómeno, del que no siempre se perciben sus implicaciones. Lo que la moderna discusión ha puesto sobre la mesa es que se trata de un problema que no se debe minimizar, ni en lo que se refiere a su extensión, ni a sus consecuencias, ni a la facilidad para resolverlo.

1. En cuanto a la extensión del problema, ¿afecta la vaguedad sólo a los predicados con los que se describen ciertas propiedades —altura, riqueza, madurez, calvicie, etc.—, o también a otros términos comunes que se aplican a cosas —gato, silla, persona, mar—, o, incluso, a nombres propios —Juan Pérez, Monte Everest—? A ello podría añadirse: ¿es la vaguedad predicable sólo de nuestras expresiones lingüísticas —concepción semántica de la vaguedad— o es el propio mundo vago —concepción óptica de la vaguedad—? Dejo esta segunda cuestión, muy debatida, para más adelante, y abordaré ahora la primera.

Unos de los puntos en los que hay un amplio acuerdo entre quienes han estudiado la vaguedad es que es un fenómeno ubicuo<sup>21</sup>. Se discute hasta dónde llega, pero en cualquier caso no se limita a predicados, sino que afecta a nombres, al menos los comunes. Un argumento muchas veces esgrimido en apoyo de esta visión es que la mayor parte de los términos de los lenguajes naturales pueden someterse a la paradoja sorites. Que «alto» es vago se percibe inmediatamente por cualquiera, pero no es tan intuitivo percatarse de que esto afecta a términos tan descriptivos como gato, mesa o persona. En el mundo jurídico estamos acostumbrados en parte a esta idea, porque desde antiguo se ha percibido que no hay concepto legal que no plantee problemas de interpretación en casos límites, lo que no es más que una muestra de vaguedad potencial.

La vaguedad potencial de cualquier término que denote una realidad material —salvo, quizás, los componentes últimos de la materia— se muestra cuando sometemos mentalmente su realidad física a un proceso de destrucción paulatina, en pasos moleculares o incluso atómicos. Podemos ir deshaciendo molécula a molécula una mesa hasta encontrarnos en la mano con una mera astilla. Partimos indudablemente de una mesa y llegamos indudablemente a algo que no es una mesa, y en el camino tenemos millones de pasos idénticos que consisten en arrancar cantidades infinitesimales de materia. ¿En qué momento deja de ser mesa la mesa? ¿Hay un momento en el que la adición o sustracción de una molécula decida la «mesidad» de un objeto? <sup>22</sup>

21 Las referencias a la generalidad son constantes en todos los escritos sobre la vaguedad. Véase, por ejemplo, Williamson, *Vagueness*, Londres/Nueva York, Routledge, 1998, p. 165; Schiffer, *A little help from your Friends?* (como en n. 18), pp. 421-422 y 430; Edgington, *The Philosophical Problem of Vagueness* (como en n. 11), p. 374; Peña, «Grados, franjas y líneas de demarcación», *Sorites: Revista electrónica de filosofía analítica* <http://www.ifs.csic.es/sorites/>, 1996, p. 2 y ss.

22 Los sorites por descomposición/composición han sido especialmente examinados por Peter Unger, «There Are No Ordinary Things», *Synthese*, 41, p. 117 y ss. (ahora también en Graff/Williamson (eds.), *Vagueness*, Dartmouth, Ashgate, 2002, p. 3 y ss.; en el mismo sentido Wheeler, «On That Wich Is Not», *Synthese*, 41, p. 141 y ss. (ahora también en Graff/

También en los términos que designan objetos que evolucionan desde estadios anteriores<sup>23</sup> se percibe muy bien los sorites. ¿Cuándo acaba el ser «renacuajo» y empieza el ser «rana»? Si, en el experimento propuesto por Cargile<sup>24</sup>, mediante una cámara automática tomáramos una foto cada milisegundo del proceso de metamorfosis y luego comparásemos siempre las fotos dos a dos respetando la sucesión, nadie se atrevería a afirmar que en una concreta de esas parejas se produce el tránsito de renacuajo a rana, si no que más bien describiríamos el proceso en términos graduales. Pero, de nuevo, ello parece contradictorio con la percepción clara de que en la primera foto hay un renacuajo y en la última una rana, y que no son lo mismo. Aplíquese lo mismo a una estatua, a una casa, . . . o al ser humano. Nos parece evidente que una cosa es el homicidio, otra el aborto y otra la destrucción impune de un preembrión, porque de cualquiera de ellos podemos encontrar casos claros que no se confunden con los otros, pero si sometemos la realidad que está detrás, la vida en formación, a un análisis sorítico no parece posible tal distinción<sup>25</sup>, lo que permite que en la discusión moral y jurídica se manejen argumentos de «pendiente resbaladiza», inspirados en esta idea.

En realidad, para cualquier ser vivo, la teoría de la evolución pone sobre la mesa una progresión sorites. Si pudiéramos obtener una fotografía de todas las generaciones de nuestros antepasados, de nuestro «árbol familiar», hasta el origen de la vida (o al menos de la reproducción sexual), veríamos una larga secuencia de seres muy parecidos, casi idénticos, a sus inmediatos antecedentes, pero partiríamos de un ser humano y llegaríamos a algo que claramente no lo es, sin que sea posible determinar un momento en el que se produzca el cambio que determine la «humanidad».

El reconocimiento de que este fenómeno es ubicuo no impide apreciar que no siempre es problemático. En primer lugar porque en los propios lenguajes naturales existen instrumentos —los cuantificadores, por ejemplo— que permiten alcanzar una mayor precisión, y, si no es suficiente, puede recurrirse a lenguajes técnicos, más exactos. En segundo lugar por la existencia de dos fenómenos que reducen el número de casos problemáticos: el desfase habitual que se da entre vaguedad potencial y real<sup>26</sup> —el

Williamson (eds.), *Vagueness*, Dartmouth, Ashgate, 2002, p. 41 y ss. Véase también, Rolf, «Sorites», *Synthese*, 58, 1984, p. 219 y ss. (ahora también en Graff/Williamson (eds.), *Vagueness*, Dartmouth, Ashgate, 2002, p. 71 y ss.); Peña, «¿Qué es una ontología gradual?», *Sorites: Revista electrónica de filosofía analítica* <http://www.ifs.csic.es/sorites/>, 1996, p. 10.

- 23 En realidad, cualquier objeto complejo es así. Todos proceden de agregación de materia más elemental y por eso el proceso destructivo descrito en el texto desemboca en sorites.
- 24 «The Sorites Paradox», en Keefe/Smith (eds.), *Vagueness: A Reader*, Massachusetts, MIT Press, 1999, p. 89.
- 25 Lo que no quiere decir que no se pueda razonablemente hacer distinciones en este proceso: éste sería un caso en el que sobre la gradualidad de base —la vida en formación es un continuo— se superponen otras circunstancias —como la dependencia de la madre— que marcan hitos que pueden justificar las diferencias de trato. Pero, en sí, el proceso vital es un continuo con todos los problemas asociados a estas situaciones.
- 26 En ocasiones para referirse a esta distinción se han utilizado las expresiones «vaguedad



concepto de gato es potencialmente vago, pero muchas de las entidades que dudaríamos si calificar de gatos, híbridos, por ejemplo, de hecho no se dan en la realidad porque la biología introduce, de facto, barreras para la reproducción entre especies—; y, dentro de la vaguedad real, la menor frecuencia de aparición de casos dudosos que de casos claros —las fases temporales claras de ser humano y de feto, por ejemplo, son mucho más duraderas que las de casos dudosos<sup>27</sup>; abundan más los casos de dolo de primero y segundo grado que los de dolo eventual—.

2. En los casos en que la vaguedad es un problema, ¿lo es grave? Quizás la respuesta más adecuada sea: depende del contexto; de cuánta precisión sea necesaria y de cómo podamos obtenerla. Siempre que en el ámbito en el que nos movamos la precisión sea un valor superior, la vaguedad se convierte en un problema grave. Creo que esto es precisamente lo que sucede en el Derecho<sup>28</sup>, y de manera especialmente notoria en el Derecho penal. El juez tiene la obligación de determinar si algo es dolo o imprudencia, o si la acción es ya ejecutiva o meramente preparatoria, y de cómo lo haga depende el sí y el cuánto de la privación de libertad para personas concretas. La precisión es una garantía esencial asociada al principio de legalidad, así que la vaguedad es un problema básico para el Derecho penal

En ocasiones, sin embargo, se ha puesto en tela de juicio que la precisión sea necesariamente siempre buena en Derecho. Tras mostrar sus ventajas para la seguridad jurídica, Endicott, en la línea previamente marcada por Hart, ha sostenido la importancia de utilizar conceptos vagos con el argumento, entre otros de que «cualquier ley precisa incurre en arbitrariedad en virtud de su precisión», como lo muestra, por ejemplo, la fijación convencional de una tasa de alcoholemia como límite legal para conducir<sup>29</sup>. Pero el argumento de Endicott no es correcto, porque mezcla dos cuestiones sobre la vaguedad que no deben ser confundidas. La calidad de la ley en este ámbito depende de dos factores, uno formal y otro de contenido. Desde el punto de vista formal, una buena ley ha de expresarse en términos que garanticen la seguridad jurídica y la igualdad de trato a igualdad de situación. Desde el punto de vista del contenido, una buena ley es la que no es arbitraria, esto es, aquella cuyo contenido es valorativamente adecuado a la realidad que trata de regular. Así, una ley arbitrariamente precisa, como

---

intensional» y «extensional». Véase, por ejemplo, Burns, *Vagueness. An Investigation into Natural Languages and the Sorites Paradox*, Dordrecht, Kluwer, 1991, p. 20 y ss.

- 27 Además, en ciertas situaciones la fijación convencional de un punto de corte en una escala gradual puede alterar la escala de frecuencia favoreciendo la disminución de casos materialmente dudosos.
- 28 En general, sobre las relaciones entre vaguedad y Derecho, véase Endicott, *Vagueness in Law*, Oxford, University Press, 2000, y los trabajos publicados en *Legal Theory*, 7, 2001, p. 369 y ss.
- 29 «Law is Necessarily Vague», *Legal Theory*, 7 (2001), p. 380. Conecta las ventajas de la vaguedad con la necesaria discrecionalidad en ciertos ámbitos en Derecho, Raz, «Sorensen: Vagueness has no function in Law», *Legal Theory*, 7, 2001, pp. 417-419; Endicott, *Vagueness in Law* (como en n. 28), p. 202 y ss.

la que menciona Endicott, es una mala ley en cuanto al valor «contenido», porque no respeta la gradualidad de la situación e introduce de manera arbitraria puntos de corte valorativos donde no existen<sup>30</sup>, pero no en cuanto al valor «seguridad». Es cierto que si hay que decidir necesariamente entre una ley expresada en términos vagos, que permita al juez darle una interpretación acorde con un contenido valorativamente razonable, y una ley precisa y arbitraria, unas veces predominará el interés seguridad<sup>31</sup> y otras el de contenido, y seguramente es en este tipo de situaciones en las que está pensando Endicott. Es imaginable que una ley imprecisa sea un mal menor..., pero sigue siendo un mal. Y lo importante es que, contra lo que parece sugerir el argumento esgrimido, los intereses de la seguridad y la no arbitrariedad no son incompatibles. Es posible, y de hecho marca el óptimo en este tema, que una ley sea a la vez más precisa (del todo nunca podrá serlo) y no arbitraria. Utilizar términos vagos puede ser inevitable, e incluso funcional cuando una generalización necesaria se aplica a una realidad gradual, pero, como ha indicado con especial agudeza Sorensen<sup>32</sup>, en Derecho provoca efectos contrarios a las exigencias del imperio de la ley. En la medida de lo posible, tales efectos deben minimizarse, ya que es imposible suprimirlos del todo. Sobre ello volveré más adelante, en la propuesta final.

3. Cuando uno se aproxima por primera vez al problema de la vaguedad hay una tendencia casi inevitable a pensar en soluciones sencillas que puedan eliminar o minimizar sus efectos perjudiciales. Ya hemos analizado y descartado una de ellas: la fijación convencional de puntos de corte arbitrarios, porque soluciona el problema de la seguridad, pero deja inalterado el problema de fondo. Sólo es correcto distinguir dos situaciones cuando entre ellas haya diferencias relevantes, algo que, como muy plásticamente muestra la paradoja sorites, no se da en la solución convencional: verdaderamente ni un céntimo, ni un pelo, ni una décima de milímetro pueden marcar la diferencia para ser rico, calvo o alto.

Pero hay otra solución que salta a la vista y cuyo enunciado nos permite introducir un aspecto especialmente importante y perturbador de la vaguedad: la denominada vaguedad de segundo o superior orden. ¿No sería posible utilizar los términos vagos con precisión, limitando su aplicación a los casos claros, en los que no hay desacuerdo? Dos motivos hacen de ésta una solución inadecuada. En primer lugar, deja indefinido qué hacer en los casos no claros o de penumbra, que, al menos en Derecho, son los que más requieren un tratamiento convincente. En segundo lugar, ni siquiera es posible la precisión en los denominados casos claros porque cuando tratamos de encontrar la delimitación entre la zona de significado claro y la borrosa nos encontramos de nuevo con una zona borrosa con los mismos problemas de indeterminación que la primera. ¿Qué céntimo decide que una persona claramente rica deje de serlo? Y este proceso puede repetirse en pasos sucesivos con los mismos resultados siempre. La vaguedad de

30 Como el propio Endicott afirma, «la ley, como el lenguaje, no debe hacer distinciones arbitrarias», *Law is Necessarily Vague* (como en n. 29) p. 385.

31 En este sentido, Edgington, *The Philosophical Problem of Vagueness* (como en n. 11), p. 373.

32 *Vagueness Has No Function in Law* (como en n. 8), p. 387 y ss.

orden superior, puesta también de relieve por la paradoja sorites, es, reconocidamente, un importante obstáculo que debe abordar cualquier teoría explicativa de la vaguedad que pretenda convencer<sup>33</sup>.

### III. SOLUCIONES

A diferencia de otros problemas clásicos, como el del libre albedrío, que han mantenido la atención constante de los filósofos y científicos desde sus primeras formulaciones, el examen histórico de la paradoja sorites muestra una marcada discontinuidad en el interés que ha suscitado. Se ha destacado<sup>34</sup> el protagonismo inicial que adquirió en Grecia, para luego languidecer a lo largo de la Edad Media, en la que no se encuentran referencias relevantes al problema, y resurgir en el Renacimiento para, finalmente, convertirse en tema principal de estudio en la filosofía analítica<sup>35</sup>, muy especialmente en las últimas tres décadas, donde se observa una verdadera explosión de trabajos en el marco de las filosofías de la lógica y del lenguaje.

Muchas son las respuestas que se han ofrecido para la paradoja sorites. Algunas extremas, como afirmar que la lógica no es aplicable a los lenguajes naturales, porque carecen de la precisión necesaria, lo que disolvería la paradoja, o tomarla tan en serio como para concluir que las cosas ordinarias no existen en el sentido que habitualmente pensamos que lo hacen<sup>36</sup>. Pero la mayoría de las propuestas se han esforzado, por distintas vías, en ofrecer una solución que permita mantener la aplicabilidad de la lógica a este tipo de enunciados, y que a la vez explique y resuelva la paradoja.

Dentro de estas coordenadas no radicales, y con las cautelas propias de cualquier simplificación, podría decirse que el problema de la vaguedad admite tres tipos de respuestas, y las tres se han explorado: o bien se trata de un problema semántico, propio de los lenguajes naturales, necesariamente «viciados» de vaguedad —teorías semánticas de la vaguedad—; o bien es la expresión de un conocimiento incompleto, de ignorancia —teorías epistémicas de la vaguedad—; o bien, por último, es un problema de la

33 Hay práctica unanimidad acerca de la importancia de la vaguedad de orden superior. Sobre este tema véanse, por ejemplo, los trabajos recopilados por Graff/Williamson (eds.), *Vagueness* (como en n. 15), pp. 279-351.

34 Un estudio muy elaborado sobre la historia de la vaguedad puede verse en Williamson, *Vagueness* (como en n. 21), especialmente capítulo 1 para los primeros antecedentes y capítulos 2 y 3 para la historia más reciente en el marco de la filosofía analítica. En España se ocupó con cierto detenimiento de la paradoja Benito Jerónimo Feijoo, *Teatro Crítico Universal*, t. VIII, discurso segundo, § III.

35 Williamson ha destacado las coincidencias entre la escuela estoica y la moderna filosofía analítica en cuanto a su preocupación por la lógica formal, lo que explicaría su coincidente interés por la vaguedad y los sorites, *Vagueness* (como en n. 21), p. 36.

36 Así en los autores que Williamson ha denominado «nihilistas», como Unger, *There Are No Ordinary Things* (como en n. 22); o Wheeler, *On That Which Is Not* (como en n. 22).

realidad misma que es vaga, o gradual, como algunos prefieren denominarla —teorías ontológicas de la vaguedad—.

1. Una solución radical al problema de la vaguedad es la propuesta por la teoría epistémica<sup>37</sup>. La imposibilidad de encontrar límites para los términos vagos no residiría ni en la realidad a la que se aplican ni en su significado, sino en limitaciones epistemológicas. Habría puntos precisos en los que un calvo, un rico o un alto dejan de serlo, pero no sabemos, ni en muchos casos podemos llegar a saber, dónde están.

Aunque tiene a su favor la sencillez y el mantenimiento inalterado de los postulados básicos de la lógica clásica, y aunque ha sido objeto de desarrollos extraordinariamente pormenorizados, que obligan a tomarla más en serio de lo que una primera aproximación sugeriría, lo cierto es que su postulado central provoca por lo menos perplejidad, cuando no una reacción más fuerte<sup>38</sup>. En su intento por mantener intacto el edificio de la lógica clásica, la teoría epistémica acaba asumiendo un planteamiento profundamente contraintuitivo, que provoca más perplejidad que la propia paradoja que quiere resolver. Si el significado de un término se define ante todo por el uso que le damos, la existencia de un punto de corte fijo debería venir marcada precisamente por dicho uso y la realidad es que no hay nada de eso.

Aunque otras alternativas menos clásicas planteen indudables problemas<sup>39</sup>, lo cierto es que tampoco parece una buena solución la que acaba afirmando que, efectivamente, un céntimo de euro arriba o abajo marca un límite preciso a la riqueza. Y la perplejidad que nos provoca esta afirmación no disminuiría aunque se pudiera demostrar que, si tales límites existieran, no podríamos llegar a conocerlos por algún tipo de incapacidad epistemológica<sup>40</sup>. Porque lo que cualquier aproximación al problema de la vaguedad nos muestra es que realmente no hay tales límites. Ni en la realidad los hay, ni en nuestras convenciones lingüísticas los hemos fijado de una manera oculta, inaccesible a nuestra

37 La propuesta epistemológica más elaborada es, reconocidamente, la de Williamson en *Vagueness* (como en n. 21), especialmente p. 185 y ss. También, Sorensen, *Vagueness and Contradiction*, Oxford, Clarendon Press, 2001. Los antecedentes se encuentran en Cargile, *The Sorites Paradox* (como en n. 24), p. 89 y ss. En general, sobre la teoría epistémica, véase, Keefe, *Theories of Vagueness*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 62 y ss.; Vásquez, *The Sorites Paradox* (como en n. 18) p. 14 y ss.

38 Como ha recordado Schiffer, para muchos, las teorías epistémicas parecen simplemente increíbles, *A little help from your Friends?* (como en n. 18), p. 427.

39 Lo que se ha utilizado como argumento a favor de la teoría epistémica. Vid. Keefe/Smith, *Introduction: Theories of Vagueness* (como en n. 20), p. 18.

40 Por otro lado, si fuera correcta, esta solución tampoco sería de especial ayuda para el Derecho: ¿cómo podría el juez justificar una sentencia si no puede, por limitaciones epistemológicas, conocer dónde, por ejemplo, termina el dolo y empieza la imprudencia? Destacan esta idea, Schiffer, *A little help from your Friends?* (como en n. 18), p. 424; Stoljar, «Vagueness, Counterfactual Intentions, and Legal Interpretation», *Legal Theory*, 7, 2001, p. 448.

propia observación<sup>41</sup>. Más bien cabe pensar que la situación es la contraria. La realidad es genuinamente gradual y nuestro lenguaje se adapta a ello acuñando términos vagos.

2. Dentro de las explicaciones semánticas, una interesante propuesta para resolver la paradoja sorites es la del supervaluacionismo<sup>42</sup>. La intención declarada de sus proponentes es poder dar cuenta de la vaguedad manteniendo los principios de la lógica clásica, en particular el principio del tercio excluso. Parte esta teoría del reconocimiento de que las expresiones vagas son deficientes desde el punto de vista de su significado porque generan lagunas en la asignación de valores de verdad o falsedad. Pero cualquier intento de precisión única sería arbitrario, porque hay distintas configuraciones posibles. Poner el límite inferior de la altura en, pongamos por caso, 175 cm. sería tan bueno o tan malo como ponerlo en 174 o en 176. Admitido esto, el supervaluacionismo introduce un concepto modificado de verdad/falsedad: una expresión es súper-verdadera/súper-falsa cuando es verdadera/falsa en cualquiera de sus precisiones posibles. De las asignaciones de verdad de cada propuesta concreta (valoraciones primarias), se obtiene una valoración de orden superior (supervaluación) en la zona de pleno acuerdo entre aquéllas. Con ello el principio lógico del tercio excluso se salva, pero se pierde el de bivalencia<sup>43</sup>: ciertamente una persona será siempre alta o no alta, porque en cualquiera de las configuraciones posibles de esta alternativa hay una delimitación precisa entre ellas, pero a la vez, en los casos límite —los que no son super-verdaderos o super-falsos— no se podrá asignar un valor de verdad. Será cierto que alguien «es o alto o no alto» (*tertius non datur*), sin que sea cierto que «es alto» o que «es no alto». Con ello se abandona la regla habitual que conecta lógicamente los valores de verdad de una disyunción y los de sus miembros<sup>44</sup>.

El supervaluacionismo destaca un aspecto que es relevante para cualquier aproximación al problema de la vaguedad: que si es cierto, como parece, que hay diversas formas igualmente aceptables de hacer precisos los términos vagos, sólo donde coincidan las diferentes propuestas tendremos un significado universalmente preciso. Pero, al margen de las cuestiones lógicas, no parece dar una respuesta adecuada a la paradoja sorites. La cuestión no es si podemos hacer distintas propuestas para establecer un lí-

41 En este sentido, Wheeler (como en n. 22), p. 170.

42 Básico en esta teoría, Fine, «Vagueness, Truth and Logic», en Keefe/Smith (eds.) *Vagueness: A Reader*, Massachusetts, MIT Press, 1999, p. 119 y ss. También Keefe, *Theories of Vagueness* (como en n. 37), pp. 152 y ss. y 202 y ss. En general, sobre el supervaluacionismo véase, Williamson, *Vagueness* (como en n. 21), p. 142 y ss.; Hyde, *Sorites Paradox* (como en n. 17), p. 7 y ss.; Vásconez, *The Sorites Paradox* (como en n. 18) p. 27 y ss.

43 Así, Williamson, *Vagueness* (como en n. 21), p. 145; Keefe/Smith, *Introduction: Theories of Vagueness* (como en n. 20), p. 24; Schiffer, *A little help from your Friends?* (como en n. 18), p. 426.

44 Mehlberg, «Truth and Vagueness», en Keefe/Smith (eds.), *Vagueness: A Reader*, Massachusetts, MIT Press, 1999, p. 88. Destaca el problema que supone apartarse de la semántica clásica, Schiffer, *A little help from your Friends?* (como en n. 18), p. 427. En este sentido, Endicott, *Vagueness in Law* (como en n. 28), p. 80.

mite en una progresión sorites, sino si tenemos alguna razón que justifique cualquiera de las que hagamos. Cada proponente no podrá explicar por qué precisamente trazó la línea donde lo hizo, porque lo característico de estas situaciones es que no hay argumentos a favor de una u otra delimitación. En otras palabras, ¿qué puede contar como una propuesta admisible de precisión?<sup>45</sup> Y esta dificultad se traslada completamente al concepto de súper-verdad/súper-falsedad. Una vez fijado, ¿caso no es sometible al razonamiento sorítico?; ¿por qué precisamente a partir de una medida X es súper-verdad que alguien es alto y no una milésima de milímetro antes? La objeción de fondo que se deduce de la existencia de vaguedad de orden superior se puede aplicar enteramente al supervaluacionismo.

3. Otro tipo de solución, con muchos seguidores, es la que ofrecen las diversas teorías que resuelven el problema de los sorites mediante la introducción de lógicas multivalentes o graduales<sup>46</sup>. En lugar de operar, como en la clásica lógica bivalente, sólo con dos valores de verdad —«verdadero» o «falso»—, se admiten valores intermedios. Básicamente se adoptan dos modelos: o bien se añade un tercer valor, como puede ser «indeterminado» (lógicas trivalentes)<sup>47</sup> o bien se admiten infinitos valores correspondientes a todas las posibilidades expresables mediante números reales en el intervalo entre falso (valor 0) y cierto (valor 1), lo que daría lugar a las teorías graduales de la verdad propias de las denominadas lógicas graduales o borrosas<sup>48</sup>.

La crítica habitual contra las lógicas trivalentes es que no son una respuesta adecuada al problema porque no pueden dar cuenta de la vaguedad de segundo o sucesivos órdenes<sup>49</sup>. La introducción de valores intermedios en cualquier número finito lo único que hace es desplazar a los nuevos escalones el problema que antes teníamos para decidir el punto de corte en la transición de verdadero a falso. ¿Dónde terminan los casos claros de «rico» o «calvo» y empiezan los borrosos o indeterminados? Por ello, la evolución natural de estas propuestas ha ido en la línea de aceptar una graduación

45 En este sentido, ENDICOTT, *Vagueness in Law* (como en n.28), p.80.

46 En general, sobre lógicas multivalentes, véase, Williamson, *Vagueness* (como en n. 21), p. 96 y ss.; Keefe, *Theories of Vagueness* (como en n. 36), p. 85 y ss.; Hyde, *Sorites Paradox* (como en n. 17), p. 10 y ss.; Vásconez, *The Sorites Paradox* (como en n. 18) p. 33 y ss.

47 Véase un resumen de algunas propuestas en esta línea en Williamson, *Vagueness* (como en n. 21), pp. 102-113.

48 Véase, por ejemplo, Machina, «Truth, Belief and Vagueness», en Keefe/Smith (eds.), *Vagueness: A Reader*, Massachusetts, MIT Press, 1999, p. 174 y ss.; Sainsbury, *Degrees of Belief and Degrees of Truth* (como en n. 18), p. 97 y ss.; Peña, *Grados, franjas y líneas de demarcación* (como en n. 21), y ¿Qué es una ontología gradual? (como en n. 22); Vásconez, *The Sorites Paradox* (como en n. 18). En general, sobre las teorías que admiten infinitos valores de verdad, vid. Williamson, *Vagueness* (como en n. 21), pp. 113-141; Keefe/Smith, *Introduction: Theories of Vagueness* (como en n. 20), pp. 35-49.

49 Así, por ejemplo, Williamson, *Vagueness* (como en n. 21), pp. 111-113; Keefe, *Theories of Vagueness* (como en n. 36), p. 112; Keefe/Smith, *Introduction: Theories of Vagueness* (como en n. 20), pp. 39-40.

continua, dando lugar a las lógicas que adoptan infinitos grados de verdad. Afirmaciones como las que contienen las premisas de un razonamiento sorites, ya no podrían entenderse como verdaderas o falsas sin otra alternativa, sino verdaderas o falsas hasta cierto grado, expresable mediante un número real. Una superficie podría ser negra 1, esto es, completamente negra, pero también negra en cualquier grado inferior hasta que fuese completamente blanca, es decir, negra con valor  $0^{50}$ , y lo mismo sucede con cualquier otro término real o potencialmente vago.

El punto de partida de estas concepciones es, a mi modo de ver, correcto. En la realidad, los fenómenos se presentan de manera gradual. Mediante pequeños cambios de escasa entidad, acaban produciéndose las infinitas variedades que percibimos. Por ello, al margen de los problemas que pueda plantear la construcción de un sistema lógico con estas características<sup>51</sup>, contar con un instrumento formal que pueda establecer las conexiones entre fenómenos mediante una escala gradual parece una buena forma de ordenar la realidad<sup>52</sup>. Pero, aun reconociendo que puede contribuir a ofrecer una solución para el problema general de la vaguedad, cabe dudar que todo el problema

50 Utiliza este ejemplo Williamson, *Vagueness* (como en n. 21), p. 113.

51 Para un análisis crítico desde el punto de vista lógico, véase Williamson, *Vagueness* (como en n. 21), p. 114 y ss.; Rolf, *Sorites* (como en n. 22), p. 220 y ss. Algunas objeciones habituales contra estas teorías es que tampoco podrían dar cuenta de la vaguedad de orden superior, porque siempre habría que establecer un punto de corte al menos entre los valores de verdad 1 y los inmediatamente inferiores y 0 y los inmediatamente superiores —así, por ejemplo, Keefe, *Theories of Vagueness* (como en n. 37), p. 112 y ss.; Williamson, *Vagueness* (como en n. 21), p. 127 y ss.; Endicott, *Vagueness in Law* (como en n. 28) p. 81—, o que en muchas situaciones en las que empleamos términos vagos no hay un criterio para determinar a qué se podría asignar los valores 1 y 0, que definirían los extremos de la escala. La primera objeción no parece, sin embargo, consistente. Una lógica que admita infinitos grados de veracidad puede dar cuenta de cualquier diferencia cuantitativa entre dos fenómenos, por próximos que estén, con lo que el problema de la vaguedad de orden superior desaparece. Nunca será necesario introducir un punto de corte arbitrario entre dos situaciones indistinguibles a efectos de una determinada propiedad. Si realmente son indistinguibles, tendrán el mismo grado de verdad, y si son diferentes en alguna medida, sea cual sea, la graduación basada en números reales permite cualquier grado de aproximación imaginable. En cuanto a la segunda objeción, es cierto que la asignación de los valores extremos es más fácil en propiedades cuantitativas —por ejemplo, el 1 de «calvo» sería el que no tienen absolutamente ningún pelo ni fracción de pelo en la cabeza y el 0 el número máximo de pelos que se puedan tener (al margen de que esa cifra pueda conocerse)— y no tanto en otras —¿qué cuenta como «gato» de nivel 1?—, pero ello no invalida la utilidad de disponer de un instrumento formal que permita cuantificar la realidad gradual a efectos comparativos. En otras palabras, puede haber obstáculos prácticos para fijar de manera precisa la escala gradual en una situación concreta, pero ello no echa por tierra la validez del sistema gradual como instrumento de comparación, de la misma manera que del hecho de que sea cierto que en la mayor parte de nuestras afirmaciones sobre la realidad con conocimientos incompletos no podemos evaluar de manera precisa la probabilidad, no se deriva la inidoneidad general de las estimaciones de probabilidad.

52 Así lo reconoce Rolf, *Sorites* (como en n. 22), p. 223, aunque en general se muestra crítico con estas teorías.

se reduzca a esto. Por ejemplo, no ofrece una explicación para nuestra forma habitual de entender y operar con casos claros. Cuando hablamos de una persona que mide 2,20 cm., nuestra tendencia es a afirmar sin atisbo de duda que esta persona es alta sin más, y no alta hasta un grado de por ejemplo el 99,2%, y lo mismo pasa con cualquier otra propiedad vaga. En nuestro lenguaje ordinario operamos con propiedades como ser alto, calvo, rico o constituir un montón como si no fueran graduales, al menos en ciertos contextos. Y si pasamos a otras expresiones como las que describen cosas con nombres genéricos, como «gato», «ser humano», «montaña» o cualquier otro, la representación mediante grados de veracidad, o de existencia, resulta, cuando menos, inhabitual — ¿diríamos que algo es un 72% de gato o de ser humano?—. Es posible que sea esa tendencia psicológica nuestra a igualar lo que en la realidad es gradual lo que explique la perplejidad que sentimos ante un razonamiento sorítico, y que por ello la única solución sea hacer evidente que la realidad es gradual y operar como proponen estas teorías, pero en cualquier caso una explicación completa del fenómeno de la vaguedad debería incorporar también respuestas para este «defecto» psicológico que constituye nuestra forma habitual de ver las cosas.

4. ¿Podría el problema de la vaguedad residir no en nuestras limitaciones de conocimiento ni en la representación lingüística de la realidad sino en la propia realidad? Éste es el punto de partida de las distintas teorías ontológicas de la vaguedad.

La posibilidad de que la propia realidad sea en algún sentido vaga, ha sido categóricamente negado por algunos. Russell expresa con rotundidad esta idea al tildar de cometer la «falacia de verbalismo» —aplicar erróneamente las propiedades de las palabras a las propiedades de las cosas— a quienes admiten vaguedad en la propia realidad. «Vaguedad y precisión (...) tienen que ver con la relación entre una representación y aquello que ésta representa. Al margen de la representación, sea cognitiva o mecánica, no puede haber algo como vaguedad o precisión; las cosas son lo que son, y no hay más que decir. Nada es más o menos que lo que es»<sup>53</sup>. En la misma línea, afirma Dummett: «la idea de que las cosas pudieran ser en realidad vagas, tanto como son vagamente descritas, no es propiamente inteligible»<sup>54</sup>. Hay quienes, por el contrario, estiman que sólo el reconocimiento de la gradualidad óptica del ser permite aproximarse razonablemente al problema de la vaguedad y los sorites<sup>55</sup>.

53 «Vagueness», en Keefe/Smith (eds.), *Vagueness: A Reader*, Massachusetts, MIT Press, 1999, cit. p. 62.

54 «Wang's Paradox», en Keefe/Smith (eds.), *Vagueness: A Reader*, Massachusetts, MIT Press, 1999, cit. p. 111. En general, sobre la discusión de la gravedad óptica, v. Keefe/Smith, *Introduction: Theories of Vagueness* (como en n. 20), p. 49 y ss. Un análisis de lo que podría entenderse por objetos vagos, en Romerales, «Amounts of Vagueness, Degrees of Truth», *Sorites: Revista electrónica de filosofía analítica*, <http://www.ifs.csic.es/sorites/>, 11 (1999).

55 En esta línea destaca entre nosotros Peña, para quien habría genuinos grados de existencia. Vid., por ejemplo, ¿Qué es una ontología gradual? (como en n. 22). Sobre la propuesta de Peña, véase, Vásconez, *The Sorites Paradox* (como en n. 18), p. 43 y ss.



Es posible que la polémica no sea más que el fruto de no determinar primero con claridad qué se puede entender por «existencia gradual» o «vaga». Hay un sentido en el que, como han destacado Keefe y Smith<sup>56</sup>, esta pregunta es una mera cuestión empírica que sólo la física puede contestar. Si aceptamos que toda la realidad está compuesta de partículas fundamentales y propiedades también fundamentales y ambas están completamente determinadas, no habrá ninguna vaguedad óptica en este nivel, y con ello tampoco en los siguientes, porque la precisión del nivel básico de existencia se extiende a los superiores, efecto de la agregación de los básicos<sup>57</sup>. Podría haber, claro está, un problema epistemológico que nos impidiera conocer los límites de las cosas, pero no ontológico. Como ésta es una posibilidad que la física mantiene abierta y sujeta a sus conclusiones, no tiene mucho sentido debatir sobre ella.

Pero hay otro sentido imaginable de «vaguedad» óptica, que es el que podría explicar la vaguedad semántica. Aun admitiendo que en cada momento haya una realidad espacio-temporal precisa, nada impide que esa realidad tenga una estructura tal que ciertas características que la definen sean graduales. Tener cabello en la cabeza es una característica habitual del ser humano, pero hay personas prácticamente sin cabello y otras que tienen mucho, con todos los grados intermedios imaginables. Estas propiedades son graduales en un sentido óptico, es decir, son propiedades objetivas que realmente se presentan en la realidad<sup>58</sup>. Cuando queremos hacer un agrupamiento categorial tomando como base una de estas características surge el problema sorites: al ser la realidad potencialmente gradual, no hay ningún argumento externo que permita justificar la elección racional de un punto de corte para los diferentes sectores en los que queramos dividir la progresión.

Admitir como punto de partida este tipo de gradualidad (que no vaguedad) óptica, compatible con cualquier grado de precisión o determinación de la realidad física subyacente, es, a mi entender, imprescindible para dar una respuesta adecuada a la paradoja de sorites. Pero a partir de este punto son varios los caminos que pueden seguirse. Uno de ellos desembocaría en las soluciones gradualistas que ya hemos examinado. Otro, el que han seguido los autores que Williamson ha denominado nihilistas<sup>59</sup>, sería aceptar el efecto destructor de los sorites con todas sus consecuencias, negando que existan las propiedades y los objetos que pueblan nuestro lenguaje ordinario. Nada sería la propiedad de ser alto: «Ninguna persona que sea no alta puede convertirse en alta creciendo un micrón (...). En cada intervalo de micrón en el crecimiento de una persona, ella tiene o no tiene la propiedad de ser alta. Salvo que un único micrón pueda marcar la diferencia entre tener esta propiedad y no tenerla nadie puede convertirse en

---

56 *Introduction: Theories of Vagueness* (como en n. 20), pp. 56-57.

57 Muy gráficamente, Keefe/Smith, *Introduction: Theories of Vagueness* (como en n. 20), pp. 56-57.

58 Véase, por ejemplo, Black, *Vagueness: an Exercise in Logical Analysis* (como en n. 16) p. 77.

59 Véase Williamson, *Vagueness* (como en n. 21), p. 165 y ss.; Graff/Williamson, «Introduction», en Graff/Williamson (eds.), *Vagueness*, Dartmouth, Ashgate, 2002, pp. XII-XIV.

alto creciendo de manera continua. Pero como estamos seguros de que cualquier límite preciso entre tener esta propiedad y no tenerla es puramente arbitrario, parece claro que no hay tal propiedad de ser una persona alta<sup>60</sup>. Ni tampoco habría cosas como ser una persona: «Si un óvulo fertilizado no es una persona, pero sí lo es alguien con treinta años, entonces en algún intervalo de un segundo una persona se ha convertido en algo real. Como esto parece físicamente improbable, seguramente no hay personas»<sup>61</sup>.

La tesis nihilista es más convincente en su crítica que en lo que ofrece a cambio. Como se ha destacado, su argumentación «parece constituir no sólo una reducción al absurdo de la visión de mundo que ofrece el sentido común, sino una reducción de cualquier visión del mundo en absoluto»<sup>62</sup>. Pero esta crítica, que explota a fondo la paradoja sorites, no debe ser desdeñada. Sobre ella volveré más adelante.

#### IV. APROXIMACIÓN A LA VAGUEDAD DESDE LA PSICOLOGÍA COGNITIVA: LA CATEGORIZACIÓN MEDIANTE PROTOTIPOS

Es posible que una adecuada respuesta al problema de los sorites sólo pueda obtenerse abriendo la perspectiva. Las paradojas cumplen una importante función en el desarrollo del pensamiento científico: ponen sobre la mesa, con la especial crudeza que les otorga lo escueto de su formulación y la fuerza que acompaña a los razonamientos lógicos, alguna quiebra en nuestra forma de ver las cosas<sup>63</sup>. Si Aquiles coge de hecho a la tortuga, entonces nuestra percepción de un espacio infinitamente divisible, como el que describen las premisas de la clásica paradoja de Zenón, no puede ser correcta<sup>64</sup>. Si un cretense no puede afirmar que todos los cretenses son siempre mentirosos sin incurrir en una contradicción lógica, entonces nuestras intuiciones sobre la veracidad de las expresiones de un lenguaje deben ser refinadas cuando esas expresiones hablan de sí mismas. Por el mismo motivo, si al someter los conceptos de nuestro lenguaje ordinario a un razonamiento sorítico acabamos concluyendo que quien tiene por todo patrimonio un euro es rico, o quien tiene una abundante mata de pelo, calvo, contradiciendo de manera frontal el significado que atribuimos a estos términos, y el uso habitual que les damos, algo no debe ser como pensamos en nuestro lenguaje, en el mundo al que se aplica, o en la relación entre ambos.

60 Wheeler, *On That Wich Is Not* (como en n. 22), cit. p. 165. En sentido similar, previamente, Unger, *There Are No Ordinary Things* (como en n. 22).

61 Wheeler, *On that wich is not* (como en n. 22), cit. pp. 167-168.

62 Graff/Williamson, «Introduction», en Graff/Williamson (eds.), *Vagueness*, Dartmouth, Ashgate, 2002, p. XIII.

63 Schiffer ha destacado cómo los problemas filosóficos más importantes tienen su reflejo en paradojas, *A little help from your Friends?* (como en n. 18), p. 425.

64 En la línea de lo que la teoría cuántica mostró en física: que la energía se emite no de forma continua, sino en cantidades discretas o «cuantos».

La hipótesis de la que quiero partir es la siguiente. Por un lado, la comunicación requiere conceptos significantes y la paradoja de sorites parece hacer imposible cualquier búsqueda de un significado preciso —comunicativo— de los términos vagos, que además son ubicuos; por otro lado, sin embargo, es un hecho que nos comunicamos con el lenguaje ordinario, y lo hacemos bien. De esta contradicción se deduce que tiene que haber en nuestro sistema cognitivo algo que permita procesar los términos vagos como conceptos significantes, dotándolos de esa precisión que parecen no poder tener. La verificación de esta hipótesis de partida nos obliga a examinar algo más de cerca las relaciones entre la realidad, el pensamiento y el lenguaje. No se trata, como es lógico, de proponer una teoría ni siquiera aproximada sobre esta cuestión, sino tan sólo de atender a ciertos rasgos de esta relación que han sido puestos de relieve por la psicología cognitiva y que, si no me equivoco, pueden ayudar a entender los efectos paradójicos puestos de relieve por los sorites.

El lenguaje puede razonablemente caracterizarse como un instrumento adaptativo especialmente versátil que permite a quien lo maneja básicamente dos cosas: estructurar su propia experiencia cognitiva y permitir la comunicación con otros. El conocimiento del mundo parte inicialmente de las percepciones sensoriales, y luego se organiza categorialmente mediante distintos códigos de representación, siendo el lenguaje seguramente el más importante<sup>65</sup>. En este sentido, el lenguaje tiene una función clasificatoria estructural, porque permite reducir la complejidad del mundo percibido al clasificarlo en categorías que lo representan. Cuando la representación es de alguna forma compartida, se hace posible, además, la comunicación. El primer aspecto es básico, y entender cómo se estructura el conocimiento mediante sistemas de representación es seguramente decisivo para comprender a su vez por qué se produce la paradoja sorites.

El proceso de integración de cualquier organismo en el medio en el que vive presupone establecer conexión con él. Los estímulos sensoriales son procesados de alguna manera por el organismo, y condicionan su respuesta. Ahora bien, «el mundo presenta un número infinito de estímulos potencialmente diferentes» así que «un cometido básico de todo organismo (en realidad, un signo distintivo de los seres vivos) es la segmentación del ambiente en clasificaciones por medio de las cuales estímulos no idénticos puedan ser tratados como equivalentes»<sup>66</sup>. En psicología cognitiva, este proceso de elaboración conceptual se ha denominado categorización<sup>67</sup>.

---

65 Hay distintas clasificaciones de la representación. Atendiendo a los estadios evolutivos de los niños, se ha distinguido, por ejemplo, entre representación enactiva, por medio de acciones, icónica, por medio de imágenes o esquemas espaciales en parte independientes de la acción, y simbólica, categoría en la que se clasifica el lenguaje —Bruner, «Sobre el desarrollo cognitivo, I», en J. S. Bruner y otros, *Investigaciones sobre el desarrollo cognitivo*, Madrid, Pablo del Río, 1980, p. 28yss.

66 Rosch/Lloyd, «Introduction», en Eleanor Rosch y Barbara B. Lloyd (eds.), *Cognition and Categorization*, Hillsdale, Lawrence Erlbaum, 1978, cit. p. 1.

67 Como han indicado Bruner, Goodnow y Austin, «Categorizar es hacer equivalentes cosas que se perciben como diferentes, agrupar objetos, acontecimientos y personas en clases,

La importancia del proceso de categorización apenas requiere comentario. Como ha indicado Lakoff, «nada hay más básico que la categorización para nuestro pensamiento, percepción, acción y lenguaje»<sup>68</sup>. La categorización, sea o no lingüística<sup>69</sup>, no es más que un proceso de simplificación de la realidad compleja llevado a cabo por un organismo de capacidades limitadas. En los organismos inferiores ese proceso puede estar completamente grabado en su memoria genética, de manera que la categorización se exprese en forma de una respuesta automática a ciertos estímulos externos, pero en los superiores, y muy destacadamente en el ser humano, es en gran medida el fruto de un largo proceso de aprendizaje, desarrollado especialmente en la infancia, en el que interviene de manera activa el propio sujeto en su interacción sensorial con el medio, pero que a la vez está fuertemente influenciado por las previas categorizaciones acuñadas en la cultura en la que se desarrolla, y en el que el lenguaje juega un papel primordial.

Rosch ha destacado dos principios característicos en la formación de categorías<sup>70</sup>. En primer lugar, un principio elemental de eficiencia: la finalidad de un sistema categorial es facilitar la máxima información con el menor esfuerzo cognitivo. En segundo lugar, un principio relativo a la relación entre el sistema categorial y la realidad: el mundo percibido se presenta con una información estructurada y no como un conjunto de características arbitrarias o impredecibles, y las categorías buscan de una forma u otra adaptarse a esta estructura.

Creo que ambos principios tienen gran importancia para lo que estamos aquí examinado. Las discusiones de la dogmática jurídica sobre la correcta caracterización de un concepto legal, como dolo, imprudencia, acto preparatorio, culpabilidad, feto, persona, etc., no son en realidad más que discusiones sobre distintas posibles categorizaciones, así que conocer lo que la ciencia nos dice sobre este proceso puede iluminar aspectos que desde la perspectiva estrictamente jurídica quedan ocultos. I. El principio

---

y responder a ellos en términos de su pertenencia de clase, antes que en términos de su unicidad», El proceso mental en el aprendizaje, Madrid, Narcea, 1978, cit. p. 15. Véase, también, Neisser, «Introduction: The Ecological and Intellectual Bases of Categorization», en Ulric Neisser (ed.), *Concepts and Conceptual development: Ecological and Intellectual Factors in Categorization*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987; Soto Rodríguez, *Adquisición de términos y formación de conceptos. Un estudio evolutivo*, Tesis doctoral, Madrid, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, 1982, p. 3yss.

68 *Women, Fire, and Dangerous Things. What Categories Reveal about the Mind*, *Chicago y Londres, The University of Chicago Press, 1987, cit. p. 5*. En la misma línea, Medin ha destacado cómo los «conceptos y categorías sirven de ladrillos para el pensamiento y comportamiento humanos» —Medin, «Concepts and Conceptual Structure», *American Psychologist*, 1989, cit. p. 1469.

69 Aunque generalmente se asocia al proceso de creación de conceptos mediante el lenguaje, la categorización no requiere necesariamente de un lenguaje. Para comer, aparearse, evitar peligros, etc., los animales tienen que aprender a agrupar los estímulos externos en categorías, así que este proceso es «central para toda la psicología cognitiva» —Jackendoff, *Semantics and Cognition*, Massachusetts, MIT Press, 1988, cit. p. 77.

70 «Principles of Categorization», en Eleanor Rosch y Barbara B. Lloyd (eds.), *Cognition and Categorization*, Hillsdale, Lawrence Erlbaum, 1978, p. 28 y ss.

de economía cognitiva provoca un rasgo característico de los sistemas categoriales, que cualquier investigación sobre el particular pone de manifiesto: su relatividad. Para una única realidad, hay múltiples sistemas categoriales posibles, y cuál o cuáles se utilicen depende en gran medida del tipo de organismo que categorice y de la tarea que pretenda<sup>71</sup>.

El tipo de «representaciones» que necesita un organismo unicelular, forzosamente elementales, tienen poco que ver con el mucho más complejo de un insecto social, como la abeja, y no digamos con el instrumental simbólico extraordinariamente potente de un ser humano desarrollado. El propio proceso de maduración se puede expresar razonablemente desde la óptica cognitiva como el paso de sistemas de representación más simples a otros más complejos<sup>72</sup>.

Pero más elaborado, más potente o más complejo no significa necesariamente mejor. Lo que pone de relieve el principio de economía cognitiva es que el contexto es esencial al valorar un sistema de representación. Y el contexto depende de dos variables: la capacidad de procesamiento del organismo y la tarea asociada a la representación.

Las limitaciones en la capacidad de procesamiento cognitivo definen un primer límite para la complejidad del sistema de representación. Un lenguaje simbólico como el del ser humano adulto, es disfuncional como sistema de representación de un recién nacido o de una abeja, que serían incapaces de manejarlo.

Pero incluso dentro del límite que marcan las capacidades, el contexto instrumental que está detrás del sistema de categorías es fundamental al evaluar éste. El uso de sistemas de representación más complejos supone un mayor gasto de energía que sólo se justifica cuando el tipo de representación que estos sistemas ofrecen sea relevante. Las representaciones prelingüísticas, el lenguaje ordinario, el lenguaje científico, los lenguajes formales que hemos desarrollado, como el lenguaje matemático o el lógico, todo forma parte de nuestro sistema categorial general, de nuestro instrumental cognitivo para enfrentarnos al mundo. Sería un error creer que se trata de sistemas de representación que operan separados unos de otros. Sólo hay una tarea, comprender el mundo en toda su complejidad relevante<sup>73</sup> —y para el ser humano toda es relevante, porque tiene curiosidad universal—, y utilizamos todos los recursos a nuestro alcance, desde la representación icónica más simple hasta la simbólica más compleja, y pasamos de una a la otra o las integramos según nuestras necesidades. Si nos es suficiente con un sistema conceptual más sencillo, el principio de economía cognitiva nos lleva a utilizarlo, pero si necesitamos algo más complejo nuestras categorías deben serlo a su

---

71 «La capacidad expresiva no es una cualidad absoluta; depende del proceso que lleva a cabo la tarea que se tiene entre manos. Un símbolo hace explícita, con el mínimo de trabajo, cualquier información disponible para dicho proceso», Johnson-Laird, *El ordenador y la mente*, 2.ª ed., Barcelona, Paidós, 2000, p. 37.

72 Ver, *supra*, n. 65.

73 Naturalmente ello no quiere decir que lo único que hagamos con las categorías sea intentar captar la realidad. Tras este primer paso, intentamos transformarla, adaptarla a nuestras necesidades, y para ello creamos también un sistema categorial teleológico.

vez. Para la vida ordinaria nadie necesita términos para los siete millones de colores discriminables; en muchos casos bastan media docena. Pero el lenguaje profesional de un pintor necesita muchos más, y el lenguaje científico que clasifica los colores con parámetros mucho más exactos, puede dar cuenta de cualquier distinción. El principio de economía cognitiva explica que, según el contexto y las necesidades, nos sirvamos de clasificaciones más o menos detalladas.

II. El segundo principio de la categorización destaca la necesidad de que haya algún tipo de relación entre categorías y realidad. Parece consustancial a cualquier sistema de representación el guardar una cierta relación con lo representado. La importancia de esta relación se pone de relieve al examinar cómo se lleva a cabo el proceso de categorización; la formación de conceptos. Hay una explicación clásica para este proceso, que se remonta a Aristóteles y que ha ejercido un dominio casi absoluto en las diferentes ramas del saber hasta tiempos muy recientes, en que ha sido desplazada por otra explicación, obtenida a partir de la experimentación en psicología cognitiva.

1. La teoría clásica de la categorización estimaba que ésta se lleva a cabo mediante un proceso de abstracción en el que los objetos de la realidad se clasifican en conjuntos bien definidos a partir de características compartidas que expresan la correspondiente cualidad que define el concepto. La posesión de estas cualidades definitorias, que para Aristóteles representan la esencia de la cosa y que son diferenciables de las meramente accidentales<sup>74</sup>, es condición necesaria y suficiente de pertenencia al conjunto, y marca los límites precisos entre las diferentes categorías conceptuales<sup>75</sup>.

Hay dos ideas básicas que definen la concepción clásica y se refieren respectivamente a la relación externa entre categorías y realidad, y a su estructura interna<sup>76</sup>. En cuanto a lo primero, la idea central es que las categorías serían convencionales; dividirían de manera arbitraria el mundo creando agrupaciones culturalmente condicionadas. La realidad no determinaría en ningún sentido la categorización. En cuanto a lo segundo,

74 *Metafísica* (traducción de Patricio de Azcárate, 11.<sup>a</sup> ed., México, Espasa-Calpe Mexicana, 1981, Libro IV, ap. IV, p. 79 y ss. y Libro V, aps. VIII, p. 111 y ss. y XXX, p. 133 y ss. Sobre la posición de Aristóteles, vid. Taylor, *Linguistic Categorization. Prototypes in Linguistic Theory*, 2.a ed., Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 22 y ss.

75 Véase, por ejemplo, una concepción de este tipo en Hospers, *Introducción al análisis filosófico*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Alianza, 1984, p. 40 y ss. Se ha destacado que el intento de expresar las categorías en estos términos es una constante del pensamiento occidental, Rosch, *Principles of Categorization* (como en n. 70), p. 35. Detalladamente, sobre la visión clásica y sus problemas, Medin, *Concepts and Conceptual Structure* (como en n. 68) p. 1470; Murphy/Medin, «The Role of Theories in Conceptual Coherence», *Psychological Review*, 92 (1985), p. 31 y ss.; Lakoff, *Women, Fire, and Dangerous Things* (como en n. 68), cit. p. 5 y ss.; Taylor, *Linguistic Categorization* (como en n. 74), p. 21 y ss.; Soto Rodríguez, *Adquisición de términos y formación de conceptos* (como en n. 67), p. 21 y ss.

76 Sigo en este punto las clasificaciones de Taylor, *Linguistic Categorization* (como en n. 74), p. 23 y ss., y Gardner, *La nueva ciencia de la mente. Historia de la revolución cognitiva*, Buenos Aires, Paidós, 1987, pp. 367-368.

internamente las categorías responderían a las siguientes características: 1. Se definirían en términos de una conjunción de elementos o atributos necesarios y suficientes (definitorios); 2. Los atributos serían binarios, estarían presentes en una categoría o no lo estarían; 3. Las categorías tendrían límites precisos; dividirían el universo en dos conjuntos de entidades, los miembros de la categoría y los que no lo son; 4. Todos los miembros de la categoría tendrían igual estatus, en la medida en que todos presentan por igual los atributos definitorios; no habría, por tanto, grados de pertenencia ni mejores o peores ejemplos; la suma de atributos de la categoría (intensión) determinaría de manera exacta los objetos que pertenecen a ella (extensión).

Pese a la aparente plausibilidad de la teoría clásica, cuando sus dos ideas centrales —independencia de la realidad en la formación de categorías, y estructura lógica interna basada en atributos necesarios y suficientes— fueron sometidas a escrutinio empírico resultaron no corresponderse con el proceso real de formación de conceptos, lo que motivó la aparición de una teoría alternativa, desarrollada desde la psicología cognitiva, especialmente a partir de las aportaciones seminales de Eleanor Rosch<sup>77</sup>, que son generalmente consideradas como una verdadera revolución en este campo.

2. Aunque ya Wittgenstein había puesto de relieve los problemas del modelo clásico al analizar el concepto de «juego»<sup>78</sup>, fueron sobre todo una serie de trabajos empíricos los que llevaron a la formulación de lo que, con diferentes denominaciones, se conoce como teoría probabilística<sup>79</sup>, teoría de los prototipos<sup>80</sup> o incluso teoría natural<sup>81</sup> de la categorización, cuya referencia científica principal es la obra de Rosch.

77 Para una visión histórica de la obra de Rosch, véase, Peraita/González Labra, «La obra de Eleanor Rosch veinte años después», pp. 67-92

78 Wittgenstein advirtió que las diferentes actividades que se encuadran bajo el concepto de «juego» no comparten atributos comunes como los postulados por el modelo clásico, sino más bien lo que denominó un cierto «parecido familiar», *Philosophical Investigations*, nms. 65-69. El interés de Wittgenstein por la vaguedad se percibe en toda su obra. Véase, en este sentido, la recopilación de Gerd Brand de los diferentes pasajes de la obra de Wittgenstein en los que se alude al tópico de la vaguedad y los sorites, *Los textos fundamentales de Ludwig Wittgenstein*, Madrid, Alianza, 1981, pp. 138-145. El carácter precursor de la obra de Wittgenstein ha sido generalmente reconocida. Así la propia Rosch, *Principles of Categorization* (como en n. 70), p. 36; también, Lakoff, *Women, Fire, and Dangerous Things* (como en n. 68), p. 16 y ss.; Taylor, *Linguistic Categorization* (como en n. 74), pp. 38-40; Jackendoff, *Semantics and Cognition* (como en n. 69), p. 118 y ss.; Soto Rodríguez, *Adquisición de términos y formación de conceptos* (como en n. 67), p. 39 y ss.

79 Ésta es seguramente la denominación más extendida. Vid., por ejemplo, Medin, *Concepts and Conceptual Structure* (como en n. 68) p. 1470 y ss.; Pozo, *Teorías cognitivas del aprendizaje*, 3.a ed., Madrid, Ediciones Morata, 1994, p. 93 y ss.

80 Denominación también muy habitual. Por ejemplo, Lakoff, *Women, Fire, and Dangerous Things* (como en n. 68), p. 5; Taylor, *Linguistic Categorization* (como en n. 74), p. 38 y ss.

81 Así la denomina Gardner, para destacar la relación entre categorías y realidad —*La nueva ciencia de la mente* (como en n. 76), p. 370 y ss., esp. 374—.

Las dos ideas centrales de la concepción clásica fueron puestas en entredicho.

## 1. Categorías y realidad: ¿arbitrariedad o estructura correlacional?

Para la teoría clásica, las categorías son cortes arbitrarios en una realidad continua que admite distintas clasificaciones<sup>82</sup>. Esta concepción parece encontrar un firme apoyo en dos hechos difícilmente controvertibles. En primer lugar, la realidad presenta al observador un conjunto de estímulos prácticamente infinito, que pueden agruparse de muy distintas maneras. En segundo lugar, los estudios antropológicos y sociológicos ponen de relieve que las diferentes sociedades utilizan sistemas categoriales distintos para referirse a las mismas cosas<sup>83</sup>.

Pero una serie de experimentos mostraron que, tras la aparente arbitrariedad, las categorías responden más bien a ciertas estructuras externas de la realidad e internas del organismo que categoriza. Es más, las primeras pruebas en este sentido provinieron paradójicamente del campo que siempre se había citado como mejor exponente de la tesis clásica: la categorización de los colores<sup>84</sup>. La teoría física del color pone de relieve que éste es un fenómeno que depende de tres valores físicos, color (relacionado con la longitud de onda de la luz), luminosidad y saturación, que se presentan de manera perfectamente continua, sin cortes (así sucede, por ejemplo, en el arco iris o en la descomposición de la luz blanca por un prisma), lo que contrasta con el hecho de que en nuestra percepción vemos colores discretos, esto es, categorías de color (tenemos la sensación vívida de que el arco iris está compuesto de diferentes colores que siguen un cierto orden). Aunque es cierto que las diferentes sociedades presentan diferentes categorías para el color, se observó que ciertas características eran altamente compartidas. Así, por ejemplo, los términos básicos para el color de cada lenguaje —los más usados, con aplicaciones más generales, más sencillos en su denominación, y no subordinados— varían mucho de unas sociedades a otras, pero en todas se seleccionan entre unos pocos colores focales, y además cuando se pregunta a cualquier sujeto por un buen ejemplo de color de las categorías usadas en su lenguaje, invariablemente elige un color focal. Incluso sociedades que manejaban un sistema categorial muy limitado, con solo dos

82 Un análisis de la teoría clásica en este aspecto puede verse en Taylor, *Linguistic Categorization* (como en n. 74), p. 5 y ss.

83 Así, por ejemplo, los Dani de Nueva Guinea, estudiados por Rosch, sólo tienen dos conceptos para clasificar toda la gama cromática, «mola» y «mili» correspondientes aproximadamente a claro y oscuro, mientras otras culturas manejamos una gama de colores más pormenorizada —sobre ello, Taylor, *Linguistic Categorization*, p. 11 y ss.; Gardner, *La nueva ciencia de la mente* (como en n. 76) p. 370 y ss.—. Los aborígenes australianos Dyrbal, clasifican los objetos de la realidad en cuatro categorías, «bayi», «balan», «balam» y «bala», cada una con contenidos tan heterogéneos que es difícil a primera vista reconocer el criterio de agrupación —sobre ello, vid. Lakoff, *Women, Fire, and Dangerous Things* (como en n. 68), esp. p. 92 y ss.—. No hay nada parecido en nuestra cultura.

84 Sobre ello, detalladamente, Taylor, *Linguistic Categorization*, p. 1 y ss. y esp. 8 yss.



términos para colores, distinguen perfectamente los colores focales<sup>85</sup>. El estudio de la categorización de los colores mostró una situación completamente distinta a la predicha por la teoría clásica. En lugar de arbitrariedad se encontró que las diferentes culturas comparten una estructura básica altamente uniforme.

¿Es esta conclusión tan sorprendente? Lo verdaderamente sorprendente sería que pudiéramos comunicarnos entre diferentes culturas (traducir de un lenguaje a otro; entendernos) si no hubiera una base común, y, por otro lado, que pudiéramos sobrevivir con cualquier categorización, porque todas fueran igualmente válidas. La interpretación clásica de la arbitrariedad categorial desatiende el carácter instrumental, operativo, de las representaciones, como instrumentos de adaptación al medio.

Mediante la categorización el mundo se hace inteligible, lo que nos permite des-entendernos en él. Al examinar el principio de economía cognitiva hemos destacado la relatividad de las representaciones. Si «convencionalidad» se entiende en este sentido, no hay nada que objetar a tal vocablo. Pero si se entiende en el sentido radical que se deduce de la concepción clásica, la objeción de fondo es que se está pasando por alto que las categorizaciones cumplen una finalidad instrumental, lo que permite valorarlas atendiendo a su idoneidad.

Un ejemplo clásico de categorización es la taxonomía de los seres vivos. ¿Cómo clasificarlos? Una propuesta, mayoritariamente aceptada por la ciencia, es la clásica de Linneo. Pero no es la única imaginable. ¿Por qué no utilizar una clasificación de los animales como la que Borges atribuye a la Enciclopedia china «Emporio Celestial de Conocimientos Benévolos», que distingue entre «(a) pertenecientes al Emperador, (b) embalsamados, (c) amaestrados, (d) lechones, (e) sirenas, (f) fabulosos, (g) perros sueltos, (h) incluidos en esta clasificación, (i) que se agitan como locos, (j) innumerables, (k) dibujados con un pincel finísimo de pelo de camello, (l) etcétera, (m) que acaban de romper el jarrón, (n) que de lejos parecen moscas»?<sup>86</sup> ¿Linneo o Borges?

A la hora de proponer sistemas conceptuales hay cuestiones que son convencionales, en el sentido de que el proponente puede optar entre diferentes alternativas sin que ello pueda ser objeto de valoración, y otras que no. ¿Cómo podemos distinguir unas de otras? El único criterio que parece razonable es: sólo es convencional aquello que no tenga trascendencia intrasistemática —en la delimitación de las diferentes categorías del sistema— ni extrasistemática —en el ajuste entre las categorías y lo que tratan de representar—.

Un caso claro de convencionalidad es la elección de los nombres de las categorías. Llamar «gato» al gato o llamarle «cat» o «miau» es indiferente, como lo es llamar al

85 Supra n. 83.

86 «El idioma analítico de John Wilkins», en *Otras inquisiciones*, Obras Completas, VII, Buenos Aires, Emecé. Es frecuente encontrar citado este párrafo de Borges cuando se habla de categorías. Por ejemplo, Rosch lo utiliza para mostrar lo extraño de la concepción que ve en cualquier categorización una elección arbitraria —Principles of Categorization (como en n. 70), p. 27.

dolo «dolo» o «vorsatz». Pero incluso aquí hay reglas que no pueden pasarse por alto, porque cuentan para la valoración: si se utiliza un mismo nombre para varios conceptos se provoca ambigüedad (y algo más que ambigüedad si se utilizara un mismo término para todas las categorías). Si puede superarse contextualmente, no habrá problemas, pero en caso contrario el sistema de representación es, en este punto, subóptimo.

Y, ¿qué sucede con los contenidos de las categorías, con el significado de las expresiones que las definen? ¿son convencionales en algún sentido, o tienen que mantener una determinada adecuación con la realidad que ordenan? Si la categorización es un proceso de estructuración del mundo con fines adaptativos, las propuestas adoptadas deben ser acordes a la realidad. El segundo principio de la categorización destacado por Rosch apunta a esta razonable idea realista: «el mundo percibido no es un conjunto global no estructurado de atributos coexistentes equiprobables» sino que los elementos que lo componen presentan al observador una «estructura altamente correlacional»<sup>87</sup>. Las categorías, en cuanto tales, no preexisten en la realidad, pero sí son el fruto de la interacción entre el agente —con todas las características que condicionan su percepción del mundo, sus necesidades y las previas categorías acuñadas en su medio social que interioriza en el proceso de aprendizaje—, y la realidad percibida, con su organización estructural<sup>88</sup>.

Ello explica que, para una misma realidad, diferentes culturas ofrezcan muchas veces propuestas categoriales convergentes, como en el caso ya citado de los colores o en las clasificaciones del mundo natural<sup>89</sup>. Para un organismo determinado, el ajuste instrumental entre categorías y realidad, en el nivel de sus necesidades, es una condición necesaria para la supervivencia. Un fallo en la representación cognitiva, en la distinción

87 Rosch, *Principles of Categorization* (como en n. 70), cit. p. 29.

88 En este sentido, las teorías que ven la categorización como un mero reflejo de una realidad externa son tan inadecuadas como las que prescinden por completo de la realidad. Que las circunstancias perceptivas del agente, sus necesidades y las categorías culturalmente condicionadas condicionan la estructuración de la realidad es indudable.

89 El recientemente fallecido Ernst Mayr, uno de los teóricos de la evolución más relevantes del siglo xx, destacaba esta idea en una entrevista. Mayr confrontó las afirmaciones de la teoría nominalista en filosofía, para la cual las especies en realidad no existen, no son más que categorías arbitrarias, con su propia experiencia como naturalista en Nueva Guinea clasificando aves: «descubrí que exactamente los mismos agrupamientos o agregaciones de individuos que el zoólogo entrenado denomina como especies separadas eran denominadas especies por los nativos de nueva Guinea. Coleccioné 137 especies de aves. Los nativos tenían 136 nombres para esas aves. Sólo confundían dos de ellos. La coincidencia entre lo que los científicos occidentales denominaban especies y lo que los nativos denominaban especies era tan total que me di cuenta de que las especies eran algo muy real en la naturaleza» —tomo la referencia de la nota necrológica publicada por el *New York Times* el 4 de febrero de 2005. Agradezco a Josexu Linaza, del Departamento de Psicología Evolutiva de la UAM, por haberme llamado la atención sobre este interesante texto, así como por su amabilidad al facilitarme información bibliográfica sobre el concepto de categorización.

de unas cosas de otras, lleva a una actuación errónea que generalmente se traducirá en algún tipo de perjuicio para el agente<sup>90</sup>. No todo es convencional ni construido.

Si volvemos al mundo del Derecho, es posible que esta sencilla idea sea aceptada sin demasiados problemas por una buena parte de los juristas cuando se trata de categorías que clasifican la realidad natural. A fin de cuentas, el reconocimiento de que la ley contiene elementos descriptivos es una aceptación tácita de esta idea: si la ley hace referencia a una realidad pre-jurídica, sus conceptos deben adaptarse a ella so pena de ineficiencia instrumental. Sin embargo, muy probablemente las cosas cambian cuando lo que se está analizando es un concepto normativo, esto es, aquel cuya realidad es precisamente fruto de una convención, social o específicamente jurídica. Si «gato» se aplica a una realidad preexistente a cualquier convención (aunque sea convencional ese nombre e incluso la delimitación exacta de qué entendemos por gato), y por ello es razonable admitir que la realidad, si no prefigura, al menos sí limita las categorizaciones posibles, «matrimonio» o «dolo», por ejemplo, se presentan como conceptos construidos normativamente, aparentemente convencionales en un sentido profundo, y por ello independientes en su significado de cualquier realidad (cualquier ontología) que no sea su propia construcción normativa.

Creo que se aceptará como una descripción correcta de los hechos que una buena parte de la ciencia jurídica tienen precisamente esta percepción de lo normativo a la que, para distinguirla de cualquier otra caracterización posible, denominaré (porque así suelen hacerlo quienes la defienden), concepción «normativa» de lo normativo. En Derecho penal es el credo de las concepciones «normativistas», pero también de la mayor parte de las «ontologicistas» cuando se refieren a lo normativo. La diferencia entre unas y otras más que afectar a la definición de normativo tiene que ver con las situaciones a las que se aplica. Los «normativistas» tienden a considerar que la mayor parte de los conceptos jurídicos son «normativos», y, en cualquier caso, que los que lo son lo son por completo —«puramente normativos»—, mientras que los demás reducen el número de conceptos normativos y, sobre todo, admiten que muchos conceptos tienen a su vez componentes normativos y componentes fácticos. La polémica histórica sobre la culpabilidad es una buena muestra de estos diferentes puntos de vista.

¿Es adecuada esta visión de las categorías normativas? Los conceptos normativos son categorizaciones formuladas para clasificar racionalmente la realidad social/institucional y no la realidad natural, pero rigen para ellas los mismos principios que para cualquier otra categorización: hay aspectos convencionales, aquellos en los que la elección entre alternativas es irrelevante, y otros que no lo son, de manera que atendiendo a éstos pueden compararse las diferentes propuestas. Cuando las categorías se refieran a la descripción de una concreta realidad social o institucional, o a propuestas teleológicas, la vara de medir será esa misma realidad existente o propuesta, de manera que, según sea el ajuste, podrá haber conceptos normativos lógicamente imposibles, cuando prefi-

---

90 Un ejemplo de cómo una deficiente categorización de los colores puede producir errores cognitivos es descrita por Bruner —Acción pensamiento y lenguaje (compilación de José Luis Linaza), Madrid, Alianza, 1984, p. 161 y ss.

guren una realidad imposible, aceptables pero subóptimos, mejores, excelentes, etc. El hecho de que los juristas polemiquen acerca de la mejor definición de conceptos como dolo, imprudencia, etc., supone que, al menos tácitamente, asumen que las diferentes propuestas no son convencionales en el sentido profundo del término que las haría a todas igualmente buenas (o malas). Por decirlo en otros términos: también lo normativo es una categoría, y la propuesta que me parece más razonable para ella es que por tal no se debe entender lo que muchas veces se entiende en la ciencia jurídica, esto es «normativo»<sup>91</sup>, porque normativo en ese sentido equivale a arbitrario, no valorable, y los conceptos jurídicos no responden a ese esquema.

## 2. Estructura interna de las categorías

Los resultados de los experimentos de la psicología cognitiva sobre el proceso de categorización tuvieron un efecto destructivo aún mayor para la concepción clásica en lo que se refiere a la estructura interna de las categorías. Como ha destacado Rosch, la concepción clásica, que concebía las categorías tan separadas unas de otras y tan precisas en sus límites como sea posible, es una derivación del principio de economía cognitiva, y virtualmente todas las definiciones en la tradición del pensamiento occidental suponen intentos de imponer a las categorías este esquema<sup>92</sup>. Pero los problemas que afronta esta manera de entender la conceptualización son prácticamente insuperables<sup>93</sup>. El primer, y seguramente decisivo, problema es que la búsqueda de condiciones definitorias en muchos de los conceptos utilizados en los lenguajes naturales parece una tarea imposible<sup>94</sup>, incluso para expertos. Basta con tomar cualquier concepto ordinario —«mesa», «gato», «libro», etc.— y tratar de precisar sus características definitorias para comprobar que es imposible hallar tal cosa. Y las dificultades de los expertos para lograr definiciones que cumplan estas características en sus respectivas áreas de conocimiento muestran que el problema no es meramente superficial<sup>95</sup>. La propia discusión penal sobre el concepto de dolo es un buen ejemplo de ello.

91 Cualquiera puede valorar esta propuesta sobre lo normativo y proponer una alternativa, pero al menos deberá aceptar como un presupuesto de racionalidad que la propia discusión acerca de qué se entiende por normativo no puede ser a la vez «normativa», porque entonces no habría nada que discutir.

92 Principles of Categorization (como en n. 70), p. 35. Se ha destacado como un hecho que lo habitual en la mayor parte de la población es entender los conceptos en términos de atributos necesarios y suficientes —vid. Murphy/Medin, *The Role of Theories in Conceptual Coherence* (como en n. 75), p. 311, con referencias a trabajos empíricos que muestran lo tenaz de esta percepción—.

93 Aunque hay propuestas de mantener, al menos parcialmente este modelo. Referencias en Murphy/Medin, *The Role of Theories in Conceptual Coherence* (como en n. 75), p. 311.

94 Así, por ejemplo, Johnson-Laird, *El ordenador y la mente* (como en n. 71), p. 230.

95 En este sentido, Medin, *Concepts and Conceptual Structure* (como en n. 68), p. 1470.

Este inconveniente para la versión clásica, demostrado hasta la saciedad por la psicología cognitiva, coincide exactamente con el tipo de objeción que se deduce del estudio de la vaguedad de los conceptos y en particular de los razonamientos soríticos. Apelando a un razonamiento lógico, pero construido sobre nuestra percepción<sup>96</sup>, la paradoja sorites nos dice lo mismo que la observación empírica en psicología. Al someter los términos vagos a un razonamiento sorites se aprecia que son conjuntos borrosos en los que no hay forma de determinar las condiciones necesarias y suficientes que definen su intensión. Ello provoca otro efecto que contradice la visión clásica, y que ha sido también observado a la vez desde la teoría de la vaguedad y desde la psicología cognitiva<sup>97</sup>: la existencia de casos dudosos o casos límite, en los que no hay acuerdo acerca de su pertenencia al conjunto. La indefinición en la intensión se traslada, como es inevitable, a la extensión.

Los problemas asociados al modelo clásico obligan a buscar nuevas explicaciones. Ya hemos examinado brevemente algunas de las propuestas desde la filosofía de la vaguedad. Las epistémicas pretenden mantener a toda costa la versión clásica de la formación de conceptos: las categorías tienen límites precisos, aunque no podamos determinar dónde están. Las supervaluacionales admiten distintas configuraciones igualmente válidas, pero en el fondo para cada una de ellas el modelo es el de la visión clásica: habría distintas configuraciones de un mismo concepto, cada uno de ellas precisa en sus límites y todas igualmente válidas, pero de su superposición, de sus zonas comunes, se derivaría un superconcepto (el equivalente de la súper verdad/falsedad de esta teoría) también expresable en términos clásicos, aunque, con la incorporación de un tercer valor, intermedio ente los de súper-verdad y súper-falsedad. Ambas teorías son desmentidas por las observaciones puestas de relieve por la psicología cognitiva. Ni la ausencia de límites es sólo epistemológica, ni existe algo parecido a las configuraciones precisas y equivalidas del supervaluacionismo. Por el contrario, el fenómeno de la vaguedad resulta ser profundo.

Las teorías nihilistas aciertan al mostrar precisamente este hecho, pero su conclusión expresa es que no puede existir nada que permita acuñar un concepto —no hay gatos, ni mesas, ni personas—, lo cual contrasta con el hecho incuestionable de que nuestra cognición, que es tanto como decir nuestra manera de integrarnos en el mundo y sobrevivir, está basada en la concepción, en la delimitación de categorías supuestamente imposibles.

Por último, las teorías graduales, que admiten conjuntos borrosos, parecen mejor examinadas en la línea de lo que sugiere la investigación en psicología cognitiva. Aceptan la caída del modelo clásico y proponen una alternativa basada en grados de

96 Porque, como veremos más adelante, la paradoja sólo funciona a partir del contraste entre cómo percibimos las cosas —sobre la base de mecanismos psicológicos que atribuyen veracidad a las premisas en la línea de la concepción clásica—, y cómo son.

97 Por ejemplo, Medin, *Concepts and Conceptual Structure* (como en n. 68), p. 1470; Johnson-Laird, *El ordenador y la mente* (como en n. 71), p. 230 y ss.; Jackendoff, *Semantics and Cognition* (como en n. 69), pp. 86 y 115 y ss.

verdad (grados de pertenencia al conjunto); pero no parece que ésta sea una explicación completa. No hay en ella nada que explique, por ejemplo, el persistente fenómeno, presente siempre en la vaguedad, de los casos claros. Conforme a esta teoría, nada debería tomarse como un caso claro de un concepto —verdadero sin más—, y sin embargo la psicología nos muestra que es precisamente así como vemos las cosas.

¿Qué aportación novedosa ofrece la teoría de los prototipos? El punto de partida, compartido con la teoría clásica, es que las categorías se construyen sobre la base de relaciones de semejanza entre diferentes objetos o ideas con características comunes. El principio de economía cognitiva impone que las diferentes categorías de un mismo nivel de abstracción tiendan psicológicamente a verse como conjuntos tan precisamente definidos y tan separados de los demás como sea posible, lo cual explica que la visión clásica, que construye las categorías sobre la base de atributos compartidos necesarios y suficientes, esté presente de manera natural en nuestra forma de ver las cosas. Pero para que este esquema explicativo funcione es preciso que los atributos que sirven de base a la categoría sean discontinuos, de manera que podamos fijar los necesarios puntos de corte. Lo cierto, sin embargo, es que en la realidad la situación no siempre es ésta. En muchas ocasiones los atributos se presentan de una manera gradual, continua, lo que parece hacer imposible una categorización como la propuesta por el modelo clásico. Las categorías, lejos de presentar límites definidos, son vagas.

¿Cómo conseguir el efecto de delimitación conceptual requerido por el principio de economía cognitiva ante una realidad que presenta atributos graduales? La respuesta es, definiendo las categorías en torno a los casos claros. En una serie de trabajos experimentales, Rosch y otros mostraron que la categorización se realiza en torno a «prototipos», esto es, aquellos miembros de la categoría que presentan más atributos compartidos con los demás de su misma clase, y menos con los de otras categorías<sup>98</sup>. Y ello se pudo demostrar tanto para las categorías de los lenguajes naturales como incluso para las categorías artificiales, experimentales, en las que la definición de atributos estaba completamente especificada y controlada<sup>99</sup>. Frente a la concepción clásica, las categorías resultaron no estar compuestas por elementos que comparten atributos necesarios y suficientes; no tener límites precisos, sino borrosos; y no ser homogéneas, esto es, no estar compuestas de elementos con igual estatus. Por el contrario, se construyen en torno a elementos prototípicos, que ocupan el centro de la categoría y presentan sus elementos más característicos —más distintivos de otras categorías—. A partir de aquí,

---

98 Rosch, «On the internal structure of perceptual and semantic categories», en T. E. Moore (ed.), *Cognitive development and the acquisition of language*, Nueva York, Academic Press, 1973; Rosch/Mervis, «Family resemblances: Studies in the internal structure of categories», *Cognitive Psychology*, 7, 1975, pp. 573-605; Rosch, *Principles of Categorization* (como en n. 70). Una referencia detallada de los diversos trabajos de Rosch puede verse en Peraita/González Labra, *La obra de Eleanor Rosch veinte años después*, pp. 67-92. Véase, también, Taylor, *Linguistic Categorization* (como en n. 74) p. 40 y ss.; Gardner, *La nueva ciencia de la mente* (como en n. 76), p. 370 y ss.; Soto, *Adquisición de términos y formación de conceptos* (como en n. 67), p. 36 y ss.

99 Rosch, *Principles of Categorization* (como en n. 70), p. 37.

el resto de elementos, con representatividad progresivamente decreciente, se mueven en la periferia de la categoría y se asignan a ella con mayor o menor probabilidad en función del grado de semejanza familiar con el prototipo<sup>100</sup>. Ello explica el carácter borroso o vago de las categorías.

Los prototipos vendrían a cumplir una función dentro de cada categoría equivalente a la que cumple la categoría en relación con la realidad. Si la parcelación de la realidad gradual que está detrás de la formación de categorías se lleva a cabo sobre la base de conjuntos de atributos estructurados que permiten maximizar la semejanza familiar de sus elementos, dentro de cada categoría este mismo proceso de maximización desemboca en la formación de los prototipos. En otros términos, igual que la realidad naturalmente continua se hace discreta mediante las categorías, dentro de éstas, los atributos naturalmente continuos se hacen psicológicamente discretos mediante los prototipos. Los prototipos resultaron ser aquellos miembros de la categoría que reflejaban más la estructura de la categoría como un todo<sup>101</sup>.

## V. CATEGORÍAS Y VAGUEDAD

¿Qué consecuencias se pueden extraer de las aportaciones de la psicología cognitiva para el tratamiento de la vaguedad y la paradoja sorites?

La hipótesis que quiero defender es que la paradoja sorites se alimenta del contraste entre nuestra visión intuitiva del proceso de categorización, que coincide con el descrito por la teoría clásica, y el proceso real, ajustado a la teoría prototípica.

La teoría de los prototipos tiene hoy un amplio reconocimiento en sus ideas básicas, porque es capaz de explicar el proceso real de categorización de una manera que la concepción clásica no podía. Pero ambas teorías, clásica y prototípica, no son excluyentes, más bien funcionan en diferentes planos: la primera suministra el marco lógico ideal, la segunda explica el proceso real de aproximación a ese marco lógico por

100 Sobre ello, Taylor, *Linguistic Categorization* (como en n. 74), p. 54 y s. En palabras de Tsohatzidis, los distintos elementos se asignan a las categorías «porque exhiben en mayor o menor medida (...) ciertos tipos de similitud con un particular miembro de la categoría que (de manera natural o cultural) ha sido establecido como el mejor ejemplo (o prototipo) de su clase» —«Introduction», en Tsohatzidis (edit.), *Meanings and Prototypes. Studies in Linguistic Categorization*, Londres/Nueva York, Routledge, 1990, cit. p. 1.

101 Rosch, *Principles of Categorization* (como en n. 70), p. 37. Se ha destacado cómo la categorización por prototipos provoca efectos significativos en todas las variables dependientes usadas como medida en psicología, como la velocidad de procesamiento y el tiempo de reacción —las respuestas son invariablemente más rápidas cuando las preguntas afectan a los elementos prototípicos—; la celeridad en el aprendizaje de categorías artificiales y la prioridad en el desarrollo infantil —los casos prototípicos se asocian antes a la categoría—; etc. Sobre ello, Rosch, *Principles of Categorization* (como en n. 70), p. 38 y s.; Peraita, *Adquisición del lenguaje*, Madrid, UNED, 1988, p. 71 y ss.

parte de organismos con capacidades limitadas enfrentados a un mundo caracterizado por la gradualidad óptica.

El proceso de categorización tiene una estructura lógica, que coincide con la lógica presente en la teoría clásica. Por tanto, la teoría clásica explicaría de manera correcta el proceso real de categorización en condiciones ideales; esto es, si no hubiera límites a la capacidad de procesamiento cognitivo. En estas condiciones, el conjunto extensional de una categoría comprendería sólo los objetos que realmente comparten de manera plena los atributos intencionales que la definen. Exactamente la situación que se da en los lenguajes formalizados, en los que no existe la vaguedad. No hay casos claros y zona borrosa: todos los casos son claros y tienen el mismo estatus. Cualquier triángulo, sea cual sea su forma o su dimensión, responde exactamente a la misma idea lógica definida por la geometría, lo mismo que sucede con los números.

La teoría del prototipo (y similares) ofrecen por su parte una explicación de cómo categoriza realmente un organismo con capacidades y necesidades limitadas, que se desenvuelve en una realidad altamente compleja, pero a la vez estructurada. Cada organismo selecciona y usa un catálogo de categorías más reducido que el que la realidad permite atendiendo a sus necesidades y a su capacidad de procesamiento.

Si no me equivoco, la paradoja sorites surge precisamente del desajuste entre la estructura lógica de nuestro pensamiento al categorizar, ajustada al modelo clásico, y la realidad del proceso, que responde al modelo del prototipo. Las categorías de los lenguajes naturales se crean principalmente para dar cuenta de la realidad de acuerdo al principio de economía cognitiva, y por ello se ajustan al modelo del prototipo, pero nuestra percepción de ellas es la del modelo clásico. Sorites explota esta divergencia.

Por el propio hecho de usarla, creemos que cualquier categoría debe tener una intensidad exacta que determina una igualmente precisa extensión: nuestra percepción intuitiva está en la línea del modelo clásico. Por razones de supervivencia, necesitamos categorías que representen la realidad y agrupen lo que tenga iguales atributos, distinguiéndolo de lo que presente diferencias relevantes, y esto conlleva de manera necesaria categorías ajustadas al modelo clásico. La categorización real converge hacia ese modelo ideal mediante los prototipos. De hecho los prototipos tienen por función «convertir» la realidad gradual en discreta, para poder dar cuenta de ella con un arsenal de conceptos limitados. En otras palabras, la categorización prototípica es la mejor aproximación al modelo clásico que se puede dar con recursos limitados y en un mundo gradual. La categoría la representamos por sus prototipos y éstos se configuran a partir de los mejores ejemplares, aquellos que ostensiblemente son distintos que los prototipos y ejemplares de otras categorías, así que la ilusión clásica se mantiene: las categorías manejadas parecen separarse entre sí de la manera que el modelo clásico requiere.

Por eso la primera premisa del razonamiento sorites parece tan trivialmente verdadera. Tomamos un ejemplo prototípico —es indudablemente rico quien tiene 100 millones de euros— y la interpretamos a la luz del esquema clásico: tienen que haber algo preciso que sea ser rico. Como además respecto de los casos claros el margen de diferenciación de las categorías adyacentes es máximo, la segunda premisa del razona-



miento también parece trivialmente verdadera —nunca un céntimo de euro cambia la situación de rico a no rico—. Pero en realidad, como han puesto de relieve las teorías graduales de la vaguedad y corrobora la psicología cognitiva, no hay nada que sea ser rico en el sentido clásico, tan sólo hay grados de riqueza, sensibles a cualquier disminución cuantitativa, aunque este hecho queda oculto porque la categorización se edifica sobre prototipos que simulan el esquema clásico.

Por ello, cuanto más estructurado esté el mundo —cuanta menos vaguedad real haya y sean más los casos claros— más convergerá el proceso real de categorización mediante prototipos en el esquema clásico y menos discrepancias habrá en el significado de los términos, pero cuando topemos con realidades alejadas del prototipo, y por ello limítrofes con las igualmente alejadas de sus respectivos prototipos en las categorías próximas, el problema surge en toda su extensión, y la paradoja de sorites lo saca a la luz. Si siempre analizamos la luz a las 12 am y 12 pm en el ecuador, y no hay eclipses o fenómenos atmosféricos extraordinarios, las categorías «noche» y «día» no plantean problemas. Pero en otras situaciones, en el amanecer o el crepúsculo, un sistema categorial que sólo cuente como términos con «noche» y «día» es incapaz de dar cuenta de las diferencias relevantes. Enfrentados diferentes sujetos o el mismo sujeto en diferentes momentos a la tarea de clasificar una determinada situación de luz crepuscular como noche o día, sin otra alternativa, se producirán las inevitables discrepancias porque, literalmente, es imposible responder a la pregunta de cuándo termina el día o cuándo empieza la noche. Experimentos clásicos en psicología han puesto de relieve este fenómeno<sup>102</sup>. Sólo con un sistema conceptual más rico, que permita nominar las situaciones intermedias en función de nuestras necesidades de distinción, podremos dar cuenta de las situaciones graduales<sup>103</sup>. Exactamente esto es lo que sucede en la distinción entre las categorías dogmáticas dolo e imprudencia.

102 Por ejemplo, en un experimento frecuentemente citado —llevado a cabo en 1973 por Labov— se mostraban dibujos de objetos de uso cotidiano como vasos, tazas o boles, ordenados de manera gradual —cada objeto modificaba algo del anterior hasta finalmente adquirir la forma tradicional de otra categoría— y se solicitaba que se clasificaran por categorías. La ausencia de características definitorias hacía que los objetos intermedios entre dos categorías más o menos definidas, como por ejemplo taza y bol, se asignaran arbitrariamente a una u otra categoría dependiendo de factores como el tipo de contenido que se les atribuía (si era café se tendía a llamar taza, y si era puré de patata, bol), del ejemplo que hubieran evaluado antes, etc. Una vez más, se mostró que las categorías tenían límites borrosos y se construían sobre prototipos —casos claros, que se correspondían con ciertas proporciones entre anchura y profundidad de las vasijas—, y los objetos no prototípicos se asignaban a la categoría según los grados de proximidad con el modelo. Para ninguna de las categorías había elementos definitorios en el sentido de la teoría clásica. Tomo las referencias de Taylor, *Linguistic Categorization* (como en n. 74), p. 40 y ss.; Jackendoff, *Semantics and Cognition* (como en n. 69), pp. 85 y 86. Menciona otros experimentos similares con colores Edgington, *The Philosophical Problem of Vagueness* (como en n. 11), p. 372.

103 Porque, como ha indicado Bruner, «una etiqueta deja de ser efectiva para distinguir un estímulo determinado si éste debe ser discriminado entre otros a los que puede aplicarse también el mismo nombre» —Acción pensamiento y lenguaje (como en n. 90), p. 163—.

## VI. RESPUESTAS JURÍDICAS A SITUACIONES GRADUALES

Los conceptos jurídicos están expuestos a los problemas generales de la categorización que hemos examinado. El reconocimiento de esta realidad supone para el jurista tanto una desilusión, porque de manera concluyente se demuestra que el ideal de precisión y justicia que busca para su ciencia sólo puede alcanzarse de manera incompleta —cierto grado de vaguedad parece inextirpable de cualquier lenguaje natural—, como un reto, porque está en su mano reducir el problema casi tanto como desee, hasta hacerlo prácticamente irrelevante.

Pero para ello debe siempre tener presente que el problema de fondo no es encontrar una delimitación para las categorías acuñadas que garantice la seguridad jurídica, aunque esto sea importante, sino sobre todo contar con un sistema categorial lo suficientemente potente como para que pueda dar cuenta de cualquier distinción valorativamente relevante, y que se traduzca en un ajuste correlativo de las consecuencias jurídicas. Si el sistema conceptual utilizado en la ley o en las propuestas doctrinales no tiene la suficiente capacidad diferenciadora, el problema de fondo persistirá intacto por más que, en algunos casos, podamos garantizar la seguridad jurídica mediante la fijación convencional de puntos de corte.

Muy resumidamente expongo a continuación unas reglas básicas que podrían servir para operar en estos contextos, que aplicaré después al problema de la distinción entre dolo e imprudencia.

En cuanto al problema de fondo —ajuste valorativo entre categorías y realidad a la que se aplican—:

1. La primera tarea es determinar si estamos ante un problema de gradualidad (vaguedad) y su magnitud. Tendremos un problema de gradualidad siempre que los términos que tratemos de delimitar expresen conceptos definidos en torno a uno o varios atributos graduales. En cuanto a la magnitud del problema, depende de la gravedad de las consecuencias asociadas a la distinción y de la relación entre gradualidad potencial y real.
2. En segundo lugar, debe identificarse si se trata de un problema dependiente de una sola propiedad gradual o también de otros factores.
3. Si hay una única propiedad a tener en cuenta, y es gradual, su gradualidad fija la escala valorativa de manera directa.
4. Si hay varios factores, debe examinarse cómo se conjugan y en qué medida introducen distinciones relevantes en la situación progresiva de base, lo que permite fijar la nueva escala valorativa.
5. Una vez alcanzado este punto, en cualquiera de los dos casos (3 o 4) debe atenderse a si las categorías utilizadas por la ley y las consecuencias jurídicas que traen consigo, se ajustan a la situación gradual de base.
6. Si la respuesta es afirmativa, no hay problema, o éste es necesariamente de menor entidad. En particular, si la propiedad es perfectamente cuantificable y también lo son, en escala comparable, las categorías y sus consecuencias

—caso, por ejemplo, de la cuota a pagar en el impuesto sobre la renta—, no hay problema de fondo al que hacer frente. Cuando, por razón de la materia, la cuantificación es menos precisa, va surgiendo el problema con una intensidad inversamente proporcional a la precisión alcanzable. Pero como una cuantificación a grandes rasgos es siempre posible, el problema es consecuentemente menor.

7. Si las categorías legales y sus consecuencias jurídicas no se ajustan a la gradualidad de los atributos que las definen, *lege lata* sólo cabe, en la medida en que la ley lo permita, refinar el sistema conceptual mediante propuestas doctrinales —nuevas categorías intermedias, por ejemplo—; y, en cuanto a las consecuencias, acudir a los recursos generales que los ordenamientos suelen prever para el ajuste de la responsabilidad, como la argumentación a partir de principios (principio de proporcionalidad; principio de culpabilidad, etc.) o reglas generales (posibilidad de atenuantes analógicas, por ejemplo) que reduzcan el desfase.
8. Si esto no fuera posible, el problema de fondo no se puede evitar *lege lata*, y sólo cabe hacer propuestas *lege ferenda* para que se atienda a la gradualidad. En estas situaciones debe tratarse al menos de preservar la seguridad jurídica.

En cuanto al problema de seguridad jurídica, su solución depende de la posibilidad de cuantificar:

1. Si el hecho es exactamente cuantificable, fijar convencionalmente un punto de corte para garantizar la seguridad jurídica.
2. En la medida en que el hecho sea menos cuantificable, el problema de seguridad se agravará proporcionalmente. El jurista debe en este caso acudir a todos los recursos disponibles para minimizar el problema, como puede ser distinguir por grupos de casos más o menos homogéneos en los que puedan fijarse puntos de corte. La actuación de la jurisprudencia fijando criterios es esencial.

## VII. «CUADRANDO» DOLO E IMPRUDENCIA

Ha llegado el momento de volver sobre la distinción entre dolo eventual y culpa consciente. La hipótesis de partida de este trabajo era que esta distinción, como otras similares, es imposible de realizar porque se trata de categorías que hacen referencia a atributos graduales, en los que no existen puntos de corte precisos como los que la doctrina trata de encontrar. Ello nos obliga a abordar la delimitación de acuerdo al esquema desarrollado anteriormente para las situaciones graduales, lo que haré, brevemente y con mínimas referencias doctrinales, en dos fases: en la primera examinaré si estamos efectivamente ante situaciones graduales, como aquí se sostiene, o frente a dos situaciones claramente escalonadas, como habitualmente se acepta en la doctrina; en la segunda plantearé qué se puede hacer desde la ley para dar respuesta a la gradualidad.

## 1. Dolo e imprudencia como categorías graduales construidas en torno a prototipos

Dolo e imprudencia son términos acuñados para dar cuenta de la imputación subjetiva de un hecho lesivo a su autor, que tradicionalmente se ha considerado un requisito esencial del principio de culpabilidad. La idea central que aquí se defiende es que ambas categorías se construyen en torno a un elemento común, básico para la imputación subjetiva: el conocimiento de la peligrosidad de la propia acción para el resultado típico<sup>104</sup>, y que este elemento es perfectamente gradual, y por ello una categorización mediante escalones discretos provoca necesariamente problemas de vaguedad.

Hay suficientes datos que muestran la gradualidad en este ámbito, como la propia existencia de la polémica doctrinal sobre los límites; el hecho, frecuentemente olvidado, de que el dolo en muchos delitos de peligro coincide con la imprudencia consciente del correlativo delito imprudente de resultado<sup>105</sup>; o el tratamiento variable de los casos situados en la zona intermedia, entre la imprudencia consciente más grave y el dolo eventual. Especialmente destacable es el hecho de que en la ley se tipifiquen como delitos de peligro autónomos comportamientos que, según la doctrina, no son más que tentativas con dolo eventual —así, el art. 384: conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás—.

Sin embargo, en la doctrina penal se pone en duda la gradualidad en estos términos, al presuponer que dolo e imprudencia son categorías cualitativamente distintas y nítidamente separables, en la línea de la concepción clásica de la categorización. Creo que a esta conclusión se ha llegado por dos caminos distintos: el primero, presente de una forma u otra en todas las teorías del consentimiento o de la voluntad, es aceptando que el dolo no se edifica sólo sobre un único atributo, el conocimiento gradual, sino sobre dos, conocimiento y un elemento subjetivo añadido (llámese voluntad, consentimiento, asentimiento, o cualquier otro). El cruce de ambos produciría un límite categorial preciso: a un lado dolo, al otro imprudencia. El segundo, propio de algunas teorías de la representación hoy muy en boga, es admitiendo que el único elemento relevante es el conocimiento (elemento cognoscitivo), pero a la vez aceptando que hay un nivel de

104 Esto es aplicable al dolo y a la imprudencia consciente. En cuanto a la denominada inconsciente, habría que distinguir si puede reconvertirse en consciente en un momento anterior (*actio consciente in causa*) o si esto no es posible. En el primer caso, también le sería aplicable el esquema apuntado; en el segundo, estaríamos en una categoría distinta, ajena a la responsabilidad subjetiva. Sobre ello, pormenorizadamente, Molina Fernández, *Antijuridicidad penal y sistema del delito* (como en n. 3), p. 724 y ss.

105 Destaca la identidad entre dolo de peligro e imprudencia consciente, Lorenzo Copello —*Dolo y conocimiento* (como en n. 1), p. 293 y ss. y esp. 298 y ss.—, aunque ello le lleva a estimar que los delitos de peligro no deben ser considerados delitos dolosos —p. 303—, precisamente para evitar la confusión conceptual entre dolo e imprudencia. Pero lo que esta identidad indica no es que los delitos de peligro no sean dolosos, sino más bien que los delitos dolosos e imprudentes comparten una misma estructura. Sobre ello, con referencias, Molina Fernández, *Antijuridicidad penal* (como en n. 3), p. 712 y ss.

conocimiento precisable que marcaría la diferencia: el conocimiento del peligro concreto de la acción. Conforme a esta forma de ver las cosas, o hay conocimiento del peligro típico —dolo— o no lo hay —imprudencia—.

- a) Hay razones de peso para poner en duda que un elemento volitivo autónomo, diferente de la voluntad general de realizar la acción/omisión, deba ser tomado en cuenta en el dolo. Por un lado, al menos en algunos casos, verbigracia en el dolo de consecuencias necesarias, es innecesario<sup>106</sup>. La actitud subjetiva del autor hacia el resultado típico es por completo indiferente en aquellos casos en que sabe que con seguridad que su acción va a desembocar en el resultado. Por otro, es más que dudoso que un Derecho penal basado en la lesividad para bienes jurídicos ajenos deba tomar en consideración elementos subjetivos de la actitud interna<sup>107</sup>. Valoramos la acción por su capacidad lesiva, y al autor por ser consciente de este hecho, no por su actitud interna hacia el bien jurídico. Quien conduce de manera correcta, y desea fervientemente que el riesgo permitido de su acción provoque la muerte de alguien (lo que es posible, porque el riesgo permitido sigue siendo riesgo) no tiene responsabilidad penal, sea cual sea su intención. No parece entonces razonable que por encima de ese nivel, cuando ya hay una conducta que infringe el deber de cuidado, cualquier grado de peligro acompañado de una voluntad directa de lesionar lleve al castigo por dolo. Teóricamente, el dolo de primer grado no requeriría un nivel de peligro determinado, sino tan sólo una acción peligrosa realizada con intención lesiva. Pero si así fuera, sería tanto como prescindir del principio de lesividad en favor del castigo de actitudes internas. ¿Sería soportable un sistema jurídico que ante dos acciones independientes de dos sujetos, externamente idénticas en cuanto a peligrosidad e internamente idénticas en cuanto al nivel de conocimiento del peligro, aplicara en un caso la pena del delito doloso y en el otro la del imprudente atendiendo a si uno de los sujetos, pero no el otro, aceptó, buscó deliberadamente, le resultó indiferente, despreció, se resignó o se conformó con el resultado?<sup>108</sup> Creo que no, y la práctica parece corroborar que esta posibilidad teórica no se da. En su estudio comparativo sobre el dolo en varios países europeos, Alf Ross puso de manifiesto que no había encontrado ninguna sentencia en la que alguien hubiera sido condenado por delito doloso llevado a cabo con

106 En este sentido, por ejemplo Jakobs, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 324 y ss.; Díaz Pita, *El dolo eventual* (como en n. 1), p. 23; Ragués y Vallés, *El dolo y su prueba en el proceso penal* (como en n. 1), p. 157.

107 Muy acertadamente, en este sentido, Gimbernat Ordeig, «Acerca del dolo eventual», en *Estudios de Derecho Penal* (3.ª ed.), Madrid, Tecnos, 1990, p. 215. Igual, Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General* (7.ª ed.), Barcelona, Reppertor, 2004, p. 267.

108 Un ejemplo similar en Jakobs, PG (como en n. 106), p. 330.

acciones escasamente peligrosas<sup>109</sup>. Un elemento subjetivo como el que está presente en el dolo de primer grado sólo tiene cabida en un derecho penal del hecho en la medida en que pueda demostrarse que contribuye a la lesividad de algún bien jurídico penalmente relevante<sup>110</sup>, y, desde luego, nunca puede ser el dato decisivo para la punibilidad del delito doloso.

Por último, tampoco la ley parece apoyar la exigencia de un elemento volitivo: la ausencia de dolo se produce cuando hay error, que sólo entraña ausencia del elemento cognoscitivo. No hay en la ley ninguna causa que excluya el dolo por ausencia de un supuesto elemento volitivo<sup>111</sup>.

Pero incluso quienes piensen que el dolo contiene un elemento subjetivo específico, tendrán que admitir la gradualidad del conocimiento. Como, además, éste por sí solo puede dar lugar al dolo de consecuencias necesarias, se plantea plenamente el problema debatido: ¿en qué momento el solo conocimiento alcanza el nivel del dolo de consecuencias necesarias?

- b) La segunda alternativa prescinde de un elemento subjetivo adicional como elemento del dolo, y en este sentido es más correcta, pero entiende que hay un nivel de conocimiento propio del dolo: el conocimiento del peligro concreto de la acción<sup>112</sup>. A estas alturas del trabajo no debería ser difícil de percibir que esta segunda opción encierra un error de base. No es más que un intento de reconvertir una situación de base gradual en discreta, proyectando sobre ella la estructura de las categorías (necesariamente discretas en alguna

109 Über den Vorsatz. Studien zur dänischen, englischen, deutschen und schwedischen Lehre und Rechtsprechung, Baden Baden, Nomos, 1979, p. 112.

110 Aunque en la mayor parte de los bienes jurídicos protegidos en los tipos penales los elementos internos carecen de trascendencia, socialmente valoramos los hechos de otros atendiendo no sólo a sus aspectos objetivo-externos, sino también a su actitud hacia nosotros, que condiciona las relaciones interpersonales. En este sentido, la deliberada intención de lesionar un bien jurídico ajeno, incluso cuando la acción tiene una peligrosidad no muy alta, puede sufrirse como un hecho más grave que otros en los que se crea un peligro superior pero sin dolo directo. Ello es especialmente claro en la tentativa, y podría incluso justificar que una intención lesiva acompañada de una acción escasamente peligrosa fuese considerada tan grave como la acción altamente peligrosa presente en el dolo de consecuencias necesarias. El dolo directo quita equivoicidad a la acción respecto de la actitud del sujeto por el bien jurídico. Viene a decir que, para él, la situación ideal desde el punto de vista objetivo sería la del dolo de consecuencias necesarias, pero como lo que el sujeto realiza no es objetivamente tal cosa, lo que hacemos en el fondo al equipararlos es reprocharle lo que sería capaz de hacer, y por ello su actitud interna —Molina Fernández, Antijuridicidad penal (como en n. 3), p. 721 y ss.—.

111 Destaca acertadamente esta idea Feijoo Sánchez, «La distinción de dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», CPC, 1998, p. 278 y ss.

112 Ragués y Vallés ha destacado el imparable avance de la teoría de la representación, pese a que no siempre se reconoce expresamente —«Consideraciones sobre la prueba del dolo», La Ley, 2002, N. 1633, con referencias bibliográficas sobre defensores de esta posición—

medida) acuñadas para ordenar la realidad. La clásica ilusión, que los sorites desde la lógica y la teoría de los prototipos desde la psicología cognitiva destruyen, de definir todos los conceptos, sea cual sea su nivel de abstracción, en términos exactos de atributos necesarios y suficientes, que conformarían conjuntos de extensión perfectamente definida. El error en este caso, como en tantos otros en la teoría del delito, se vería propiciado por el manejo de un concepto muy poco claro de peligro.

No hay ningún momento mágico en el que alguien penetre en el terreno del dolo típico porque conozca el peligro concreto de su acción. El peligro de que se produzca un determinado resultado típico no es otra cosa que una evaluación probabilística — gradual donde haya algo gradual— realizada sobre la base de un conocimiento parcial del mundo. Este grado de creencia racional (la probabilidad) depende del grado de conocimiento de partida, y es sometible al tratamiento matemático de la teoría de la probabilidad y expresable mediante una función de probabilidad incluida en el intervalo entre 0 y 1. Cualquier grado es imaginable (los números reales son infinitos) y no hay punto de corte alguno a partir del cual pueda decirse que alguien verdaderamente conoce el peligro del resultado. Para una probabilidad definida, sea cual sea, el sujeto conocerá el peligro del resultado exactamente en esa proporción. Por eso en el llamado dolo de consecuencias necesarias admitimos una imputación plena del resultado: porque la probabilidad es máxima. Pero es imposible distinguir exactamente entre dolo de consecuencias necesarias y dolo eventual, de la misma manera que lo es entre éste e imprudencia consciente grave o entre ésta y la imprudencia consciente leve. Todos estos términos expresan categorías discretas en un continuo. Funcionan bien mientras tratemos con prototipos. Conocer el peligro de producción de un resultado R es precisamente conocer la probabilidad de que se dé R. No hay un momento en el que el conocimiento de un peligro parcial se convierta en conocimiento del propio resultado. Quien conscientemente conduce más rápido de lo debido, sabe que está aumentando el peligro de producción del resultado. Su confianza en que el resultado no se va a producir está en función inversa a de la propia peligrosidad: a mayor peligro menor confianza y viceversa. En el dolo de consecuencias necesarias no hay casi nada en qué confiar, debido a la extrema peligrosidad de la acción, pero de ahí hacia abajo tenemos una escala gradual perfecta, sin hito alguno que no proceda de nuestro deseo *a priori* de encontrarlo, para justificar la distinción de dolo e imprudencia.

Basta con imaginar una sucesión de casos en los que alguien, sin voluntad directa pero como efecto colateral de su acción, somete a otro a un peligro que va infinitesimalmente disminuyendo desde una situación de probabilidad casi completa de lesión (dolo de consecuencias necesarias) hasta la práctica total ausencia de peligro (una probabilidad, despreciable, muy inferior al riesgo general de la vida). Partimos de un claro dolo de segundo grado y llegamos a un hecho impune, dentro del riesgo permitido. ¿En qué momento de esta progresión sorites está el límite del dolo, o el de la imprudencia, o el de cualquiera de sus escalones? Ninguna teoría que admita dolo basado en el conocimiento (y todas lo admiten en el de segundo grado) está en condiciones

de responder a esta pregunta: como hemos visto, sencillamente tal límite categorial no existe. Su búsqueda es la de la cuadratura del círculo.

Quien entienda que hay dolo eventual cuando en el momento de realizar la acción el autor juzga que no es improbable la realización del tipo<sup>113</sup>, está simplemente incorporando al dolo todos los actos de consciencia del peligro, y con ello toda la imprudencia consciente<sup>114</sup>. No es extraño que nuestro Tribunal Supremo, que en los últimos tiempos sigue esta teoría<sup>115</sup>, haya provocado una jurisprudencia caracterizada por el avance de la punibilidad por delito doloso (eventual); y si no ha llegado hasta el final, haciendo desaparecer la imprudencia (consciente), es porque llega un momento, cuando el peligro va disminuyendo su intensidad, en que se aparta de su propio punto de partida. Las teorías basadas en el consentimiento no son adecuadas, pero al menos ponen un límite bastante estricto a la extensión del dolo eventual. Según va bajando la peligrosidad del hecho, cada vez cuesta más afirmar que el autor se ha conformado con el resultado. Pero la teoría del conocimiento basada en el peligro típico no pone límites. Quien conscientemente conduce de manera temeraria —y no sólo quien lo hace con consciente desprecio por la vida de los demás—, conoce el peligro concreto de su acción, pero no merece la pena del delito doloso. Y la idea que se apunta ocasionalmente, de distinguir según lo que el sujeto pueda racionalmente esperar en cuanto a evitar el resultado, en nada ayuda, porque siempre que hay un peligro conocido, el autor pierde el control del proceso precisamente en el nivel del peligro asumido (esto, y no otra cosa es lo que significa «acción peligrosa»). En nada puede confiar en las situaciones de máximo riesgo (de ahí la pena del dolo de consecuencias necesarias), y en mucho en las de mínimo riesgo (de ahí la pena de la imprudencia leve consciente) con todos los grados intermedios imaginables.

## 2. La fijación de consecuencias jurídicas graduales

La distinción de dolo e imprudencia (consciente) es un ejemplo de categorización en una situación teórica uniformemente gradual, definida por la gradualidad del conocimiento de la peligrosidad de la acción. Pero esta gradualidad teórica (potencial) no

113 Así, por ejemplo Jakobs, PG (como en n. 106), p.327.

114 El riesgo de desaparición de la imprudencia consciente, incorporada al dolo eventual, es una de las razones por las que hay autores que quieren mantener a toda costa un elemento volitivo como elemento diferencial del dolo. Sobre ello, véase, por ejemplo, Díaz Pita, El dolo eventual (como en n. 1), pp. 107 y 113.; Laurenzo Copello, Dolo y conocimiento (como en n. 1), p. 270 y ss., con ulteriores referencias.

115 Esta línea doctrinal se impone a partir de la Sentencia de la Colza de 23 de abril de 1992, como el propio tribunal reconoce en sentencias posteriores. Entre las más recientes en esta línea, véase, por ejemplo, SSTS de 15 de marzo de 2002 (ponente Aparicio Calvo-Rubio); 16 de junio de 2004 (Ponente Martínez Arrieta). A pesar de ello, no es infrecuente que se exija también una alta probabilidad de lesión —vid., por ejemplo, STS de 22-1-2001 (ponente Granados Pérez).



se corresponde con la real. Como en tantas otras categorías, también aquí la realidad es parcialmente discreta; los casos enjuiciables suelen presentarse agrupados en ciertas zonas del continuo teórico. La mayor parte de los casos de la zona alta del continuo, la que correspondería a la categoría del dolo, se agrupan en torno al prototipo: el de la conducta que reúne a la vez la peligrosidad máxima del dolo de consecuencias necesarias y la intención de provocar el resultado; el disparo en la sien del que quiere matar, que es el caso más alejado de cualquier otro encuadrable en la categoría alternativa de la imprudencia y por eso es el tipo de ejemplo que habitualmente se utiliza en clase para explicar qué es el dolo (el prototipo).

Es este agrupamiento el que hace la distinción tan plausible, y se explica por los efectos que provoca la intención, que aunque no sea un elemento del dolo, está presente en una buena parte de los casos claros de dolo. Por un lado, quien tiene la intención de provocar un resultado, normalmente elegirá aquellas vías de acción, entre las que tenga disponibles, que con más probabilidad lo alcancen; por otro, en una buena parte de los resultados típicos es difícil que se den las circunstancias para que la propia acción los provoque si no hay intención directa de causarlo. Uno puede matar o lesionar a otro sin intención, pero es mucho más difícil que se den las circunstancias para tomar como propia una cosa ajena o para tener acceso carnal no consentido sin voluntad de logra precisamente dicho estado de cosas. Por eso, la distinción de dolo e imprudencia resulta tan «sencilla» y auto evidente en una buena parte de los delitos. Nunca o muy pocas veces hay casos en la zona borrosa. Para estos casos, una categorización sencilla, con sólo dos términos, es suficiente.

Pero en otros casos no. Cuando se trata de provocar la muerte o lesiones, tendremos, ciertamente, un número grande de casos claros —por el lado del dolo, aquellos en los que la existencia de intención provoca precisamente que el autor elija una acción altamente peligrosa, coherente con sus fines; por el lado de la imprudencia, aquellos en los que la intención del autor de no causar el resultado le haga minimizar los riesgos de la acción—, pero a la vez tendremos casos intermedios en toda la gama posible, y la clasificación simplificada dolo-imprudencia no podrá dar cuenta de ellos por más que queramos refinarla.

En la línea apuntada en este trabajo, la solución no consiste en hacer una mejor distinción de dolo e imprudencia, que siempre será arbitraria porque, como todas, sólo resulta clara en los casos próximos al prototipo, sino en introducir un sistema categorial más rico, que pueda dar cuenta de la progresividad. Esto se hace ya en la imprudencia —el continuo imprudente se hace parcialmente discreto en dos categorías, leve y grave, e incluso teóricamente se han distinguido más— y al menos conceptualmente en el dolo —dolo eventual, dolo de consecuencias necesarias—, pero aquí se hace luego tabla rasa de la distinción en las consecuencias jurídicas, con la propuesta mayoritaria de un tratamiento uniforme para todos los tipos de dolo<sup>116</sup>. Detrás está el prejuicio de la teoría

---

116 Que en algunos casos se lleva al punto de propugnar la desaparición de la propia distinción conceptual entre tres clases de dolo —por ejemplo, Ragués y Vallés, *El dolo y su prueba en el proceso penal* (como en n. 1), p. 177 y ss.—. Esta propuesta, compartida por otros autores

clásica de la categorización: algo es dolo o no lo es, y si lo es, lo es a todos los efectos y de manera uniforme, prejuicio que, sin embargo, no se aplica a la imprudencia en la que parece no haber dificultad para admitir graduaciones. Pero si en la imprudencia hay motivos para no considerar igual una acción escasamente peligrosa que otra que lo sea más, en el dolo se dan exactamente los mismos motivos. Y precisamente ello explica que los tribunales no aplicasen la tentativa de homicidio a los casos de conducción suicida, lo que propició la creación del artículo 384.

La solución pasa por ajustar las consecuencias a la gravedad del hecho delictivo. A hechos graduales, consecuencias graduales. Una buena parte del problema que plantea la figura del dolo eventual desaparecería simplemente con que se permitiera al juez hacer uso del espacio que habitualmente existe entre el marco de pena del delito doloso y el del delito imprudente grave<sup>117</sup>. Solución que no sólo sería respetuosa con los principios de proporcionalidad y culpabilidad, sino que tendría un apoyo directo en la propia ley. Con buen criterio, el legislador ha estimado (art. 62 CP) que la rebaja de pena de la tentativa debe hacerse atendiendo en primer lugar al «peligro inherente al intento», además de al grado de ejecución. No hay ninguna razón para que tan sensato principio, que cuantifica la pena atendiendo al grado de desvalor de acción, no deba aplicarse por igual en el delito consumado. Si el juez contara con marcos penales no sólo graduales, sino contiguos, que agotaran toda la escala de punibilidad entre el mínimo de la imprudencia leve y el máximo del dolo de consecuencias necesarias, no sería tan trágica la opción de decidirse por el dolo eventual o la imprudencia consciente, al menos en aquellos delitos en los que ambas modalidades de imputación son punibles, que además son los más graves. Es más, una buena parte de los delitos en los que sólo se castiga la conducta dolosa tampoco son problemáticos por las razones antes apuntadas: normalmente se trata de conductas que se agrupan en torno al prototipo de dolo; conductas intencionales a las que se añade un elemento cognoscitivo como el del dolo de consecuencias necesarias.

Un buen ejemplo de marcos penales que permiten cualquier graduación, y con ello una respuesta acorde al desvalor de acción, es la que se da en el ámbito de la conducción peligrosa. La conducción con temeridad manifiesta (equivalente a una imprudencia grave) del artículo 381 CP recibe una pena de 6 meses a dos años, que se convierte en pena de 1 a 4 años en el artículo 384 CP si la conducción es con consciente desprecio por la vida de los demás («tentativa» con dolo eventual), y por último en pena de 2 años y seis meses a 5 años o de 5 años a 10, según sea la rebaja en uno o dos grados, si

---

como Puppe o Bacigalupo (referencias en Ragués, obra citada p. 186 y n. 492), representa el intento más extremo de asimilar la categoría del dolo a la que resultaría de un esquema clásico de conceptos definidos en términos de condiciones necesarias y suficientes —lo que muy plásticamente denomina Ragués «núcleo esencial de lo doloso» (p.185)—, con todos los elementos de la categoría gozando de un mismo status.

117 Así lo reconoce Roxin, AT (como en n.1), §12, N.63, quien sin embargo rechaza cualquier graduación intermedia atendiendo a la «diferencia cualitativa» que existe entre el dolo y la imprudencia.

hay una peligrosidad equivalente a la del dolo de consecuencias necesarias (tentativa de homicidio).

La contigüidad en los marcos (incluyendo zonas de solapamiento que permiten atender a otras circunstancias) permite ofrecer una solución justa, adecuada al desvalor de la acción, a cualquier conducta que se lleve a cabo. Aunque no es la solución mejor, una forma de lograr gradualidad en las consecuencias en la línea apuntada sin recurrir a cambios legislativos puede ser el recurso a la atenuante analógica, apoyada por los principios de proporcionalidad y culpabilidad.

## VIII. CONCLUSIÓN

En uno de los primeros trabajos de su fecunda actividad investigadora, el Profesor Rodríguez Mourullo estudió la delimitación entre hurto y robo en el Derecho histórico español, y puso de relieve los límites variables entre ambas figuras que pueden encontrarse en un estudio cronológico<sup>118</sup>. En este trabajo, a él dedicado como homenaje a su brillante carrera académica, he tratado de examinar el problema de la delimitación entre conceptos próximos desde una perspectiva general. Si el planteamiento que se ha defendido es correcto, se habría avanzado un buen trecho a la hora de brindar un tratamiento adecuado a múltiples, y especialmente difíciles, problemas de la teoría del delito, entre los que uno de los más destacados es la distinción entre dolo e imprudencia. Todos ellos tendrían un patrón común, que es el que permite explicar la resistencia que han ofrecido siempre a su solución: en todos se pretende afrontar un problema gradual con términos y respuestas no graduales, o no en la suficiente medida, con lo que caen de lleno en los problemas que lleva consigo la paradoja sorites.

Las paradojas cumplen una función esencial en el desarrollo de la ciencia. De manera plástica, y fácilmente comprensible, nos muestran que algo no está bien en nuestras percepciones o en nuestra representación del mundo. La enorme fuerza convincente de la lógica más básica, vinculada a ese reducto del sentido común que parece indestructible, nos obliga a no cejar hasta que hemos podido desentrañar por qué se produce el efecto paradójico, lo que es el primer paso para ofrecer una solución. En este caso, es la conjunción entre una realidad que presenta atributos graduales y un proceso de categorización que necesariamente funciona mediante conceptos discretos lo que explica el efecto paradójico. A la vez, ello pone de relieve que cualquier intento de atribuir un significado definitivamente preciso a un término vago es inútil. La única opción para obtener mayor precisión es refinar el sistema conceptual de manera que pueda dar cuenta de la gradualidad de base.

La argumentación matemática mostró lo irrealizable que era la empresa de cuadrar el círculo. Pese al desencanto que ello pudiera haber producido, lo cierto es que permitió que los apasionados de los problemas difíciles pudieran centrar su atención en otros,

---

118 Rodríguez Mourullo, «La distinción hurto-robo en el Derecho Histórico español», Anuario de Historia del Derecho Español, 1962, pp. 25-111.

que merecen el esfuerzo porque son resolubles. De la misma manera, las conclusiones obtenidas de la discusión filosófica sobre la vaguedad y de las aportaciones de la psicología cognitiva sobre el proceso de categorización apuntan a que una buena parte de los clásicos problemas de delimitación entre conceptos legales que desde siempre han preocupado a la doctrina penal son en realidad irresolubles. La teoría del delito está llena de cuestiones difíciles e importantes, de cuya respuesta puede depender el tiempo que una persona se encuentre privada de libertad. Son problemas demasiado acuciantes como para dedicar tantos esfuerzos a intentarla imposible «cuadratura del dolo».



# ERROR DE TIPO DERIVADO DE ANOMALÍAS O ALTERACIONES PSÍQUICAS: UN DIFÍCIL DESAFÍO PARA LA TEORÍA DEL DELITO\*

FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ

*Catedrático de Derecho Penal  
Universidad Autónoma de Madrid*

**SUMARIO:** **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** Casos. 1. Ausencia de acción: el caso de los avestruces. 2. Error de tipo: agresiones contra demonios o seres sobrenaturales. 3. Error sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación: defensa contra agresiones imaginadas. 4. Ausencia de elementos subjetivos del tipo: el caso de los falsos billetes falsos. **III.** RECAPITULACIÓN. **IV.** SOLUCIONES PROPUESTAS. 1. Preeminencia del sistema y no imposición de medidas de seguridad. 2. Preeminencia de la solución político-criminal (imposición de medidas de seguridad) y refinamiento del sistema. **V.** LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA EN LA ESTRUCTURA BÁSICA DE LA TEORÍA DEL DELITO. 1. La dimensión global del problema. 2. Lesividad y contrariedad a la norma (antijuridicidad culpable). 3. Circunstancias que condicionan la lesividad.

**RESUMEN:** La actual teoría del delito asume casi indiscutidamente que la presencia en el autor de anomalías o alteraciones psíquicas afecta a su culpabilidad, pero no a la antijuridicidad del hecho, lo que permite aplicarle medidas de seguridad como el internamiento en un centro psiquiátrico. Sin embargo, la existencia de casos en los que dichas anomalías anticipan sus efectos al propio hecho típico, excluyendo la acción, o la presencia de elementos subjetivos del injusto, o provocando un error de tipo invencible, plantea el importante desafío teórico de cómo justificar la imposición de medidas de seguridad sin un hecho constitutivo de delito. En el trabajo se

\* Artículo publicado en la revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, Nº 74, mayo – agosto 2008, pp. 115-144.

examinan críticamente las diversas propuestas que se han ensayado para resolver el problema dentro del sistema, y se muestra que ninguna está en condiciones de hacerlo, por lo que se propone una solución alternativa.

**Palabras clave:** anomalías o alteraciones psíquicas; error condicionado; ausencia de acción; elementos subjetivos del injusto; inimputabilidad; medidas de seguridad; culpabilidad y antijuridicidad.

**Abstract:** The current continental crime theory, almost without discussion, assumes that the fact that the author suffers from insanity or mental disorders affects his *mens rea*, but not the unlawfulness of the fact, which allows measures like the commitment of author to a mental hospital. However, the existence of cases in which such disorders affect prior the *actus reus*, therefore excluding the existence of the act itself, or the presence of subjective elements of unlawfulness, or causing an unavoidable mistake of fact, poses the major theoretical challenge of how to justify such measures without a constitutive fact of crime (*actus reus*). The paper examines critically the various proposals that have been put forward to solve the problem within the system, and shows that none is in a position to do so; therefore, an alternative solution is proposed.

**Key Words:** insanity and mental disorder; conditioned mistake; absence of action (insane automatism); mental elements in the *actus reus*; commitment to mental hospital; *mens rea* and unlawfulness.

## I. INTRODUCCIÓN

Una característica común de la moderna teoría del delito, en cualquiera de sus variantes principales, es el reconocimiento de que al menos algunos elementos subjetivos son ya relevantes para el juicio de antijuridicidad, de manera que su ausencia convierte el hecho en penalmente lícito, bien por ausencia de acción, bien por atipicidad —ausencia de elementos subjetivos del tipo o presencia de un error de tipo invencible, para quienes consideran dolo e imprudencia parte del tipo subjetivo—.

La diferencia entre estos elementos subjetivos, que condicionan la propia antijuridicidad del hecho (su relevancia jurídico penal), y el resto de elementos subjetivos que tienen su acomodo en la culpabilidad, es esencial, porque, aunque en ambos casos su ausencia excluye la pena, la de aquéllos pero no la de éstos lleva aparejada la correlativa ausencia del resto de consecuencias jurídicas que se asocian al hecho antijurídico —posibilidad de legítima defensa; prohibición de la participación; imposición de medidas de seguridad—.

Si inquirimos qué razones justifican un trato tan dispar para ambos grupos de elementos subjetivos, la respuesta teórica parece a primera vista evidente: la distinción debería discurrir precisamente por la frontera que delimita los dos grandes juicios del hecho delictivo, el de antijuridicidad y el de culpabilidad. Si la antijuridicidad está relacionada con el desvalor intersubjetivo del hecho desde la perspectiva de su lesividad para

los bienes jurídicos y la culpabilidad con la imputación del hecho al autor que permite un reproche jurídico, entonces deberían ser elementos del injusto sólo aquéllos elementos subjetivos que, como los objetivos, condicionan ya la propia relevancia material del hecho, su lesividad, de manera que en su ausencia el hecho deja de ser desvalorado. El resto, que sólo condiciona la imputación personal, pero no afecta al desvalor del hecho, debería permanecer en la culpabilidad. Hasta aquí el esquema teórico ideal.

Pero, ¿se corresponde este esquema con las propuestas de la doctrina y con la práctica de los tribunales?

En este artículo, dedicado al profesor Gimbernat, cuya obra científica ha contribuido como pocas al desarrollo de la moderna teoría del delito, y a tantos nos ha servido de inspiración, quiero tratar un problema que aflora en forma de una contradicción aparentemente menor en el sistema del delito (y quizás por eso ha recibido sólo una atención limitada<sup>1</sup>), pero que, si no me equivoco, es una manifestación singular de un problema estructural profundo, que afecta al núcleo del hecho delictivo: al concepto de injusto. Se trata de la calificación de ciertos hechos en los que sin duda falta algún elemento subjetivo de los que la teoría considera imprescindibles para la presencia de una acción típica —hay una causa de ausencia de acción, un error de tipo o falta un elemento subjetivo del injusto—, y en los que, sin embargo, intuitivamente percibimos que deberían aplicarse las consecuencias jurídicas ligadas al injusto penal, y muy especialmente una medida de seguridad. El peso de la intuición es en este caso tan fuerte que la mayor parte de la doctrina se inclina por esta solución, lo que le obliga a buscar caminos para hacerla compatible con un sistema conceptual que, al menos aparentemente, aboca a la solución contraria, y, por otra parte, los tribunales, sin plantearse las más de las veces la contradicción, se inclinan también por ella.

## II. CASOS

### 1. Ausencia de acción: el caso de los avestruces

En febrero del año 2007, distintos medios de comunicación, y no sólo de España, se hicieron eco de un juicio que tuvo lugar en la Sección primera de la Audiencia Provincial de Málaga, contra Antonio N.M. como presunto autor del homicidio (asesinato) de su mujer y su suegra y de heridas graves o tentativa de homicidio (asesinato) a sus dos hijos. Lo sorprendente del caso, que tuvo lugar seis años antes, en enero de 2001, es que el imputado actuó dormido, en un estado de parasomnia, y creyendo que sus familiares eran en realidad avestruces que le atacaban, lo que le llevó a defenderse con un hacha y un martillo, provocando los terribles resultados de muerte de dos personas y lesiones muy graves a otras dos. Tras los hechos, el autor intentó suicidarse arrojándose por el balcón.

---

1 Es sintomático que, tanto en Alemania como en España, la mayor parte de los manuales no hagan referencia a esta cuestión, que sí es tratada en los comentarios, especialmente en Alemania, pero dentro del estrecho marco de la aplicación de medidas de seguridad.



Por la gravedad del caso y la naturaleza de la circunstancia eximente esgrimida por el imputado, el proceso fue largo, pero finalmente la Audiencia consideró probada la existencia de un trastorno del sueño o parasomnia, que dio lugar, en la calificación de la sala, a un trastorno mental transitorio, e impuso al imputado una medida de seguridad de internamiento en un centro psiquiátrico<sup>2</sup>. Tanto la defensa como el Ministerio Fiscal apoyaron la eximente, y, al parecer, los informes periciales les dieron la razón. Lo cierto, y lo único que ahora nos interesa, es que fue declarado por el tribunal como hecho probado que el ‘delito’ se cometió en un estado de parasomnia en el que el autor no estaba despierto y no era consciente de sus actos<sup>3</sup>.

El caso es especialmente interesante para la cuestión que estamos examinando porque, aunque la calificación en la sentencia fue de trastorno mental transitorio (seguramente para no poner obstáculos a la aplicación de una medida de seguridad), la calificación adecuada según doctrina prácticamente unánime sería la de ausencia de acción, por plena inconsciencia, lo que priva al acto de cualquier relevancia penal. No sería un ‘hecho previsto como delito’ del art. 95.1<sup>a</sup> CP (si esta expresión se entiende en el sentido habitual de hecho típico y no justificado), con lo que no podría aplicarse una medida de seguridad. Es más, incluso si se negase la calificación de ausencia de acción en supuestos de sonambulismo, por aceptar algún grado residual de consciencia, parece evidente que concurriría un error de tipo invencible acerca de la cualidad de humano de aquello sobre lo que se realizaba la acción. Su parasomnia le llevó a creer de forma invencible que se trataba de avestruces, no de personas, así que falta el conocimiento de que mataba a ‘otro’. Por último, incluso si hubiera sabido que eran sus familiares y no avestruces, pero realmente hubiera creído que le estaban agrediendo para matarlo, habría incurrido en un error sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación (legítima defensa), que hoy de forma seguramente mayoritaria recibe la calificación o al menos el tratamiento del error de tipo.

En conclusión, su trastorno psíquico provocó una ausencia de acción, o cuando menos un error invencible de tipo, o un error invencible sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación. En el primer caso toda la doctrina considera que el hecho es penalmente irrelevante; en el segundo, la doctrina mayoritaria, que sigue el esquema finalista en este punto, excluye la tipicidad; y en el tercero también todos aquellos que son partidarios de la teoría limitada de la culpabilidad o cualquiera de las variantes que dan a estos casos el tratamiento del error de tipo. Por tanto, el hecho no es una acción

- 
- 2 Me baso en la información aportada por los diversos medios de comunicación, ya que no he tenido acceso directo a la sentencia.
  - 3 Al parecer, los hijos y víctimas no estaban de acuerdo con esta calificación, pero finalmente la acusación particular aceptó también la eximente con internamiento. Desconozco los pormenores de un caso que a primera vista resulta tan sorprendente, pero lo cierto es que el proceso duró años, y, a juzgar por las noticias de prensa, la prueba pericial tuvo gran importancia. No es fácil, en cualquier caso, que un tribunal aplique una eximente completa de la responsabilidad penal por un hecho de resultados tan graves si no hay datos muy relevantes que avalen la parasomnia.

o no es típica, y no cabe aplicar medidas<sup>4</sup>. Pero la solución que, desde una perspectiva político-criminal, parece obvia —siempre contando con que haya peligrosidad, esto es capacidad de que el sujeto repita esos hechos en el futuro<sup>5</sup>— es la que finalmente adoptó el tribunal: aplicar una medida.

Desde luego, no es frecuente que se causen resultados graves en situaciones de ausencia de acción y que además haya peligro de repetición<sup>6</sup>, pero no es descartable, surgiendo entonces el problema dogmático que estamos analizando. Además de los clásicos casos, como el examinado, de lesiones o incluso homicidio en estados de sonambulismo, modernamente se han estudiado conductas de agresión sexual durante el sueño, lo que se ha denominado *sexsomnia*<sup>7</sup>.

- 
- 4 Ni defenderse legítimamente, si se sigue el parecer mayoritario que identifica agresión ilegítima con agresión antijurídica; y puede participarse en el hecho, siguiendo la teoría de la accesoriadad limitada que requiere que el hecho del autor sea al menos típico y antijurídico. En relación con este último caso, ROXIN ha admitido la existencia de una laguna a la hora de tratar los casos de participación en hechos lesivos pero en los que el autor incurre en un error de tipo invencible que no afecta al partícipe. Algunos pueden resolverse convirtiendo al partícipe en autor mediato, pero, al margen del posible fraude de etiquetas que supone este cambio, hay al menos dos casos en los que tal conversión no es posible, como expresamente reconoce Roxin. Por una parte, el caso en el que el partícipe, sin incurrir en error sobre la lesividad de la acción, desconoce la inimputabilidad del autor, lo que cierra el paso a la autoría mediata; por otra, el caso de los tipos que requieren elementos especiales en el autor que no concurren en el partícipe -*Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, (4ª ed.), § 14 H, nm. 75 -. Sobre este último caso, y los problemas que plantea a la teoría derivada del finalismo, también, GIMBERNAT ORDEIG, “El sistema del Derecho penal en la actualidad”, en E. Gimbernat, *Estudios de Derecho penal* (3ª ed.). Madrid: Tecnos, 1990, pp. 165 y ss. y 173 y s.
- 5 Siguiendo la doctrina actual, es evidente que esta peligrosidad no se podría definir como peligrosidad ‘criminal’, porque para ello haría falta que el riesgo fuera a su vez de comisión de hechos típicamente antijurídicos, cosa que no se da precisamente por las circunstancias del autor. A esta cuestión me refiero más adelante en el texto.
- 6 Otras referencias, incluyendo casos de la jurisprudencia anglo-norteamericana, pueden verse en SILVA SÁNCHEZ, “¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistemáticos distintos de la imputabilidad”, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. / ZUGALDIA ESPINAR, J.M. (coords), *Dogmática y ley penal: Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, I. Madrid / Barcelona: Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset / Marcial Pons, 2004, pp. 882 y s.
- 7 Ya hay una abundante literatura sobre la cuestión, en la que, además de casos sin trascendencia penal, se examinan otros que han llegado a los tribunales en forma de agresiones o abusos sexuales durante el sueño, y en los que se ha aplicado una eximente. Véanse, a estos efectos, los trabajos pioneros de SHAPIRO, C.M., FEDOROFF, J.R., y TRAJANOVIC, N.N. (1996). “Sexual behaviour in sleep- a newly described parasomnia”. *Sleep Research*, 25 (1996), p. 367; y SHAPIRO, C.M., TRAJANOVIC, N.N., y FEDOROFF, J.E. (2003) “Sexsomnia- A new parasomnia?” *Canadian Journal of Psychiatry*, 48(5), 2003, pp. 311-317, y la bibliografía allí citada. En Internet pueden encontrarse referencias en [www.sleepsex.org](http://www.sleepsex.org).

## 2. Error de tipo: agresiones contra demonios o seres sobrenaturales

Una situación similar a la anterior se plantea cuando la anomalía o alteración psíquica provoca en el sujeto falsas representaciones que le abocan a un error invencible de tipo. Aunque lo más frecuente es que estos estados anormales provoquen la percepción errónea de estar siendo agredido, y por ello un error sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación (lo que veremos en el siguiente apartado), hay casos en los que el trastorno provoca un genuino error sobre elementos objetivos que fundamentan la tipicidad, como aquellos, no tan infrecuentes, en los que la existencia de una enfermedad que altera la percepción de la realidad o el consumo de sustancias que provocan alucinaciones, hacen que alguien atribuya a una persona una condición demoníaca, o en general sobrenatural, no humana, y actúe contra él<sup>8</sup>.

Un caso podría ser el juzgado por la Audiencia Provincial de Madrid (SAP sección 2a, nº 257/2000, de 9 de mayo), en el que un sujeto, Jesús G.G., aquejado de una psicosis maníaco-depresiva, en una situación especial de sobrecarga de trabajo y habiendo suspendido la medicación que tomaba<sup>9</sup>, confunde a su mujer, que iba a poner el termómetro a su hijo, con un ser monstruoso que se acerca al niño para matarlo poniéndole una inyección, por lo que comienza a pegarle con la mano y luego con un candelabro. La sentencia consideró que se daban los elementos de una tentativa de homicidio, pero apreció la eximente del art. 20.1 CP e impuso también en este caso una medida de seguridad<sup>10</sup>.

Aunque el tribunal estimó que se daban, sin duda, los elementos objetivos y subjetivos del tipo, su análisis es superficial, quizás porque ni siquiera se planteó que pudiera haber algún obstáculo a la aplicación de una medida. Admitida la presencia de los elementos objetivos del homicidio intentado, no parece posible decir lo mismo de los subjetivos. El imputado aceptó que con su acción quería matar, pero elemento del tipo no es sólo la acción de matar, sino el objeto sobre el que recae, que debe ser

- 
- 8 Desde una perspectiva médica, se han reportado casos en los que el sujeto no padece una alteración mental en el sentido clásico de una enajenación, sino únicamente algún tipo de lesión o alteración cerebral que le lleva a no poder reconocer (o a confundir) objetos ordinarios, incluidas personas. Un ejemplo ya clásico es el del caso que dio origen al conocido libro del neurólogo Oliver SACKS, *El hombre que confundió a su mujer con un sombrero* (Barcelona: Muchnik, 2001), pp. 27 y ss.
- 9 Aquí podría plantearse si existe responsabilidad previa al dejar de tomar la medicación (*actio libera in causa*). La cuestión no se trató en la sentencia, quizás porque la propia enfermedad hizo que tampoco en el momento previo el sujeto fuera plenamente imputable. En cualquier caso, son imaginables otros supuestos en los que no pueda encontrarse asidero alguno para una imputabilidad previa, como por ejemplo el hecho cometido en un primer ataque psicótico por una persona hasta entonces no diagnosticada.
- 10 Es éste un caso real similar al fabulado de Horacio Quiroga, del que da cuenta ZAFFARONI -*Tratado de Derecho penal. Parte General* III. Buenos Aires: Ediar, 1981, p. 344-: el Dr. Else, personaje del cuento 'Los destiladores de naranja' que "en su *delirium tremens* golpea con un leño a su hija hasta matarla, creyendo que es una rata gigantesca".

‘otro’, entendido como otra persona, categoría en la que difícilmente entran los “seres monstruosos”, expresión ésta que acoge la propia sentencia (Fundamento tercero) para referirse a la representación del autor. Falta, por tanto, la intención de matar a otro, que unánimemente se requiere como elemento de la tipicidad en la tentativa de homicidio. Hay un error de tipo personalmente invencible sobre la condición humana del objeto de la acción.

Por si esto no fuera suficiente, incluso si se hubiera percatado de que el agresor era una persona, seguiría concurriendo un error sobre los presupuestos objetivos de una legítima defensa ajena<sup>11</sup>: el imputado cree estar defendiendo a su hijo de una agresión ilegítima.

De forma muy plástica, beneficiándose de un guión bien construido, plantea el problema de un posible error de tipo derivado de inimputabilidad la película *Escalofrío*<sup>12</sup>. El protagonista confiesa a sus hijos haber recibido la visita de un ángel que le ha facilitado una lista de demonios, con apariencia humana, a los que ellos tienen que ir eliminando (que no matando). Cuando el mayor de los hijos, con suficiente edad para percibir los desvaríos de su padre, se niega a ayudarlo aduciendo que eso sería asesinar personas, el padre, sorprendido, le contesta que sus creencias le impiden matar personas, pero que tiene el deber de eliminar a los demonios de la lista. Igual que en caso de la sentencia antes comentada, un trastorno psíquico provoca un error invencible sobre la propia humanidad de las víctimas.

### 3. Error sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación: defensa contra agresiones imaginadas

Ciertas anomalías psíquicas, como la esquizofrenia paranoide, o la ingestión de algunas sustancias, pueden provocar en quien las padece alucinaciones que les hacen ver agresiones y enemigos donde no los hay. En estos casos, el sujeto puede realizar hechos lesivos en la creencia invencible de estar defendiéndose legítimamente, y por tanto bajo un error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, mayoritariamente calificado o tratado como error de tipo.

La jurisprudencia ha tenido ocasión de ocuparse de este tipo de casos, que de todos los que estamos examinando quizás sean los más frecuentes. Pueden citarse, en este sentido, entre otras la SAP de Lleida 481/2001 (sección 1ª), de 27 de julio, que enjuició el caso de quien, bajo los efectos de un medicamento contra el SIDA que estaba tomando, creyó ver a dos desconocidos escondidos en el salón de su casa, ante lo que pidió ayuda a la policía, que no pudo prestársela por no haber sido el imputado ni siquiera capaz de darles su dirección, tras lo cual, para poner una barrera entre los

11 O de un auxilio necesario, si se interpreta que el ser monstruoso es una fuerza natural, que no puede cometer hechos antijurídicos.

12 *Frailty*, en su denominación original. Se trata de una película del año 2001, dirigida y protagonizada por Bill Paxton.

supuestos agresores y él, prendió fuego al sofá y luego bajó a la calle cubierto con una manta y portando un cuchillo y un destornillador para defenderse. La sentencia aceptó la existencia de un tipo de incendio, pero, contra la petición del Fiscal y de la propia defensa, que habían solicitado sólo una eximente incompleta, tras una fundamentación muy convincente, apreció eximente completa del art. 20.1, e impuso una medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico. Precisamente la detallada argumentación de la sentencia a favor de una eximente completa muestra que el sujeto realmente creía, de manera personalmente insuperable, que había dos agresores en su piso, contra los que no tuvo otro remedio que defenderse.

También es ilustrativo el caso tratado por la SAP de Palencia (Sección 1ª) nº 5/2006, de 4 de abril, en la que se enjuicia por una tentativa de secuestro de un menor a Penélope, una mujer afectada por un trastorno delirante de tipo mixto, que, en la creencia irreal de tener un hijo, tomó por tal a un niño de 10 años con el que no tenía relación alguna, y, tras indicarle que era su madre, lo agarró con brusquedad para llevarlo a su casa<sup>13</sup>. También en este caso se apreció una eximente completa del art. 20.1 y se impuso una medida de seguridad. La sentencia entendió que se daban las circunstancias objetivas y subjetivas del secuestro, pero no entró a evaluar que la imputada había actuado en la creencia, invencible debido a su patología, de que el niño era suyo, lo que entraña un error sobre los presupuestos objetivos de la eximente de justificación del art. 20.7 CP

En fin, el conocido y reciente caso de la Dra. Noelia de Mingo (SAP de Madrid (Sección XVI), 54/06, de 5 de junio), que, padeciendo una esquizofrenia paranoide con delirios de persecución y alucinaciones, tomó a sus pacientes y compañeros por agresores confabulados, lo que le llevó a ‘defenderse’ contra sus irreales ataques, causando una verdadera tragedia, es un último ejemplo de esta misma problemática. En su argumentación, la Audiencia aceptó el criterio de los forenses, que mantuvieron que en dicha situación la imputada piensa que es real lo que le ocurre y por eso creía que “todos los médicos, pacientes y enfermeros eran actores que simulaban y la estaban perjudicando y también estaban perjudicando a su familia” (Fundamentos jurídicos primero y segundo)<sup>14</sup>, careciendo a la vez de conciencia de la propia enfermedad. Tam-

13 Hay otros casos de más difícil calificación como el de la SAP de las Palmas 195/2000 (sección 2ª) de 4 de diciembre, que enjuició a una madre que padeciendo una esquizofrenia paranoide potenciada por los trastornos hormonales posparto, creyéndose la Virgen María y pensando que su hija recién nacida estaba endemoniada, la puso en una bañera y la mordió por todo el cuerpo, arrojándola finalmente al patio, donde falleció. Como bien apunta MARTINEZ GARAY –“Imputabilidad y elementos del delito” texto mecanografiado de la conferencia del mismo título impartida por la autora dentro del curso de formación del Consejo General del Poder Judicial, *Actual doctrina de la imputabilidad penal*, Madrid, 16-18 de octubre de 2006 (en prensa), p. 6 y s.-, en este caso no está claro si había un error de tipo -por creer que era un demonio; aunque en la sentencia se recoge como hecho que quiso acabar con la vida de su hijo-, o la creencia errónea de actuar cumpliendo un deber divino

14 Podría discutirse si su delirante creencia abarcaba la actualidad de la agresión o si se trataba de un exceso por anticipación de la defensa putativa. Lo absurdo que resulta en casos como

poco en esta ocasión tuvo duda alguna el tribunal. Apreció la eximente completa de enajenación mental y aplicó a la imputada una medida de seguridad de internamiento por un tiempo máximo de 25 años.

En todos estos casos está presente una causa de justificación putativa debido a la existencia de un error invencible sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación. Quienes defienden la teoría de los elementos negativos del tipo o la teoría limitada de la culpabilidad habrán de concluir en este caso que falta el tipo subjetivo, lo que hace teóricamente imposible la aplicación de medidas<sup>15</sup>.

#### 4. Ausencia de elementos subjetivos del tipo: el caso de los falsos billetes falsos

Los trastornos mentales no sólo pueden producir error de tipo, sino también ausencia de un elemento subjetivo del injusto, como puede ser el ánimo de lucro en los delitos patrimoniales. Y en este caso, igual que en el de ausencia de acción, tampoco sería una solución mantener dolo e imprudencia en la culpabilidad, porque también quienes así lo hacen admiten la presencia en algunos tipos penales de elementos subjetivos.

En la jurisprudencia alemana hay un interesante caso (BGH 1 StR 337/02)<sup>16</sup> de posible robo violento / extorsión en el que un trastorno mental lleva a la autora del hecho a creer que el banco en el que tenía depositados sus ahorros se había confabulado con sus enemigos, por lo que pidió la cancelación de la cuenta, que presentaba un saldo de 3500 DM. Un día después de obtener el dinero, convencida de que le habían entregado billetes falsos, la mujer acudió a la policía a presentar dichos billetes y no fue capaz de entender la ironía con la que el agente que la atendió confirmó sus temores diciéndole que eran ‘malas falsificaciones’. La mala interpretación de la broma del agente la llevó a dejar el dinero supuestamente falso en manos de la policía y a presentarse por segunda vez, dos días después, en el banco y reclamar, intimidando al empleado con una pistola

---

éste incluso plantear una cuestión de esta naturaleza debería ponernos sobre aviso de que algo no está bien en la actual teoría del delito en relación con estos casos. Resulta tan obvio que la cuestión de la actualidad de la agresión es aquí por completo indiferente, que el hecho es realmente lesivo, y que predomina por encima de todo la necesidad de imponer una medida de seguridad, que cualquier sistema teórico, como el hoy mayoritario, que pueda llevar a una solución contraria, debe someter su estructura básica a revisión.

15 Lo que no quiere decir que pueda solucionarse el problema simplemente adoptando otra teoría, como la estricta de la culpabilidad. Efectivamente, esta teoría llevaría en este caso a una solución adecuada, ya que el problema se situaría en el error de prohibición, y por ello en la culpabilidad, pero quedarían sin resolver los otros problemas que se están tratando -los casos de ausencia de acción, o de error de tipo sin más-, y por otro lado se incurriría en una contradicción sistemática de calado, al confundir el error sobre la valoración jurídica del hecho (error de prohibición) con el error sobre el hecho que se está valorando (que es el hecho complejo compuesto por los elementos objetivos del tipo y los presupuestos objetivos de la causa de justificación). El tratamiento, sea cual sea, debe ser el mismo para el error sobre elementos que fundamentan y elementos que excluyen la antijuridicidad.

16 BGH 1 StR 337/02 – Beschluss vom 10.september.2002 (LG Nürnberg-Fürth).

detonadora descargada, los 3500 DM que creía suyos Aunque el hecho fue calificado de extorsión grave asimilada al robo (§ 253, 255 y 250.1.1b StGB), la inimputabilidad de la autora llevó al Tribunal a imponerle una medida de seguridad de internamiento en un hospital psiquiátrico conforme al § 63 StGB.

El problema evidente que plantea esta solución es que para una imputación por robo violento o extorsión faltaba el necesario ánimo de lucro, porque la autora creía que el banco se había apropiado indebidamente de su dinero, así que no buscaba enriquecerse, sino ejercer su derecho. La cuestión fue abordada expresamente en la sentencia original y en la que resolvió el recurso, aunque desde la perspectiva de la posible ausencia del dolo típico. Mientras que en la primera el tribunal optó por seguir la tesis, defendida por una parte de la doctrina alemana y por la propia jurisprudencia, de considerar que en estos casos el error condicionado no excluye la existencia de dolo (a ella me referiré más adelante), en la segunda se admitió que la cuestión es debatida, existiendo otra corriente de opinión contraria a esta solución (que también se examinará más adelante), pero a la vez entendió que en este caso la polémica era intrascendente ya que al menos concurría un hecho antijurídico de coacción, que permitía justificar el internamiento.

Ciertamente, en este caso podría tomarse en consideración la existencia al menos de un intento de realización arbitraria del propio derecho, o de coacciones, pero, al margen de que en un sistema como el español la medida tendría como límite de imposición el de la pena asignada a estos delitos, muy inferior al del robo violento, no es difícil imaginar otros casos en los que ni siquiera haya un tipo residual que permita imponer la medida, como en el ejemplo sugerido por Schmidhäuser.

Schmidhäuser, que se vale del supuesto para criticar la teoría final, plantea el caso hipotético de un enfermo mental que, reiteradamente, se apropia de cosas ajenas al creer, a consecuencia de su patología, que le han sido regaladas<sup>17</sup>. Aunque Schmidhäuser entiende que sólo quienes examinen el dolo y la imprudencia en el tipo subjetivo tendrían problemas con este caso, lo cierto es que las dificultades se extienden también a los seguidores de una posición tradicional pero que a la vez admiten que en algunos delitos hay genuinos elementos subjetivos del tipo, como el ánimo de lucro en el hurto.

### III. RECAPITULACIÓN

Los ejemplos anteriores son una muestra, entre otras<sup>18</sup>, de un problema común: en todos ellos hay una circunstancia de inimputabilidad -trastorno mental permanente

17 *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Lehrbuch, (2ª ed.), Tubinga: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1975, 19/11, p. 748. Un caso muy similar plantea JOSHI JUBERT “Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuridicidad”, *ADPCP*, 1989, p. 131. De acuerdo con la crítica de Schmidhäuser, LANG-HINRISCHEN, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar* (9ª ed.). Berlín/Nueva York: Walter de Gruyter, 1974, § 42 b, nm. 12.

18 Otros casos, muy interesantes, de la jurisprudencia española pueden verse en MARTINEZ GARAY, “Imputabilidad y elementos del delito” (como en nota 13).

o transitorio debido a la existencia de una enfermedad psíquica; consumo de drogas o alcohol, etc.,- que además, y aquí reside su peculiaridad, tienen un efecto en categorías previas, haciendo que se excluyan otros elementos del delito que condicionan ya la propia antijuridicidad del hecho<sup>19</sup>.

Ahora bien, si, como en los casos examinados, no concurre un hecho antijurídico, falta un presupuesto esencial de aplicación de las medidas de seguridad (podríamos añadir: ni cabe defenderse legítimamente contra ese hecho, y es posible participar en él sin ser punido) y ello contrasta con la percepción intuitiva de que en estos casos las medidas deben imponerse (si hay peligrosidad) y con el hecho real de que los tribunales efectivamente las imponen, lo que parece provocar una seria *inconsistencia sistemática*.

Expuesto en forma de argumento lógico:

- (P1) Las medidas de seguridad se aplican sólo a quienes hayan cometido un hecho constitutivo de delito y muestren peligrosidad criminal (art. 6.1 y 95.1.1ª CP).
  - (P2) Hecho constitutivo de delito es la acción típica no justificada.
  - (P3) No hay acción si el sujeto incurre en una causa de ausencia de acción, ni hay tipicidad (tipo subjetivo) si el autor incurre en un error de tipo invencible o si falta un elemento subjetivo del injusto.
  - (P4) Las anomalías o alteraciones psíquicas que dan lugar a inimputabilidad provocan en ocasiones ausencia completa de voluntariedad, y con ello ausencia de acción, o la incapacidad del sujeto para conocer adecuadamente la realidad, y con ello un error de tipo invencible o la ausencia de un elemento subjetivo del injusto.
- (C) *Conclusión lógica*: en estos casos el inimputable no actúa, o no hace de manera típica, y no se le puede aplicar una medida de seguridad.
  - (C') *Conclusión político-criminal* que nos parece intuitivamente correcta y que aplican los tribunales: en estos casos también hay que aplicar al inimputable una medida de seguridad.

Frente a una contradicción como la expuesta sólo caben dos alternativas: quienes admitan la corrección de las premisas no les quedará otro remedio que aceptar su conclusión lógica (C), y negar en consecuencia la aplicación de medidas de seguridad, admitiendo que en este caso la intuición político-criminal no es correcta; por el contrario, quienes se inclinen por la solución político-criminal (C') deberán mostrar que

19 También podrían, eventualmente, provocar efectos en otras categorías de la propia culpabilidad como el error de prohibición o el miedo insuperable (tanto por errar sobre la situación que provoca el miedo, como por ser más sensible al miedo por causa de inimputabilidad), pero ello tendría una relevancia menor, porque el hecho seguiría siendo antijurídico.



hay alguna quiebra en el razonamiento o que alguna de las premisas no es correcta, lo que parece exigir alguna modificación en el sistema conceptual del delito.

En la discusión doctrinal se encuentran defensores de ambas opciones, con sus diferentes variantes. Hay quienes aceptan el razonamiento y la conclusión, y quienes atacan la validez de las premisas para así poder llegar a la solución político-criminal. Ambas alternativas se enfrentan a importantes dificultades<sup>20</sup>, aunque de diferente índole. La primera hace prevalecer el sistema por delante de lo que aparentemente dicta el sentido común (y a la vez practican los tribunales y defiende la mayoría de la doctrina) llegando a una solución que en algunos casos parece simplemente disparatada, y por ello debe ser capaz de dar una explicación muy convincente que justifique una propuesta aparentemente tan inadecuada. La segunda debe encontrar una quiebra en un razonamiento cuyas premisas, o bien son meras descripciones de hechos difícilmente controvertibles (así la premisa 1 y parte de la 4), o bien son postulados teóricos que parecen brotar directamente del propio sistema conceptual del que se parte (así las premisas 2, 3 y parte de la 4). Si esto es así, cualquier pretensión de modificarlas requiere algún cambio sistemático, que será mayor o menor según la categoría a la que afecte.

#### IV. SOLUCIONES PROPUESTAS

##### 1. Preeminencia del sistema y no imposición de medidas de seguridad

Esta primera solución es menos frecuente en la doctrina, que además no siempre la defiende de manera convencida, y casi inexistente en la práctica de los tribunales. Pueden encontrarse tres variantes, muy próximas entre sí, y sólo una supone una verdadera apuesta por el sistema con todas sus consecuencias, mientras que, de las otras dos, una lo hace podríamos decir resignadamente, y la otra sólo de forma nominal.

###### 1.1. Opción decidida por el sistema

Dentro de este primer apartado, la posición más extendida, y también la más coherente, es la que niega la aplicación de medidas en estos casos apostando sin fisuras por el sistema<sup>21</sup>. Expuesto en los términos del razonamiento lógico, esta primera posición acepta sin restricciones la corrección de las premisas, derivadas del sistema del delito adoptado, y por ello también la conclusión: no cabe imponer medidas de seguridad. Así,

20 En este mismo sentido SILVA SÁNCHEZ, “¿Medidas de seguridad...?” (como en nota 6), p. 869.

21 Mantienen esta posición, entre otros, BRUNS, “Zur Problematik rausch-, krankheits- oder jugende- dingter Willensmängel des schuldunfähigen Täters im Straf-, Sicherungs- und Schadensersatzrecht (§§ 330 a, 42 b StGB, 289 BGB”, *Juristenzeitung* (JZ), 1964, p. 478; TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* (53a ed.). Munich: C.H.Beck, 2006, § 63, nm. 3, aunque reconoce que la jurisprudencia no es de esta opinión; HORN, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, (SK), *Bd. I Allgemeiner Teil*, (7ª ed.), 1999, §63, nm.4; BÖLLINGER/POLLÄHNE, *Strafgesetzbuch*, Band 1 (*Nomos Kommentar*) (2ª ed.), Baden-Baden: Nomos, 2005, § 63, nm. 68, p. 180.

por ejemplo, en palabras de Horn, si falta el dolo típico u otros elementos subjetivos del injusto no hay ninguna razón para intervenir con medidas, con independencia de cuál sea la razón que ha provocado dicha ausencia: “Quien cree que la cosa que toma le ha sido regalada no comete ningún hurto tanto si dicho error procede de una enfermedad psíquica como si no”<sup>22</sup>.

Su ventaja principal, aunque al final sea sólo aparente, es la coherencia sistemática. Su inconveniente, el precio que hay que pagar por ello. ¿Es de verdad razonable no aplicar en estos casos una medida de seguridad, negar legítima defensa en el agredido y permitir la participación de quien, como imputable, conoce la lesividad del hecho? Si se atiende al desvalor del hecho y a la peligrosidad para bienes jurídicos, no hay diferencia material alguna entre el enajenado que mata porque no es capaz de controlar su agresividad y el que lo hace porque cree que el objeto de su acción letal es un demonio trasfigurado en humano. Al prever un tratamiento tan absolutamente distinto para hechos que no presentan diferencias materiales relevantes, se preserva el sistema teórico del delito al uso, pero a costa de incurrir en una incoherencia valorativa que vicia el propio sistema que se trata de mantener.

Una posición como ésta sólo puede defenderse desde la posición de un científico demasiado apegado a su sistema teórico. Es difícil creer que, puestos en la tesitura de juzgar, los defensores de esta tesis dictaran sentencia absolutoria declarando la irrelevancia penal, a todos los efectos, de hechos de tanta gravedad. El que la mayor parte de las sentencias ni siquiera llegaran a plantearse la alternativa de no aplicar medidas parece un indicio fuerte de que la conclusión sistemática no puede ser correcta.

Creo que éste es uno de esos raros casos en los que sólo un especialista daría la respuesta inadecuada. Únicamente quien tenga una fe ciega en las bondades de la teoría del delito actual puede cerrar la puerta a una solución político-criminal que, al menos en este caso, es evidente, en lugar de poner en duda su propio sistema o intentar refinarlo. Por ello no es extraño que incluso entre sus defensores haya algunos que aceptan esta solución sólo resignadamente, o que buscan fuera del Derecho penal cómo evitar sus consecuencias.

## 1.2. *Opción resignada por el sistema*

Así podría describirse la posición de Jescheck y Weigend, como se desprende de sus palabras:

“el error de tipo que venga determinado por la perturbación anímica del autor no debe excluir el internamiento, pues el sentido del § 63 consiste precisamente en prevenir también dichos peligros para la seguridad pública. Sin embargo procede rechazar tal posición, porque el concepto de delito no puede renunciar al dolo como portador de la acción típica”<sup>23</sup>.

22 SK, (como en nota 21), § 63, nm.4

23 *Tratado de Derecho penal. Parte General*. Granada: Comares, 1993, cit. p. 735. En la quinta edición se mantiene la misma posición, aunque con una fundamentación añadida en el

Su posición no hace otra cosa que reconocer expresamente la crítica arriba expuesta. Si el sentido del § 63 StGB, relativo a la aplicación de medidas de seguridad a inimputables, es prevenir también la peligrosidad criminal en estos casos, al no aplicarlo se está incurriendo en una contradicción intrasistemática, que afecta también al principio de igualdad.

### 1.3. Opción sólo nominal por el sistema

Una última opción consiste en mantener el sistema penal de manera íntegra en este punto -no se imponen, por tanto, medidas de seguridad penales- pero admitir la imposición de medidas civiles. En esta línea, Serrano Butragueño se plantea la cuestión en los siguientes términos:

“Tan sólo me asalta una duda (...) y es la de si un sujeto, que ni siquiera puede comprender *el hecho* (no la ilicitud del hecho, sino el hecho en sí), debe esperar al estudio de la imputabilidad para ser declarado exento de responsabilidad penal; o si, verdaderamente, como opino, se produce un *error de tipo invencible* al no poder captar los elementos de la conducta típica, por lo que no llega a producirse el comportamiento típico. Desde luego, esta solución me parece técnicamente la más correcta; pero impediría que el sujeto fuera sometido a una *medida de seguridad*. Sin embargo, este problema puede solventarse fácilmente por la *vía del internamiento civil en hospital psiquiátrico*”<sup>24</sup>.

Esta segunda solución respeta el sistema sólo de forma nominal, y no responde a la pregunta de por qué si verdaderamente el hecho es atípico, pese a ello hay que aplicar una medida de seguridad civil, y, sobre todo, por qué en este caso la medida a aplicar es civil y no penal, como en cualquier otro supuesto de delito cometido por un inimputable. Una vez más, no hay respuesta a la contradicción intrasistemática que ya fue denunciada más arriba. Como ha destacado Silva, esta solución “elude precisamente la cuestión central de ‘cuándo’ debe estimarse que hay delito, a los efectos de imponer medidas de seguridad”<sup>25</sup>.

---

principio de legalidad. Se sigue reconociendo que, materialmente, en los casos de error de tipo condicionado debería aplicarse el § 63 StGB, pero que no es posible, sin violar la prohibición de analogía, debido a la expresa referencia del código a la comisión de un “hecho antijurídico”. En los casos de error sobre presupuestos de una causa de justificación, admiten, sin embargo, la aplicación de la medida - *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil* (5ª ed.), Berlín: Duncker.

24 Comentario al art. 20 CP, en Ignacio Serrano Butragueño (coord.), *Código penal de 1995*. Granada: Comares, 1999, cit. p. 269 (en cursiva en el original). También CASTALDO, “Der durch Geisteskrankheit bedingte Irrtum: ein ungelöstes Problem”, ZStW 103 (1991), pp. 551 y s.

25 “¿Medidas de seguridad...?”, (como en nota 6), cit. p. 875, n.29. Crítica que, como apunta Silva, ya había sido formulada por PIACENZA, “L'errore nel reato del non imputabile”, La Scuola Positiva, 1948, p. 438.

## 2. Preeminencia de la solución político-criminal (imposición de medidas de seguridad) y refinamiento del sistema

La mayoría de las soluciones propuestas se orientan en la línea de aceptar en estos casos la aplicación de medidas de seguridad (y, eventualmente, otras consecuencias jurídicas), lo que requiere a su vez algún tipo de modificación del sistema teórico del delito. También aquí hay distintas alternativas, y las más plausibles se han explorado por la doctrina.

A efectos expositivos se pueden distinguir dos tipos de estrategias: la primera tendría como finalidad mostrar que, pese a las apariencias, en estos casos el hecho sigue siendo típico y antijurídico, así que la anomalía o alteración psíquica operaría como en los casos normales, en el seno de la imputabilidad; la segunda, que adoptan quienes creen que la anterior no puede prosperar, trataría de ofrecer una solución específica en la propia teoría de las medidas de seguridad, de manera que se solucionaría el problema, pero a costa de renunciar a un sistema unitario para penas y medidas.

La finalidad última de ambas estrategias es la misma: mantener el sistema actual del delito prácticamente incólume en sus líneas maestras, realizando sólo retoques menores, pero para ello el camino seguido es distinto. Los partidarios de la primera solución creen que los retoques pueden hacerse dentro del sistema del delito, especialmente en la categoría del tipo subjetivo, y más específicamente en la teoría del error y en la de los elementos subjetivos del injusto, lo que permitiría seguir manteniendo un concepto unitario de hecho delictivo, válido como presupuesto común de aplicación de penas y medidas; mientras que los partidarios de la segunda creen que tal cosa es imposible, y por ello hacen sus retoques *fuera* del sistema del delito, básicamente proponiendo un sistema paralelo para la aplicación de medidas, en el que no sería imprescindible la presencia de un hecho típicamente antijurídico. Penas y medidas no tendrían ya un presupuesto mínimo común.

Desde luego la primera opción, si fuera acertada, sería preferible, porque preserva mucho más que la segunda. Un concepto de hecho delictivo único, compartido por penas y medidas, es mejor que dos sistemas. Creo, sin embargo, que la crítica a esta primera alternativa que hacen los defensores de la segunda es acertada: no es posible un refinamiento dentro del sistema como el que proponen sus defensores sin hacerlo saltar por los aires. Ello no quiere decir que la segunda opción sea, por exclusión, correcta, aunque pueda estar mejor encaminada. También ella sacrifica algo relevante.

### 2.1. Reafirmación del carácter típicamente antijurídico del hecho

La primera estrategia de solución consiste en negar que en estos casos el hecho sea atípico. La propuesta mayoritaria, seguida por una buena parte de la doctrina y jurisprudencia, es la que a veces se denomina teoría del 'error condicionado', pero hay también otras propuestas próximas que conviene examinar también brevemente.

1. La distinción entre errores condicionados por la anomalía o alteración psíquica y errores incondicionados.

Seguramente sea ésta la solución mayoritaria en la doctrina alemana<sup>26</sup>, y desde luego lo es en la jurisprudencia de aquel país<sup>27</sup>. Su argumento central,

26 Ya en 1961 consideraba BRICOLA esta tesis como dominante en Alemania - *Fatto del non imputabile e pericolosità*. Milán: Giuffré, 1961, p. 73-. Sin embargo, MARTINEZ GARAY considera mayoritaria la tesis que hemos examinado en el apartado IV. 1 -*La imputabilidad penal. Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 116. Entre otros autores, pueden verse, LANG-HINRISCHEN, LKr (9ª ed.) (como en nota 17), § 42 b, nm. 12 y ss, esp. nm. 14.; BAUMANN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, (9ª ed.). Bielefeld: Ernst und Werner Gieseking, 1985, § 44 II, 1 c, que añade los casos de ausencia de acción; HANACK, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, (ed.), § 63, nm. 23 y ss., aunque admite que al menos debe estar presente una acción -nm. 22-; STREE, Schönckel/Schröder (como en nota 23), § 63, nm.5-7; KUHL, *Strafgesetzbuch Kommentar* (25 ed.). Munich: C.H.Beck, 2004, § 63, nm.2, p. 392; BOCKELMANN, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Darstellung der ab 1 Januar 1975 geltenden reformierten Fassung*. Munich: C.H.Beck, 1973, pp. 261 y s.; VAN GEMMEREN, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 2/1, Munich: C.H. Beck, 2005, § 63, nm. 13, p. 329. Esta es también la posición que sistemáticamente aplica la jurisprudencia alemana. Véanse las abundantes referencias de los autores citados.

En la doctrina española, con lo matices que en seguida veremos en cuanto a su formulación, mantienen esta posición, entre otros, GARCÍA ALBERO -“Art. 95”, en Gonzalo Quintero Olivares (Dir.), Fermín Morales Prats (Coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, (2ª ed.). Navarra: Aranzadi, 2001, pp. 518 y s.-; URRUELA MORA -*Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica. La capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en psiquiatría y genética*. Bilbao/Granada, 2004, pp. 163 y s., nota 557-, MARTÍNEZ GARAY -*ob.cit.* pp. 113 y ss., 415 y ss. y 453. Una posición singular es la de ZAFFARONI. En su opinión, en los casos de error psíquicamente condicionado “nos hallamos ante un claro supuesto de atipicidad, pudiendo funcionar la medida de internación” -Tratado, (como en nota 10), cit. p. 341-. Pero esta solución sólo es posible si el ordenamiento no vincula la imposición de medidas a la previa comisión de un hecho típicamente antijurídico, y aún así habría que explicar por qué a un hecho que expresamente se declara penalmente irrelevante -atípico- debe no obstante aplicársele una medida de seguridad. Como veremos en breve, esta misma objeción puede formularse a la tesis de Joshi Jubert, en España -*infra* B, B2. 1-.

En la doctrina italiana la cuestión ha suscitado mucho debate, que allí se extiende también a la propia ubicación de la imputabilidad en la teoría del delito. Véase, entre otros, PIACENZA, “*Lerrore nel reato del non imputabile*” (como en nota 25), pp. 429 y ss.; GALLI, “*Lerrore nel fatto dei non imputabili ed in quello degli ubriachi o stupefatti*”, *La Scuola Positiva*, 1949, pp. 34 y ss; BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*. Milán: Giuffré, 1961; DE FRANCESCO, “*Il ‘modello analitico’ fra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell’elemento psicologico del reato*”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova serie (34), 1991, pp. 107 y ss; CASTALDO, “*Der durch Geisteskrankheit bedingte Irrtum: ein ungelöstes Problem*”, *ZStW* 103 (1991), pp. 541 y ss., con referencias adicionales; MILITELLO, “*Lerrore del non imputabile fra esegesi, dogmatica e politica criminale*”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale (RIDPP)*1996, pp. 543 y ss.

27 Véanse las múltiples referencias en las obras citadas en la nota anterior. Sobre la evolución en la jurisprudencia alemana de la distinción entre error condicionado y no condicionado, véase BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità* (como en nota 26), pp. 73 y s, n. 142.

normalmente falto de apoyo teórico, es que en los errores cometidos por inimputables deben distinguirse los que están condicionados por la propia inimputabilidad de los que no lo están. Sólo en los segundos, aquellos en los que también una persona normal hubiera errado, el efecto eximente se produce por la vía del error, sin esperar a la inimputabilidad, mientras que en los primeros el error sería irrelevante.

Ahora bien, si se busca en los defensores de esta tesis una explicación de por qué esto debería ser así, sencillamente no la hay, lo que hace surgir con fuerza la sospecha de que se trata más de una solución *ad hoc* para alcanzar un punto de llegada previamente asumido, que de la exposición de las razones materiales que permiten llegar a dicha conclusión<sup>28</sup>. Y, sin embargo, el problema de esta solución no está en justificar la imposición de medidas, sino en cómo hacerlo sin violar frontalmente el sistema que se asume. Desde la perspectiva del fundamento material de las medidas resulta evidente que no es lo mismo un error de tipo condicionado por anomalías psíquicas que uno incondicionado. En el primero hay un peligro de repetición -una peligrosidad 'criminal'- que está ausente en el segundo<sup>29</sup>. Los tribunales aceptan tácitamente esta idea en su jurisprudencia. Expresado en otros términos, la conclusión político-criminal del razonamiento antes expuesto necesita poco apoyo; pero no es la que se deriva de las premisas sistemáticas de la doctrina. Quien quiera hacer valer esta conclusión, tiene que poner en cuestión alguna de las premisas del razonamiento. Pero, ¿cuál o cuáles?

Una primera interpretación de este punto de vista sería la que lo ve como un ataque a la tercera premisa, que sería incompleta en la formulación expuesta por no hacer referencia a la excepción del error (o ausencia de elementos subjetivos) condicionado. En esta primera hipótesis la redacción de la premisa tercera debería ser más bien:

(3) "No hay acción si el sujeto incurre en una causa de ausencia de acción, ni hay tipicidad (tipo subjetivo) si el autor incurre en un error de tipo invencible o si falta un específico elemento subjetivo del injusto, *salvo que la ausencia de acción, el error o la ausencia del específico elemento subjetivo estén plenamente condicionados por una anomalía o alteración psíquica grave*".

El inconveniente obvio de esta solución es que requiere una modificación del concepto básico del delito que seguramente sus defensores no estarían dispuestos a aceptar. El dolo o los elementos subjetivos del injusto ya no serían siempre elementos necesarios

28 En la doctrina española, este es el caso, por ejemplo, de URRUELA MORA, que en su crítica a la posición defendida por Serrano Butragueño, se limita a afirmar que hay que hacer la distinción, pero sin aportar argumentos materiales que la avalen -*Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, (como en nota 26), pp. 163 y s., nota 557.

29 No es correcto esgrimir este hecho en apoyo de la teoría del error condicionado, como hace GARCÍA ALBERO -"Art. 95", (como en nota 26), p. 519-. La solución político criminal es adecuada, y ello significa que debe haber un sistema que la sostenga, pero no cualquier sistema.

de la tipicidad, sino contingentes. Podría prescindirse de ellos precisamente en aquellos casos en los que no están presentes debido a la inimputabilidad del autor. Y otro tanto ocurriría con la ausencia de acción, a la que estos autores no suelen hacer referencia<sup>30</sup>, pero que, como vimos, puede plantear los mismos problemas que el error de tipo. Ya no se excluiría la acción siempre que falte un contenido mínimo de voluntariedad, sino sólo cuando esa falta no estuviera condicionada por anomalía o alteración. Ello entrañaría, como es lógico, la desintegración del núcleo conceptual de la acción tal y como es hoy concebida, algo que estos autores tampoco hacen<sup>31</sup>.

Por eso parece más razonable interpretar esta solución como un ataque a la cuarta premisa. Pero la cuestión es, ¿cómo? La cuarta premisa parte de la mera constatación de un hecho que, por lo demás, suele aparecer así acreditado, como hecho probado, en las sentencias que enjuician estos casos. Ciertas anomalías o alteraciones psíquicas, (o el consumo de ciertas sustancias o la presencia de alteraciones en la percepción) provocan en ocasiones una completa ausencia de voluntariedad, no subsanable mediante *actio libera in causa*, o una incapacidad absoluta para conocer ciertos aspectos de la realidad, entre los que puede estar elementos objetivos de un tipo penal, o la ausencia de otros elementos subjetivos que pueden ser relevantes para la tipicidad de un hecho. Tradicionalmente a estas situaciones se las denomina en la teoría penal ausencia de acción, o atipicidad por error de tipo invencible o por ausencia de un elemento subjetivo del injusto, así que la veracidad de la cuarta premisa parece más allá de toda duda. La única manera de ponerla en cuestión es dando un giro a la definición de ausencia de acción, o de error de tipo o de elemento subjetivo del injusto, pero desde luego no es lo que hacen los defensores de la tesis del error condicionado. Si hay una ausencia completa de voluntariedad no hay acción, según la forma de entender este primer elemento del delito absolutamente dominante, sea cual sea el concreto concepto de acción que se mantenga. Por otro lado, el dolo requiere, al menos, conocimiento de los elementos del tipo, algo que precisamente está ausente en los casos examinados. Si, pese a ello, se pretendiera afirmar que en este caso hay un hecho doloso, no quedaría más remedio

30 En ocasiones se acepta la distinción entre hechos condicionados o incondicionados para el error, pero no para la acción, de manera que una causa de ausencia de acción condicionada por una alteración psíquica, como el caso de los avestruces, no permitiría aplicar medidas -así, HANACK, LK, (como en nota 26), § 63, nm. 22-. Pero este planteamiento es contradictorio. Las mismas razones materiales que hay para aceptar la medida en un caso se dan en el otro, como muestra la práctica de los tribunales. La respuesta de Hanack de que el hecho antijurídico requiere una acción *-ob.loc.cit-* es sistemáticamente correcta, pero es sorprendente que él la esgrima cuando acepta sin problemas la teoría del error condicionado, que supone prescindir del dolo como elemento real del tipo, violando el sistema que dice asumir. En este sentido, es mucho más coherente la posición de quienes admiten también la imposición de medidas en casos de ausencia de acción, como BAUMANN-AT (como en nota 26), § 16, I, 2 b y § 64, II, 1, c-. También, aunque por otra vía, llegan a esta conclusión JOSHI JUBERT y SILVA SÁNCHEZ, como luego se verá.

31 Es más, quizás porque en el caso de la acción la objeción se hace más patente, normalmente quienes aceptan la teoría del error condicionado lo hacen sólo para el error, no para la acción, como vimos que expresamente sucedía en el caso de Hanack (véase nota anterior).

que cambiar la definición de dolo, por ejemplo aceptando que sería doloso también el comportamiento de quien desconoce los elementos objetivos del tipo pero en una situación en la que un hombre normal, en el que no concurren circunstancias de inimputabilidad, no hubiera incurrido en dicho desconocimiento. Ni que decir tiene que ninguno de los partidarios de la teoría del error condicionado dan este paso en la teoría de la acción o del dolo, entre otras cosas porque ello sería tanto como destruir el núcleo básico de la imputación subjetiva. En conclusión, se hace una modificación en un apéndice de la estructura del delito para resolver un problema concreto -se dice que es suficiente con una ‘voluntad del hecho natural’<sup>32</sup>-, pero sin modificar al mismo tiempo la categoría general que le da respaldo —el dolo sigue siendo conocimiento de los elementos del tipo-, incurriendo en una notoria contradicción intrasistemática<sup>33</sup>. Si el dolo es lo que siempre se ha tomado por tal, en estos casos no hay dolo, y por tanto no hay tipo subjetivo ni hecho antijurídico, ni se puede aplicar una medida<sup>34</sup>.

Por este mismo motivo tampoco es una solución adecuada la que pretende resolver el problema *afirmando normativamente el dolo* en los casos de error condicionado. En opinión de García Albero, en los casos en que la inimputabilidad “explique enteramente el error en la percepción fáctica del hecho cometido -delirios, alucinaciones- habrá de afirmarse normativamente la presencia del dolo, y, por tanto, la existencia de un hecho antijurídico habilitante de la medida de seguridad”<sup>35</sup>.

Ahora bien, si podemos afirmar la presencia de dolo es porque previamente le hemos dado, normativamente, un contenido que abarca estos casos. Ello quiere decir que en la definición de dolo el elemento cognoscitivo dejaría de ser un requisito nece-

32 Véase, por ejemplo, las referencias a la jurisprudencia alemana en la que se usan estas expresiones en HANACK, LK, (como en nota 26), § 63, nm. 23; STREE, *Schönckel/Schröder*, (como en nota 23) § 63, nm.5.

33 Es plenamente acertada, en esta línea, la crítica de CASTALDO, que destaca cómo la teoría del error condicionado está inevitablemente unida a la categoría del dolo, y como no tendría sentido una definición distinta de dolo según sea el sujeto que cometió el hecho —“Der durch Geisteskrankheit bedingte Irrtum:...” (como en nota 24), p. 551.

34 Otras críticas que se han esgrimido en general contra la teoría del error condicionado muestran lo insatisfactoria que resulta: aplicación de analogía contra reo lesiva del principio constitucional de legalidad - entre otros, JOSHI JUBERT, “Algunas consecuencias...”, (como en nota 17), p. 135; JESCHECK/WEIGEND, AT (como en nota 23), p. 808; CASTALDO, “Der durch Geisteskrankheit bedingte Irrtum:...” (como en nota 24), p. 545.-; dificultad para distinguir los errores condicionados de los que no lo son - HORN, SK (como en nota 21), § 63, nm.4; CASTALDO, *ob.cit.* p. 542; SILVA SÁNCHEZ, “¿Medidas de seguridad...?” (como en nota 6), pp. 875 y s. -; contradicción con el Derecho positivo español que para la determinación del error apela a las circunstancias personales del autor y no de un hombre medio -JOSHI JUBERT, *ob.cit.*, p. 134. Apelar a las circunstancias concretas del autor es en realidad una exigencia elemental del principio de culpabilidad/imputación subjetiva, opuesto al de responsabilidad objetiva. El hecho se imputa a un autor, no a un hombre medio.

35 “Art. 95”, (como en nota 26), p. 519. Un nuevo ejemplo de uso de una solución ‘normativa’ como una especie de bálsamo universal, capaz de resolver cualquier problema.



sario: bastaría con que un hombre medio hubiera podido conocer lo que el autor no conoció para que el hecho de éste ya fuera considerado doloso. Un paso que, de darse, entrañaría un importante -casi letal- retroceso en las garantías asociadas al principio de culpabilidad<sup>36</sup>.

## 2. El desplazamiento del error por la inimputabilidad.

En su trabajo sobre la imputabilidad, Martínez Garay<sup>37</sup> ha tratado de dar una nueva fundamentación a la distinción entre errores condicionados e incondicionados partiendo del análisis de la concurrencia de circunstancias. En su opinión, si concurren verdaderamente varias circunstancias eximentes, siendo una de ellas la inimputabilidad, habrá que aplicar aquélla que tenga un efecto más beneficioso para el imputado, siempre bajo el principio político-criminal de no hacer de peor condición al inimputable que al imputable<sup>38</sup>. Esto es lo que sucede en los casos de error, de tipo o prohibición, no condicionado por inimputabilidad, en los que realmente concurren los elementos de ambas circunstancias. Sin embargo, en opinión de esta autora, en los casos de error condicionado o patológico:

“no se presenta en realidad un problema de concurrencia entre causas de exención, porque al ser estas situaciones resultado de la anomalía estructural de los procesos psíquicos propia de la inimputabilidad, constituyen, sólo, supuestos de inimputabilidad”<sup>39</sup>.

Por qué en estos casos, supuestamente, no concurriría error, es algo que no se aclara. Una vez más, ello requeriría someter a revisión el concepto de error, y por ello también el de dolo, de manera que pudiera afirmarse que pese a que el sujeto no ha tenido representación de lo que estaba realizando, actuó con dolo<sup>40</sup>. La propia autora es consciente de este problema cuando en nota al pie confiesa:

36 Crítico con la tesis de García Albero, que considera evasiva, SILVA SÁNCHEZ, “¿Medidas de seguridad...?” (como en nota 6), p. 886.

37 La inimputabilidad penal (como en nota 26), pp. 113 y ss., 415 y ss. y 453

38 Aunque este principio, absolutamente correcto en su fundamentación, es reiteradamente esgrimido por la autora-*La inimputabilidad penal* (como en nota 26), pp. 415 y ss.-, la solución que finalmente propone acaba traicionándolo.

39 *La inimputabilidad penal* (como en nota 26), cit. p. 453; también pp. 416 y ss. Considera, por el contrario, que hay un concurso de circunstancias, pero que debe resolverse por especialidad a favor de la inimputabilidad, GARCÍA ALBERO, “Art. 95”, (como en nota 26), p. 519. Tampoco esta solución es correcta. Nada apoya la especialidad del art. 20 respecto al art. 14. Son circunstancias que discurren en paralelo, y nada impide que se den los elementos -y por tanto los efectos- de ambas a la vez.

40 El elemento intelectual del dolo, su verdadero núcleo, dejaría de ser necesario. Por otra parte, ¿aplicaríamos también la tesis de la exclusión a los casos de ausencia de acción, como el de los avestruces?

“he de reconocer que el hecho de decir que el ‘error’ de tipo condicionado en que ha actuado el sujeto no es en realidad un error, sino un caso de inimputabilidad, no elimina necesariamente todos los problemas, porque se puede seguir cuestionando si a la vista del estado psíquico en que se hallaba el sujeto (...) cabe afirmar que actuó con dolo”<sup>41</sup>.

Éste, efectivamente, es el problema. Mientras el dolo se defina como es habitual, en los casos que estamos examinando no hay dolo<sup>42</sup>; y que ello esté condicionado o no por inimputabilidad no tienen ninguna importancia a estos efectos. La aplicación de medidas de seguridad necesita otra justificación.

## 2.2. *Renuncia a un presupuesto común para la imposición de penas y medidas de seguridad*

La segunda estrategia para resolver el problema que estamos examinando es la seguida, aunque por caminos en parte divergentes, por Joshi Jubert y Silva Sánchez, y parte de aceptar la contradicción insalvable entre la respuesta que se desprende de la actual teoría del delito y la que resulta más aceptable desde una perspectiva político-criminal. Tanto en los casos de ausencia de acción como en los de error condicionado por las anomalías o alteraciones psíquicas que indican peligrosidad criminal habría que imponer medidas de seguridad. La conclusión político-criminal es, por ello, correcta en sus consecuencias, pero a la vez faltaría el presupuesto mínimo de comisión de un hecho típicamente antijurídico que la teoría exige como presupuesto legal de aplicación de dichas medidas. La solución buscada incidiría en este último aspecto y consistiría en modificar el presupuesto de aplicación de las medidas. Y aquí ambos autores han seguido caminos distintos: proponer *lege ferenda* una reforma legal que dé cobertura a la aplicación de medidas, o reinterpretar objetivamente el concepto legal de hecho constitutivo de delito.

### 1. Propuesta de reforma legal.

La primera propuesta procede de Joshi Jubert, en el primer trabajo monográfico dedicado en España a esta cuestión<sup>43</sup>. Su conclusión es clara: la falta de algún presu-

41 *La imputabilidad penal* (como en nota 26), cit. pp. 419 y s, n. 90. Aunque la autora quiere circunscribir el problema a la presencia del dolo, y no de la imprudencia, reconoce que incluso en esta situación pueden plantearse problemas debido a que, al menos en nuestro derecho, el hecho delictivo cometido es el que marca el límite de la pena -*ob.loc.cit.*-.

42 Y en la mayor parte de los casos tampoco imprudencia -si es que este elemento ha de seguir siendo parte de la imputación subjetiva-, debido a la invencibilidad del error. La progresiva objetivización de la imprudencia en la doctrina (en muchos planteamientos es indistinguible de la imputación objetiva) va difuminando la idea de que esta categoría es, igual que el dolo, un elemento central en las garantías asociadas al principio de culpabilidad/imputación subjetiva.

43 “Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuridicidad” (como en

puesto del hecho antijurídico, como la acción o el tipo subjetivo, hace imposible en los casos examinados aplicar una medida de seguridad a sujetos inimputables, pese a que lesionan bienes jurídicos y concurre peligrosidad. “Existe, pues, una laguna legal que habría que completar”, y la solución sería “introducir un precepto legal” que cubriera dicha laguna. La propuesta, que la autora hace explícita, es la siguiente:

“Cuando no sea posible una medida de seguridad prevista en el CP a los sujetos para los cuales aquellas estén previstas, por faltar algún presupuesto del hecho antijurídico a causa de su enfermedad mental, podrá sometérselos también a tratamiento siempre y cuando se trate de sujetos peligrosos que hayan lesionado un bien jurídico, y exista la posibilidad de que en el futuro cometan hechos similares”<sup>44</sup>.

La propuesta de Joshi coincide con la de los autores examinados en el apartado IV. 1. en la corrección del razonamiento antes expuesto como descripción del sistema actual del delito<sup>45</sup>, pero, al no estimar aceptable desde un punto de vista político-criminal su conclusión, propone modificar la primera premisa: las medidas de seguridad ya no se aplicarían sólo a quienes hayan cometido un hecho constitutivo de delito, sino también a quienes hayan meramente lesionado un bien jurídico penal y presenten peligrosidad ‘criminal’, entendida como capacidad para repetir esos mismos hechos.

Un primer inconveniente de esta tesis, que comparte con todas las demás hasta ahora propuestas, es que, a lo sumo, ofrece una solución parcial. La aplicación de medidas no es la única consecuencia jurídica que se asocia a la comisión de un hecho delictivo (típico y antijurídico). ¿Habría que crear también una cláusula especial para permitir en estos casos la legítima defensa o para prohibir la participación? Pero, por otra parte, tampoco la solución concreta que plantea al problema de las medidas es suficiente, porque carece de fundamentación material que la avale dentro de un sistema conceptual que, por lo demás, permanece intacto. La impresión que da es que el peso de la conclusión político-criminal domina todo el trabajo hasta el punto de que al final lo único importante acaba siendo buscar un expediente para que dicha conclusión se plasme en la práctica<sup>46</sup>. Con ello se olvida que la exigencia legal de un hecho delictivo

---

nota 17), pp. 125-140.

44 “Algunas consecuencias...”, (como en nota 17), cit. p. 140.

45 Ya MIR PUIG, de cuyo trabajo parte Joshi, había reconocido el problema: “el inimputable que actúa desconociendo *totalmente* que daña un bien jurídicamente tutelado puede considerarse que lo hace en error relevante para la antijuridicidad”; “el inimputable que llega a desconocer por razón de su situación personal que materialmente lesiona el objeto de la acción, actuará sin dolo y hasta sin acción (por ejemplo, en los accesos epilépticos)” - *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho* (2ª ed.), cit. p. 84, n. 135 (reeditado en, Santiago Mir, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, pp 29 y ss, por donde se cita).

46 Así, expresamente, SILVA SÁNCHEZ, “¿Medidas de seguridad...?” (como en nota 6), p.

como presupuesto de aplicación de las medidas tiene un fundamento material del que no puede prescindirse sin una adecuada justificación. Como certeramente ha apuntado Silva, “en el problema que nos ocupa no se ve comprometido sólo (...) el principio de legalidad, sino sobre todo los principios materiales que fundamentan la intervención del derecho penal”<sup>47</sup>.

La solución debería situarse más bien en el plano dogmático, reinterpretando el concepto de hecho delictivo de manera que pudiera captar también estas situaciones. Este es el punto de partida de la propuesta de Silva.

## 2. Reinterpretación puramente objetiva del concepto de antijuridicidad (‘hecho constitutivo de delito’) en su aplicación a las medidas de seguridad.

Tras descartar las diversas soluciones al problema que ya hemos examinado, Silva opta por una solución dogmática, que no requiere cambios legislativos, sino tan sólo una modificación del sistema teórico de imposición de las medidas de seguridad. Frente al sistema dominante, que encuentra un presupuesto mínimo común a penas y medidas en la realización de un hecho típico y antijurídico, su propuesta consiste en separar ambas consecuencias desde la base. El concepto de delito, con todos sus elementos integrantes, y en particular la antijuridicidad, mantendría la estructura básica que hoy defiende la doctrina, pero serviría únicamente como presupuesto de aplicación de las penas. Frente a ello, las medidas requerirían un hecho antijurídico entendido en términos estrictamente objetivos:

“el concepto de antijuridicidad que constituye el presupuesto de la imposición de medidas de seguridad no presupone, como requisito necesario, la concurrencia efectiva de elemento subjetivo alguno (ni la voluntariedad de la acción, ni el dolo, ni otros elementos subjetivos); puede configurarse, pues, de modo estrictamente objetivo”<sup>48</sup>.

Esta objetivización viene, en palabras de Silva, impuesta por los fines de la medida de seguridad:

---

870: “no da más que una cobertura legal a la decisión que se pretende adoptar, pero no un fundamento material”.

47 “¿Medidas de seguridad...?” (como en nota 6), cit. p. 870. Destaca también Silva que esta propuesta llevaría a la admisión de medidas predelictuales -*ob. loc. cit.* nota 9. En realidad, como la medida de la peligrosidad no es ni siquiera la comisión futura de un hecho constitutivo de delito, sino de un hecho materialmente lesivo para bienes jurídicos, estas medidas serían más bien ‘paradelictivas’. Como veremos, (infra nota 51) esta objeción puede también hacerse a la propuesta del propio Silva.

48 “¿Medidas de seguridad...?” (como en nota 6), cit. p. 887.

“mientras que la pena, como mecanismo de estabilización contrafáctica, presupone la previa producción de un hecho que constituya ‘negación’ de la norma, la medida, por su carácter cognitivo, puede vincularse estrictamente a los datos de la lesión del bien jurídico y la peligrosidad que ella manifiesta”<sup>49</sup>.

Tanto la crítica de Silva a otras propuestas como la explicación que da para justificar la objetivización de su presupuesto de aplicación son, a mi modo de ver, correctas. De hecho, la solución político-criminal que sistemáticamente aplican los tribunales para resolver los casos que estamos examinando se apoya precisamente en esa fundamentación. Con las medidas no se trata de evitar comportamientos antinormativos, que infringen deberes jurídicos personalmente exigibles, sino lesiones de bienes jurídicos penalmente relevantes que puedan proceder de personas inimputables pero peligrosas. Hasta aquí, todo es correcto.

Pero su propuesta resulta insuficiente, y a la vez genera un doble sistema y un doble concepto de antijuridicidad que no resulta óptimo desde una perspectiva científica.

Es insuficiente, porque también ésta es una solución parcial, centrada en la aplicación de medidas, y que no ofrece respuesta para otras consecuencias jurídicas de fundamento similar a la medida. ¿Creamos un sistema paralelo para la legítima defensa; otro para la participación?

Pero su inconveniente principal se encuentra en el doble sistema que propone. En primer lugar, mantener a la vez dos conceptos de antijuridicidad con contenidos tan dispares -estrictamente objetivo uno; enriquecido subjetivamente el otro-, plantea problemas evidentes de anfibología<sup>50</sup>. En segundo lugar, no es fácil hablar de antijuridicidad, aunque sea objetiva, sin pensar en infracción de normas, y una vez que se adopta este punto de partida resulta casi inevitable conectarlo a la idea de infracción de deberes, y como estos requieren ciertos elementos subjetivos en el obligado, al final se acaba reproduciendo todo el proceso histórico de la teoría del delito: primero se añade una acción, luego algunos elementos subjetivos, luego dolo e imprudencia, etc. Por último, se plantea la difícil cuestión de qué sentido tiene seguir manteniendo, en la teoría del delito que es presupuesto de la pena, la distinción de antijuridicidad y culpabilidad. ¿Para qué sirve la antijuridicidad no culpable si le privamos precisamente de su cometido como presupuesto de aplicación de otras consecuencias jurídicas, distintas de la pena, e independientes de la culpabilidad?<sup>51</sup>

49 “¿Medidas de seguridad...?” (como en nota 6), cit. p. 887.

50 Algo que también sucede en la nueva propuesta de MIR PUIG de una antijuridicidad objetiva distinta de la antinormatividad –“Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal”, en S. Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, pp 225-248, propuesta que inspira la de Silva, como él mismo reconoce –“¿Medidas de seguridad?...” (como en nota 6), p. 887, n. 78, aunque con el importante matiz de que ésta es estrictamente objetiva (no requiere siquiera una acción).

51 A ello se podría añadir que en la propuesta de Silva las medidas pasarían a ser, si no predelictivas,

Puede aceptarse, con Silva, que la pena es un mecanismo de estabilización con-trafáctica que requiere un comportamiento que niegue la norma de comportamiento, mientras que la medida puede ligarse estrictamente a la lesión del bien jurídico, pero es que esa diferencia viene precisamente marcada por la exigencia en aquélla, y no en ésta, de culpabilidad. Es en la culpabilidad donde se aprecia que el autor ha negado la norma (de ahí la exigencia de conocimiento de la prohibición). La antijuridicidad, por el contrario, surgió históricamente como un primer nivel de análisis del hecho en el que se determina su lesividad social, y por ello es natural que el acento se situara en los elementos objetivos, y no en la imputación al autor (todavía es habitual definir en estos términos la distinción). Por la misma razón, la antijuridicidad ha servido, teóricamente, como presupuesto común a la imposición de consecuencias jurídicas que no necesitan ser vinculadas a la imputación subjetiva al autor, a la culpabilidad. Pero si, expresamente, estas consecuencias se desligan de la antijuridicidad objetivo-subjetiva (presupuesto de la pena) para vincularse a la antijuridicidad objetiva (presupuesto de la medida), ¿qué función cumple aquélla?

Más razonable sería reservar el término ‘antijuridicidad’ para el nivel de la *antinormatividad*, incluyendo en ella todos los elementos referidos a la infracción de deberes normativos (por tanto, también los elementos de la culpabilidad) y distinguirlo del nivel casi exclusivamente objetivo de la lesividad, que pueda servir de presupuesto común a las consecuencias no dependientes de la infracción de normas. Esta es la base de la propuesta que, resumidamente, se desarrolla en la última parte de este trabajo.

## V. LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA EN LA ESTRUCTURA BÁSICA DE LA TEORÍA DEL DELITO

### 1. La dimensión global del problema

Seguramente las distintas propuestas que hemos examinado no alcanzan a ofrecer una solución satisfactoria del problema porque no lo sitúan en su verdadera dimensión, sino que operan con una visión reducida del mismo. Un elemento común a todas ellas es ceñirse a la cuestión de si cabe en estos casos aplicar medidas de seguridad. Aparentemente del sistema se deduce que no, pero la mayor parte de los autores creen, acertadamente, que sí debería, y por eso circunscriben sus soluciones a retocar un sistema que permanece inalterado en sus líneas maestras.

La solución o soluciones podrían ser correctas si sólo nos enfrentásemos a eso, a un problema singular de un sistema conceptual imperfecto en este punto. Pero hay buenas razones para pensar que este tipo de casos, pese a su reducida importancia práctica (aunque son más frecuentes de lo que pudiera parecer), no son más que la manifestación singular de un problema estructural profundo de la teoría del delito, y en particular de

---

sí al menos ‘paradelictivas’ (salvo que se mantuvieran a su vez dos distintos conceptos de delito), con lo que se volvería contra él la objeción que hace a la propuesta de Joshi (supra nota 47).

su eje central, la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad. Más exactamente, atañen a la decisiva cuestión, verdadero eje de todo el debate en la evolución del concepto de delito<sup>52</sup>, de la relevancia de los elementos subjetivos para el primer gran juicio de desvalor del hecho, la antijuridicidad. No cabe, por ello, una solución limitada, como lo son las que mayoritariamente propone la doctrina, sino que es preciso ir al fondo del problema, a la determinación del concepto de ‘hecho delictivo’, tradicionalmente asociado al hecho penalmente antijurídico (hecho típico y no justificado)<sup>53</sup>.

El concepto de antijuridicidad surgió históricamente, y se ha mantenido ligado a la idea de *lesividad objetiva* (intersubjetiva) del hecho. El delito parece requerir ante todo un hecho lesivo, al que debe añadirse una persona subjetivamente responsable, lo que dio lugar a las dos grandes categorías de la antijuridicidad y la culpabilidad. Si para la aplicación de la pena ambas categorías están en plano de igualdad —ambas son necesarias—, para otras consecuencias jurídicas la situación es distinta. La pena es un mal que requiere merecimiento, esto es, posibilidad de imputación subjetiva (culpabilidad). Otras consecuencias distintas de la pena sólo requieren un hecho malo que se debe reparar o prevenir. Para ellas, la culpabilidad resulta innecesaria.

Es lógico que, con estos presupuestos, la antijuridicidad surgiera inicialmente como un concepto ligado a los aspectos objetivos del hecho, que son, al menos en una primera aproximación, los que determinan su lesividad para los bienes jurídicos. Pero la evolución posterior fue paulatinamente incorporando elementos subjetivos de forma progresiva. En realidad, un primer elemento subjetivo, la exigencia de una acción voluntaria, aparece prácticamente desde el principio en la teoría del injusto no culpable, como se ve en la obra de Jhering, que expresamente reconoció que “aunque el injusto objetivo excluye el momento de la culpabilidad, no excluye el de una voluntad humana”<sup>54</sup>. Posteriormente fueron incorporándose los elementos subjetivos del injusto y, finalmente, el dolo y la imprudencia, al menos en la doctrina mayoritaria.

La razón material que justifica el progresivo enriquecimiento subjetivo de la antijuridicidad resulta básica para la cuestión que examinamos. Aparentemente, ello

52 Un estudio pormenorizado de esta evolución y de la tensión histórica entre lo subjetivo y lo objetivo en el injusto puede verse en la primera parte de mi trabajo. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. Barcelona: JMBosch, 2001, pp. 37-485.

53 No es posible desarrollar aquí en todos sus pormenores esta idea, sino tan sólo exponerla en sus líneas maestras, que dejen ver la solución del problema que estamos examinando. Para un desarrollo extenso de la cuestión, puede verse *Antijuridicidad penal* (como en nota 52), especialmente la parte segunda, pp. 487 y ss.

54 «Das Schuldmoment im römischen Privatrecht. Eine Festschrift». *Aufgabe der juristischen Fakultät zu Giessen*. Giessen 1867 (citado por el texto incluido en *Vermischte Schriften juristischen Inhalts*. Leipzig 1879, del que hay reimpression facsímil.: Aalen: Scientia Verlag, 1968), cit. p. 161. El reconocimiento de este elemento subjetivo en el injusto objetivo constituye un intento de Jhering de contrarrestar el argumento de Merkel contra el injusto objetivo, basado en la idea de que también la naturaleza cometería entonces actos antijurídicos. Sobre ello *Antijuridicidad penal* (como en nota 52), pp. 213 y ss.

tuvo que ver con el reconocimiento de que la lesividad del hecho depende en ciertas ocasiones, o siempre, de la presencia de elementos subjetivos. Si realmente esto fuera así, todo el proceso de subjetivización sería indiscutible y, lo que es ahora más importante, el problema que estamos examinando *nunca hubiera existido*. Del hecho de que exista se desprende, a mi juicio de manera categórica, que algo se hizo mal.

Si verdaderamente la lesividad del hecho, que está en la base de la antijuridicidad, dependiera de los diversos elementos subjetivos que se han ido integrando en este primer juicio valorativo, cuando falten dichos elementos, por la razón que fuere, sencillamente el hecho no sería lesivo, y no habría necesidad alguna de prevenirlo mediante medidas de seguridad; de evitarlo, habilitando legítima defensa; de dificultarlo, prohibiendo la participación de terceros en el hecho del autor; o de repararlo, mediante responsabilidad civil. Así que nuestro sonámbulo que se siente atacado por avestruces no habría causado ninguna lesión relevante, ni Noelia de Mingo, ni el alucinado que se cree propietario de todo lo que encuentra, ni el protagonista de la película Escalofrío, ni, en resumen, ninguno de los autores de los hechos que estamos analizando. Pero, por más que se crea en las bondades del sistema penal, resulta obvio que en todos estos casos el hecho es objetivamente lesivo y que no reaccionar jurídicamente mediante medidas de seguridad, o no permitir algún tipo de defensa, o no prohibir la participación son soluciones inaceptables (por más que, como vimos, algunos autores, seguramente poseedores de una confianza ciega en su sistema, hayan llegado a esta conclusión). Ello acaba derivando en las múltiples propuestas que pretenden una solución sectorial del problema.

Lo que los ejemplos que estamos examinando ponen de relieve es que, contra lo que se pretende y contra su significado histórico, la categoría de la antijuridicidad contiene elementos subjetivos cuya ausencia *no afecta a la lesividad del hecho*.

Ahora bien, si la incorporación de elementos subjetivos no se debe (al menos no siempre) a que la lesividad dependa de ellos, ¿por qué se ha producido la progresiva subjetivización del injusto? Entre otros motivos, hay dos que nos interesan especialmente. El primero es que en ciertos hechos punibles, en concreto al menos en aquellos que entrañan una anticipación de la tutela, algunos elementos subjetivos sí parecen condicionar la lesividad<sup>55</sup>. Volveré sobre ello más adelante. El segundo es que el concepto de antijuridicidad se vinculó desde un principio al hecho contrario a la norma penal, y también desde el principio y de manera constante hasta hoy la visión más extendida de las normas no ve en ellas simples declaraciones acerca del valor o desvalor de ciertos hechos, sino genuinas prescripciones (directivos de conducta) que imponen a sus destinatarios deberes de hacer u omitir, lo que de manera irremediable acaba desembocando en la progresiva toma en consideración de las circunstancias personales del destinatario

---

55 Se apoya en este hecho el conocido argumento de la tentativa, con el que WELZEL puso de relieve que si el dolo es parte del injusto en el hecho intentado, no puede dejar de serlo en el consumado - El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, Barcelona: Ariel, 1964, p. 63. Son muchos los autores que consideran que éste es un argumento esencial en la incorporación del dolo al tipo. Referencias en Antijuridicidad penal, (como en nota 52), pp. 459 y ss.



(tradicionalmente clasificadas en la culpabilidad) en la fijación de los deberes jurídicos, y con ello en la antijuridicidad. Una vez más, en la teoría de la acción se ve esto claro. Si el hecho realizado en una situación de ausencia de acción no incumple ningún deber jurídico no es porque no sea lesivo, que puede serlo igual que cualquier acción auténtica, sino porque no tiene sentido alguno dirigir normas a quien no puede invenciblemente cumplirlas por incapacidad física de acción. Para apoyar la inclusión del dolo en el tipo se han esgrimido exactamente estos mismos argumentos<sup>56</sup>.

Esta argumentación es correcta<sup>57</sup>, pero plantea el problema de que el centro de atención de la antijuridicidad no es ya sólo la lesividad del hecho, sino también la infracción de un deber jurídico en condiciones en las que éste puede ser cumplido; la antinormatividad, si ésta se entiende como infracción de un directivo de conducta. Aquí surgen los problemas.

Al supeditar la antijuridicidad no ya sólo a las circunstancias que determinan la lesividad de la acción, sino también a algunas circunstancias subjetivas que sólo tienen que ver con la capacidad para cumplir deberes jurídicos, se produce el indeseable efecto (que se plasma en los ejemplos examinados) de que un hecho realmente lesivo pueda dejar de ser antijurídico por ausencia de alguno de estos elementos subjetivos, y ello cierra de manera inadecuada el paso a las consecuencias jurídicas que están ligadas materialmente a la lesividad, pero que dependen legal o doctrinalmente de la existencia de un hecho antijurídico.

La muerte causada en ausencia de acción, o en error invencible de tipo sigue siendo la lesión de un bien esencial, y sin embargo no hay hecho típico porque no se ha infringido ninguna norma. El resultado es que materialmente queremos aplicar dichas consecuencias jurídicas, pero el sistema nos lo impide porque exigimos la existencia de un hecho antijurídico.

## 2. Lesividad y contrariedad a la norma (antijuridicidad culpable)

La solución a este problema resulta, entonces, sencilla en su formulación, pero perturbadora para el actual sistema del delito. Necesitamos dos niveles básicos de análisis del hecho delictivo, pero no son la antijuridicidad -en la que se mezclan elementos referidos a la lesividad y otros que sólo afectan a la imputación subjetiva-, y la culpabilidad -en la que se examinan otros elementos de la imputación subjetiva que, de forma un tanto arbitraria se han desgajado de los anteriores-, sino lesividad penal, por un lado, e infracción culpable de una norma penal (antijuridicidad culpable) por otro. El primero, la lesividad penal, es relevante a efectos de la actuación de terceros: justifica

---

56 Así, claramente WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal* (como en nota 55), p. 30. Referencias adicionales en *Antijuridicidad penal*, (como en nota 52), pp. 460 y ss.

57 Aunque debería ser consecuentemente aplicada a otros casos, como la inimputabilidad absoluta o el error invencible de prohibición, en los que la situación es idéntica: la norma no puede cumplir ninguna función, por lo que instituir un deber jurídico resulta inútil.

la imposición de medidas de seguridad<sup>58</sup>; permite la defensa; impide la participación; y, normalmente, en ausencia de un sujeto culpable, obliga a reparar. El segundo, la antijuridicidad penal (culpable), es presupuesto de la pena, y entraña la infracción de una norma de conducta cuya finalidad es precisamente evitar hechos lesivos, y en la que se tienen en cuenta, no sólo la capacidad lesiva de la acción, sino todas las circunstancias de la imputación personal que condicionan la capacidad para cumplir deberes jurídicos.

En los casos que examinamos el hecho del inimputable es lesivo, y por eso puede aplicarse una medida de seguridad, pero no infringe un deber jurídico -¿qué deber se puede imponer a un recién nacido o a una persona con una alteración mental que le impide por completo conocer el alcance de sus actos?-. Lo mismo pasa con quien incurre en un error invencible de tipo o de prohibición: hechos lesivos, pero ningún reproche jurídico<sup>59</sup>.

### 3. Circunstancias que condicionan la lesividad

La lesividad es el nivel de análisis que nos interesa en este momento. Para que pueda cumplir adecuadamente su función de criterio interpersonal que dé paso a la aplicación de medidas jurídicas protectoras -medidas de seguridad, etc.- debe ceñirse exclusivamente a los aspectos, sean objetivos o subjetivos, que realmente condicionan la lesividad del hecho para bienes jurídicos, y evitar cualquier contaminación con elementos que sólo están relacionados con la capacidad de que el comportamiento humano sea guiado por normas. El concepto clásico de antijuridicidad surgió con esta misma finalidad, pero desde su comienzo fue contaminado con elementos referidos al deber jurídico. Aunque hubo algunos intentos de mantener la correspondencia antijuridicidad-lesividad<sup>60</sup>, fracasaron porque, al seguir vinculando la antijuridicidad a la infracción de la norma penal, no podían superar la imagen, casi ridícula, de calificar de infracción de una norma también las lesiones causadas por animales o fuerzas naturales.

En el esquema aquí propuesto tal cosa no sucede. La infracción de la norma penal requiere siempre la infracción de un deber jurídico que se formula en la ley atendiendo a las circunstancias personales del obligado, a lo que puede exigirse de él, y no a lo que

---

58 Debe requerirse la comisión de un hecho del que pueda deducirse la probabilidad futura de cometer hechos lesivos.

59 Por este motivo, en materia de error la teoría del dolo resulta más satisfactoria que la de la culpabilidad. Que el error proceda del desconocimiento de los elementos del tipo o de la prohibición resulta indiferente. En cualquiera de los dos casos el hecho es lesivo, lo que tiene efecto para terceros, y en ninguno se infringe un deber personal (ambos comparten una misma idea básica: el sujeto que se encuentra inmerso en un error invencible, de tipo o de prohibición, desconoce que el hecho que está realizando infringe un mandato jurídico, bien porque yerra sobre lo que hace, bien porque yerra sobre la valoración jurídica de lo que hace).

60 Especialmente por aquellos autores que concibieron una antijuridicidad exclusivamente objetiva, como Löffler o Binding en una de las diversas etapas de su evolución -detalladamente, *Antijuridicidad penal*, (como en nota 52), pp. 248 y ss y 259 y ss.

pueda hacer otro -por ejemplo un cuerdo, o un hombre medio ideal-, y por ello los elementos de la culpabilidad, que aluden precisamente a la capacidad personal para guiarse por normas, son elementos estructurales del deber jurídico. A nadie se le exige más allá de sus capacidades, porque sería, primero, absurdo, y después, injusto. La pena requiere, entonces, la infracción de un deber jurídico fijado en una norma y con ello un comportamiento culpable. Pero a la vez el necesario baremo intersubjetivo que permite acciones preventivas de terceros queda salvaguardado mediante la categoría -independiente de la culpabilidad- de la lesividad.

¿Qué circunstancias condicionan la lesividad? Depende del bien jurídico protegido, pero en la mayor parte de los bienes son circunstancias puramente objetivo- externas, lo que concuerda con el hecho de que los bienes se plasman en objetos materiales que se lesionan por hechos físicos. Creo que esta conclusión ha sido bien vista por Silva cuando construye su sistema para las medidas sobre la base de un hecho puramente objetivo<sup>61</sup>, incluso si falta la mínima voluntariedad que exige la presencia de una acción. Por otra parte, la necesidad de imponer medidas de seguridad en los casos que aquí se han examinado muestra que estos hechos, pese a la ausencia de ciertos elementos subjetivos, son realmente lesivos. No yerran los tribunales que aplican las medidas, sino la doctrina al configurar su presupuesto de aplicación.

Hay, sin embargo, dos situaciones en las que parece que la propia lesividad del hecho depende de la presencia de elementos subjetivos.

Por una parte están los casos de agresiones a bienes jurídicos que tienen que ver con la relación interpersonal (honor, libertad sexual, etc.) en los que, a veces, algún elemento subjetivo parece tener trascendencia para su lesión. Como he analizado en otro lugar, en realidad ni siquiera en estos casos es necesaria para la lesividad la presencia *real* de dichos elementos, sino tan sólo que la víctima crea que concurren en su agresor, así que podrían no estar presentes y haber lesividad -si son fingidos, por ejemplo-, o estarlo y no haberla, si no son reconocidos por la víctima<sup>62</sup>.

Por otra parte, en los hechos delictivos del *iter criminis* anteriores al momento en que la retirada del autor es ya imposible (actos preparatorios, tentativa inacabada y tentativa acabada reversible), para la lesividad habrá que tener en cuenta el 'plan' de acción del autor, porque éste se inserta como un elemento causal más en el hecho<sup>63</sup>.

61 ¿Medidas de seguridad...? (como en nota 6), pp. 885 y ss.

62 Un niño muy pequeño o un loro pueden, en ciertas condiciones, matar, pero difícilmente lesionar el honor, por más que puedan repetir sin sentido una expresión en otro contexto ofensiva, y ello tiene que ver con el hecho combinado de que la víctima no concede al 'agresor' un estatus de par, de manera que su opinión pueda afectar a la relación interpersonal, y de otro lado a que sabe que el 'agresor' no atribuye a su hecho ninguna finalidad injurianta. Por este motivo, tampoco es injurianta la afirmación 'ofensiva' del extranjero que desconoce las sutilezas del idioma, aunque sólo si su víctima conoce este hecho. Sobre esta cuestión, que aquí no puede ser desarrollada., véase *Antijuridicidad penal*, (como en nota 52), pp. 733 y ss.

63 Esta idea, que como antes puse de relieve se encuentra tras el argumento de la tentativa, ha

En estos casos, pero sólo en estos, hace falta algo parecido a un elemento subjetivo, y su ausencia, sea por inimputabilidad o por cualquier otra causa, hace innecesaria la adopción de medidas de seguridad, la prohibición de la participación, etc. Sencillamente el hecho deja de ser potencialmente lesivo.

Pero es importante destacar -y en este punto se han producido muchos equívocos en el pasado- que el elemento subjetivo necesario para la lesividad en estos casos no es, como habitualmente se dice, el dolo; ni siquiera es necesario un acto voluntario del sujeto. He entrecorillado la palabra 'plan' para destacar este hecho.

Los elementos subjetivos (psíquicos) nos interesan en Derecho penal por dos motivos: primero, como factores causales de los movimientos corporales que lesionan los objetos de la acción en los que se plasma el bien jurídico; segundo, como elementos de imputación subjetiva del hecho al yo del autor, a su consciencia. Pero sólo el primer aspecto es relevante para la lesividad, y sólo mientras el hecho permanezca de alguna manera bajo el control de los estímulos cerebrales. El que los procesos mentales de un sujeto, conscientes o no, le lleven a realizar movimientos que lesionan bienes jurídicos resulta decisivo para enjuiciar su hecho desde la perspectiva de su lesividad potencial. Por el contrario, es intrascendente si además el sujeto es consciente de ello, y actúa por tanto con intención o con un genuino plan. Tanto si hay una actividad voluntaria como si no la hay, nos interesa lo que está debajo: el proceso psíquico como factor causal en un organismo controlado por este tipo de procesos; nada más.

La voluntariedad en la acción, o el dolo son elementos relacionados con la segunda cuestión: con la imputación subjetiva. Resultan decisivos sólo para imputar el hecho al autor como su obra. En su ausencia, el hecho puede ser igualmente lesivo, como demuestran precisamente los ejemplos que fueron expuestos al comienzo de este trabajo. Y si están presentes, para la lesividad sólo nos interesan en cuanto factores causales de segundo orden -el pensamiento consciente está en la cima de la actividad psíquica<sup>64</sup>-, y no en cuanto permiten la imputación al autor, de manera que pueden estar presentes y pese a ello el hecho no ser lesivo, por ejemplo cuando el autor elige un plan ejecutivo incorrecto. En una tentativa inidónea el hecho del autor es antijurídico (antinormativo), pese a no ser lesivo. Por eso un tercero mejor informado, que conoce el error del autor, no puede pasar por alto este dato para, por ejemplo, invocar legítima defensa<sup>65</sup>.

---

generado mucha confusión en la doctrina. Un intento de aclaración de este problema puede verse en *Antijuridicidad penal*, (como en nota 52), pp. 741 y ss.

64 Una parte del proceso psíquico con eficacia causal es precisamente la fijación consciente de metas, así que este *aspecto del dolo* puede tener trascendencia en la lesividad -de aquí surge el espejismo en el que se basa el argumento de la tentativa pero ni siquiera es un elemento necesario, ya que puede haber hechos sin dolo y lesivos, como algunos de los casos examinados en los que se apreció tentativa sin voluntad.

65 Sin embargo, en un caso como éste la actual teoría del delito no puede ofrecer una respuesta adecuada, como se pone de relieve en el caso planteado por ROXIN -AT, § 15, nm. 9- al que hago referencia en otro lugar - *Antijuridicidad penal*, (como en nota 52), p. 418 n. 99-.

En resumen, para apreciar la lesividad en los hechos del *iter criminis* no hace falta ningún tipo de elemento subjetivo, en el sentido de hecho consciente, aunque sí hechos subjetivos en el sentido de asentados en la mente. Sólo hace falta examinar aquella parte del proceso psíquico que tiene que ver con la ejecución fáctica de los movimientos corporales que tienen eficacia causal lesiva, pero no es necesario examinar el contenido cognitivo, esto es, si el autor realmente quería conscientemente realizar el hecho y conocía exactamente lo que hacía. Una prueba de que esto es así lo brindan los casos examinados de ausencia de acción.

Para concluir. Con un esquema del delito como el aquí apenas esbozado los casos que estamos examinando tienen una solución sencilla y completa, solución que se extiende a otros casos en los que podrían plantearse problemas similares. Quien padece una anomalía o alteración psíquica que le hace incurrir en un error de tipo, o en una ausencia de acción, no ha infringido un deber jurídico con su hecho -no hay antijuridicidad-, pero a la vez su actuación es lesiva, por lo que puede aplicarse una medida de seguridad, cabe la defensa y no se puede participar en el hecho. Su situación es idéntica a la del imputable que incurre en error de tipo. A los dos se les enjuicia como posibles infractores de un deber jurídico teniendo en cuenta sus circunstancias personales. No se trata mejor al cuerdo que al loco concediendo al primero una ausencia de tipicidad y al segundo sólo de culpabilidad, sino igual a los dos. Y en ambos casos se examinan sus hechos objetivamente desde la perspectiva de la lesividad, y si el resultado es positivo queda abierta la puerta a otras consecuencias jurídicas distintas de la pena, como la aplicación de medidas. El sistema, al menos en este punto, muestra plena coherencia y brinda una solución limpia y fácil.

Podría objetarse que el problema planteado no tiene la suficiente relevancia en la práctica como para justificar una reformulación general del sistema del delito. A ello se puede contestar con dos argumentos.

En primer lugar, de la exposición se deduce que el alcance del problema no es local. Aunque la doctrina suele tratarlo dentro del estrecho marco de la aplicación de medidas de seguridad, la cuestión de fondo afecta a otras muchas instituciones centrales, como la defensa o la participación. El haberse quedado en lo singular es una de las razones que explican que las diversas propuestas de solución no sean plenamente satisfactorias.

En segundo lugar, el criterio para medir la importancia de una contradicción en un sistema científico no es el de que afecte a una cuestión de mayor o menor relevancia práctica, sino el de su mayor o menor compatibilidad con la estructura básica del sistema. Bastaría con que la más leve e irrelevante partícula de materia del universo no respondiera a las leyes de la gravitación para que hubiera que reformular la teoría física básica. Y en el caso que nos ocupa, la contradicción es esencial, y lo es precisamente con el núcleo del sistema del delito, el concepto de antijuridicidad, así que las soluciones sólo pueden situarse en ese plano. A ello podría añadirse que esta contradicción sistemática no es la única. Aunque el trabajo se ha centrado en ella, hay otras muchas, en todos los

escalones del sistema<sup>66</sup>, que obligan a preguntarse si verdaderamente tiene un futuro el actual sistema del delito.

---

66 Un catálogo de las más importantes aparecerá en mi trabajo *Revisión crítica de la teoría del delito*, que se encuentra en fase de redacción.



## BIBLIOGRAFÍA JURÍDICA DEL PROF. DR. FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ

### LIBROS COORDINADOS Y ESCRITOS

2019

- El indulto: pasado presente y futuro, Fernando Molina Fernández (coordinador), ed. B de F, Buenos Aires.

2002

- Responsabilidad jurídica y libertad (una investigación sobre el fundamento material de la culpabilidad), ed. Universidad Externado de Colombia, Colombia.

2001

- Antijuridicidad penal y sistema del delito, ed. Jose María Bosch, Barcelona.

### ARTÍCULOS PARA LIBROS COLECTIVOS

2019

- El indulto y sus razones: justicia, utilidad, clemencia y cautela, en: EL INDULTO: PASADO, PRESENTE Y FUTURO. (ISSN/ISBN: 9789974745629). pp. 251,332.
- La determinación de la pena. Las instituciones individualizadoras y los sustitutos de las penas privativas de libertad en: MANUAL DE INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL. (ISSN/ISBN: 9788434025912). pp. 213-251.

2018

- The legal scars of terrorism: the unreasonable Parot Doctrine, en: MULTILEVEL PROTECTION OF THE PRINCIPLE OF LEGALITY IN CRIMINAL LAW (ISSN/ISBN: 978-3-319-63864-5 Y 978-3-319-63865-2 ). pp. 123,140.
- Delitos contra la Constitución, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL 2019. (ISSN/ISBN: 9788417317973). pp. 1843,1925.



- Penas, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL 2019. (ISSN/ISBN: 9788417317973). pp. 555,622.
- Extinción de la responsabilidad penal y sus efectos, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL 2019. (ISSN/ISBN: 9788417317973). pp. 751,784.
- Circunstancias que condicionan la punibilidad, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL 2019. (ISSN/ISBN: 9788417317973). pp. 541-551.
- Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL 2019. (ISSN/ISBN: 9788417317973). pp. 1205-1468.
- Delitos contra la seguridad colectiva, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL 2019. (ISSN/ISBN: 9788417317973). pp. 1585-1719.
- Vigencia de la Ley penal, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2019. (ISSN/ISBN: 978-84-17317-97-3). pp. 19,79.
- Delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2019. (ISSN/ISBN: 978-84-17317-97-3). pp. 2049,2061
- Omisión del deber de socorro, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2019. (ISSN/ISBN: 978-84-17317-97-3). pp. 1077,1101.
- Causas de justificación, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2019. (ISSN/ISBN: 978-84-17317-97-3). pp. 193,241.
- Imputabilidad y causas de inimputabilidad, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2019. (ISSN/ISBN: 978-84-17317-97-3). pp. 243,296.
- Dolo, imprudencia y error, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2019. (ISSN/ISBN: 978-84-17317-97-3). pp. 297,315.
- Exigibilidad y causas de inexigibilidad, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2019. (ISSN/ISBN: 978-84-17317-97-3). pp. 317,326.
- Formas imperfectas de ejecución del delito, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2019. (ISSN/ISBN: 978-84-17317-97-3). pp. 327,354.
- Autoría y participación delictiva, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2019. (ISSN/ISBN: 978-84-17317-97-3). pp. 355,380.
- Concurso de leyes y de delitos, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2019. (ISSN/ISBN: 978-84-17317-97-3). pp. 441,455.
- Reglas de determinación de la pena, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2019. (ISSN/ISBN: 978-84-17317-97-3). pp. 623,659.

- Definición de delito, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2019. (ISSN/ISBN: 978-84-17317-97-3). pp. 125,132.
- Delitos contra el honor, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2019. (ISSN/ISBN: 978-84-17317-97-3). pp. 1133,1158.
- Delitos contra las relaciones familiares, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2019. (ISSN/ISBN: 978-84-17317-97-3). pp. 1159,1204.
- Fuentes del Derecho penal, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2019. (ISSN/ISBN: 978-84-17317-97-3). pp. 13,18.
- Acción y tipicidad en los delitos activos, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2019. (ISSN/ISBN: 978-84-17317-97-3). pp. 133,175.

2017

- La legítima defensa en el código penal boliviano y en el proyecto de código del sistema penal, en: LA SUJECIÓN DEL JUEZ A LA LEY PENAL (ISSN). pp. 263-290.
- The legal scars of terrorism: The unreasonable parot doctrine, en: MULTILEVEL PROTECTION OF THE PRINCIPLE OF LEGALITY IN CRIMINAL LAW (ISSN/ISBN: 9783319638652). pp. 123-140.
- El razonable regreso del dolo a la culpabilidad, en: OMISIONES EQUIVALENTES (ISSN/ISBN: 978-9974-745-33-9). pp. 735,751.

2016

- Las cicatrices jurídicas del terrorismo: la doctrina Parot y otras interpretaciones irrazonables de la ley, en: LA TUTELA MULTINIVEL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL (ISSN/ISBN: 9788416402816). pp. 241,263.
- Capítulo 3. Consecuencias jurídicas del delito y concursos. Sección 3: Concurso de leyes y de delitos, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA (ISSN/ISBN: 9788416612352). pp. 294-306.
- Capítulo 4. Aspectos procesales y garantías. Sección 1A: Prescripción de delito, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA (ISSN/ISBN: 9788416612352). pp. 307-314.

2015

- *Societas peccare non potest...nec delinquere*, en: ESTUDIOS DE DERECHO PENAL: HOMENAJE AL PROFESOR MIGUEL BAJO / COORD. POR SILVINA BACIGALUPO SAGGESE, BERNARDO JOSÉ FEIJOO SÁNCHEZ, JUAN IGNACIO ECHANO BASALDUA (ISSN/ISBN: 9788499612201). pp. 361-416.

- La determinación de la pena, las instituciones individualizadoras y los sustitutivos de las penas privativas de libertad, en: INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL (ISSN/ISBN: 9788447051120). pp. 325-378.
- Capítulo 1: Fuentes del Derecho Penal, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 13-18.
- Principio real o de protección de intereses (capítulo 2, sección 1, apartado 3), en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 36-40.
- Principio de justicia penal universal (capítulo 2, sección 1, apartado 4), en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 40-57.
- Lugar de comisión del delito (capítulo 2, sección 1, apartado B), en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 57-61.
- Capítulo 4: Definición de delito, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 119-126.
- Acción y causas de ausencia de acción (capítulo 5, sección 1), en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 127-138.
- Tipicidad (capítulo 5, sección 2, apartado I), en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 138-145.
- Tipo subjetivo (capítulo 5, sección 2, apartado III), en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 164-166.
- Sistema de causas de justificación (capítulo 5, sección 4, apartado I), en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 181-186.
- Legítima defensa (capítulo 5, sección 4, apartado II), en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 186-202
- Estado de necesidad, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 202-210
- Cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 210-217.
- Estructura y fundamento (sección 1, capítulo 6: culpabilidad), en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 227-230.
- Dolo, imprudencia y error (sección 4, capítulo 6), en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 279-291.
- Exigibilidad y causas de inexigibilidad (sección 4, capítulo 6), en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 292-301.

- Capítulo 7: Formas imperfectas de ejecución del delito, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 303-325.
- Capítulo 8: Autoría y participación delictiva, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 327-351.
- Capítulo 10: Concurso de Leyes y de Delitos, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 411-422.
- Presupuesto de la Responsabilidad penal (capítulo 14, apartado A), en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 501-503.
- Condiciones objetivas de punibilidad (capítulo 14, apartado B), en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 503-504.
- Excusas absolutorias (Capítulo 14, apartado C), en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 504-505.
- Otras causas (capítulo 14: Circunstancias que condicionan la punibilidad del delito, apartado F), en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 509-509
- Clases y efectos (capítulo 15: Penas, sección 1), en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 513-519
- Penas aplicables a personas jurídicas (capítulo 15, sección 5), en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 572-574.
- Penas accesorias (sección 6, capítulo 15), en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 574-575.
- Abono de la prisión preventiva y otras medidas cautelares, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 576-577.
- Instrumentos técnicos para la determinación de la pena (capítulo 15, sección 8, apartado I), en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 577-583.
- Procedimiento de determinación de las penas (capítulo 15, sección 8, apartado II), en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 583-612.
- Causas que extinguen la responsabilidad penal (capítulo 20, sección 1), en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 691-716.
- Extinción de la responsabilidad de las personas jurídicas (capítulo 20, sección 2), en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 716-718.
- Capítulo 26: Omisión del deber de socorro, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6).

- Capítulo 28: Delitos contra el honor, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 1059-1084
- Quebrantamiento de los deberes de custodia e inducción de menores al abandono de domicilio (Capítulo 29, sección 3, apartado A), en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 1103-1108
- Sustracción de menores (Capítulo 29, sección 3, apartado B), en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 1109-1111
- Incumplimiento de deberes familiares (Capítulo 29, sección 3, apartado C), en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 1111-1114.
- Abandono de menores o incapaces (Capítulo 29, sección 3, apartado E), en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 1119-1125.
- Sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural (Capítulo 30, sección 19), en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 1315-1320.
- Delitos contra la seguridad vial (Capítulo 36, sección 5), en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 1565-1609.
- Ultrajes a España (Capítulo 40, sección 7), en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 1791-1797.
- Delitos electorales (Capítulo 40, sección 8), en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 1797-1810.
- Capítulo 42: Delitos de traición y contra la Paz o la Independencia del Estado y relativos a la defensa nacional, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2016 (ISSN/ISBN: 978-84-16268-56-6). pp. 1921-1934
- Vigencia espacial de la Ley Penal, en: INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL (ISSN/ISBN: 9788447051120). pp. 207-253.

2014

- Quebrantamiento de los deberes de custodia e inducción de menores al abandono de domicilio, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). pp. 1037-1042
- Sustracción de menores, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). pp. 1042-1045.
- Incumplimiento de deberes familiares, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). pp. 1045-1047.
- Abandono de menores e incapaces, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). pp. 1052-1058.

- Faltas relativas al incumplimiento de obligaciones familiares, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). pp. 1058-1060.
- Capítulo 4. Definición de delito y falta, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). pp. 117-121.
- Sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). pp. 1229-1233.
- Acción y causas de ausencia de acción, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). pp. 123-134.
- Tipicidad, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). pp. 123-134.
- Fuentes del Derecho Penal, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). pp. 13-18.
- Delitos contra la seguridad vial, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). pp. 1470-1509.
- Tipo subjetivo, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). pp. 160-163.
- Ultrajes a España, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). pp. 1699-1705.
- Delitos electorales, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). pp. 1705-1719.
- Sistema de causas de justificación, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). pp. 177-182.
- Legítima defensa, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). pp. 182-198.
- Delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). pp. 1831-1843
- Faltas: introducción y disposiciones comunes, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). pp. 1895-1896.
- Vigencia espacial de la ley penal: introducción; principio real o de protección de intereses, principio de justicia penal universal; lugar de comisión del delito (NNMM 250-259; 355-485), en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). pp. 19-61
- Estado de necesidad, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). pp. 198-206.

- Cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). pp. 207-213.
- Culpabilidad: estructura y fundamento, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). pp. 227-230.
- Dolo, imprudencia y error, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). pp. 274-286
- Exigibilidad y causas de inexigibilidad, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). pp. 274-294
- Formas imperfectas de ejecución del delito, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). p. 295.
- Autoría y participación delictiva, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). pp. 317-341.
- Concurso de leyes y delitos, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). pp. 395-405
- Presupuesto de la responsabilidad penal, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). pp. 481-482
- Condiciones objetivas de punibilidad, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). pp. 483-484
- Circunstancias que condicionan la punibilidad del delito: otras causas, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). pp. 489-490
- Penas aplicables a personas jurídicas, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). pp. 547-549
- Penas accesorias, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). pp. 549-550
- Abono de la prisión preventiva y otras medidas cautelares, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). pp. 550-552
- Reglas de determinación de la prueba, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). pp. 552-586
- Causas que extinguen la responsabilidad penal, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). pp. 661-686
- Extinción de la responsabilidad de las personas jurídicas, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). pp. 686-688

- Omisión del deber de socorro, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). pp. 947-969
- Delitos contra el honor, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL (ISSN/ISBN: 9788415911876). pp. 993-1018

2013

- La legítima defensa en derecho penal en: TEMAS ACTUALES EN LA DOGMÁTICA PENAL / GLORIA LUCÍA BERNAL ACEVEDO (COMP.) (ISSN/ISBN:). pp. 97-128

2011

- Vigencia espacial de la ley penal, en: INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL (ISSN/ISBN: 9788447036721). pp. 189-220
- Consecuencias jurídicas del delito y concursos, en: MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE. PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA (ISSN/ISBN: 9788415056430). p. 2550
- Caso de los intermediarios en secuestros, en: CASOS QUE HICIERON DOCTRINA EN EL DERECHO PENAL / COORD. POR PABLO SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ (ISSN/ISBN: 9788481268478). pp. 485-507
- La reforma de la LO 5/2010 y los delitos contra la seguridad vial, en: EL NUEVO DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA (ISSN/ISBN: 9788447035861). pp. 523-534

2010

- Penas, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2011 (ISSN/ISBN: 9788492612352)
- Sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2011 (ISSN/ISBN: 9788492612352). pp. 1102-1106.
- Definición de delito y falta, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2011 (ISSN/ISBN: 9788492612352). pp. 111-114.
- Delito como acción y causas de ausencia de acción, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2011 (ISSN/ISBN: 9788492612352). pp. 115-126.
- Fuentes del Derecho Penal, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2011 (ISSN/ISBN: 9788492612352). pp. 13-25.
- Delitos contra la seguridad vial, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2011 (ISSN/ISBN: 9788492612352). pp. 1338-1377.
- Tipo subjetivo, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2011 (ISSN/ISBN: 9788492612352). pp.151-153
- Ultrajes a España, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2011 (ISSN/ISBN: 9788492612352). pp. 1563-1568



- Delitos electorales, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2011 (ISSN/ISBN: 9788492612352). pp. 1568-1582
- Causas de justificación: sistema, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2011 (ISSN/ISBN: 9788492612352). pp. 167-172
- Delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2011 (ISSN/ISBN: 9788492612352). pp. 1687-1699
- Legítima defensa, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2011 (ISSN/ISBN: 9788492612352). pp. 172-186
- Faltas: introducción y disposiciones comunes, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2011 (ISSN/ISBN: 9788492612352). pp. 1751-1752
- Estado de necesidad, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2011 (ISSN/ISBN: 9788492612352). pp. 187-194
- Cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2011 (ISSN/ISBN: 9788492612352). pp. 195-202
- Imputabilidad y causas de inimputabilidad, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2011 (ISSN/ISBN: 9788492612352). pp. 214-254.
- Culpabilidad: estructura y fundamento, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2011 (ISSN/ISBN: 9788492612352). pp. 221-214.
- Dolo, imprudencia y error, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2011 (ISSN/ISBN: 9788492612352). pp. 254-264
- Exigibilidad y causas de inexigibilidad, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2011 (ISSN/ISBN: 9788492612352). pp. 264-272
- Formas imperfectas de ejecución del delito, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2011 (ISSN/ISBN: 9788492612352). pp. 273-293
- Autoría y participación delictiva, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2011 (ISSN/ISBN: 9788492612352). pp. 295-317
- Concurso de leyes y delitos, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2011 (ISSN/ISBN: 9788492612352). pp. 329-338
- Punibilidad como presupuesto de la responsabilidad penal, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2011 (ISSN/ISBN: 9788492612352). pp. 403-405
- Condiciones objetivas de punibilidad, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2011 (ISSN/ISBN: 9788492612352). pp. 405-406
- Excusas absolutorias, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2011 (ISSN/ISBN: 9788492612352). pp. 406-407

- Circunstancias que condicionan la punibilidad del delito: otras causas, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2011 (ISSN/ISBN: 9788492612352). pp. 411-412
- Penas: clases y efectos, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2011 (ISSN/ISBN: 9788492612352). pp. 417-423
- Penas aplicables a personas jurídicas, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2011 (ISSN/ISBN: 9788492612352). pp. 459-461
- Penas accesorias, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2011 (ISSN/ISBN: 9788492612352). pp. 461-463
- Abono de la prisión preventiva y de otras medidas cautelares, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2011 (ISSN/ISBN: 9788492612352). pp. 463-463
- Reglas de determinación de la pena, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2011 (ISSN/ISBN: 9788492612352). pp. 464-464
- Extinción de la responsabilidad penal y sus efectos, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2011 (ISSN/ISBN: 9788492612352). pp. 565-590
- Extinción de la responsabilidad de las personas jurídicas, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2011 (ISSN/ISBN: 9788492612352). pp. 590-592
- Omisión del deber de socorro, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2011 (ISSN/ISBN: 9788492612352). pp. 839-862
- Delitos contra el honor, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2011 (ISSN/ISBN: 9788492612352). pp. 881-906
- Delitos contra los derechos y deberes familiares, en: MEMENTO PRÁCTICO PENAL 2011 (ISSN/ISBN: 9788492612352). pp. 921-943
- Terrorismo y derechos fundamentales: La perspectiva penal, en: TERRORISMO Y DERECHOS FUNDAMENTALES / STEFAN HUSTER (AUT.), ERNESTO GARZÓN VALDÉS (AUT.), FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ (AUT.) (ISSN/ISBN: 9788461381609). pp. 73-112

2009

- ¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?: reflexiones sobre un bien jurídico problemático, y a la vez aproximación a la participación en el delito, en: POLÍTICA CRIMINAL Y BLANQUEO DE CAPITALS. / COORD. POR MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ, SILVINA BACIGALUPO SAGGESE (ISSN/ISBN: 9788497686228). pp. 91-123

2008

- ¿Culpabilidad sin libertad?, en: TEORÍA FUNCIONAL DE LA PENA Y DE LA CULPABILIDAD: SEMINARIO CON GÜNTHER JAKOBS EN LA UAM (ISSN/ISBN: 978-84-470-2911-2). pp. 207-232

- Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito, en: ESTUDIOS PENALES EN HOMENAJE A ENRIQUE GIMBERNAT (ISSN/ISBN: 9788496261495). pp. 1329-1364
- Naturaleza del sistema de justificación en Derecho penal, en: LA JUSTIFICACIÓN PENAL: BALANCE Y PERSPECTIVAS / COORD. POR JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, LUCÍA MARTÍNEZ GARAY (ISSN/ISBN: 9788484569923). pp. 13-36

2006

- La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿es justificable la tortura?, en: LA RESPUESTA DEL DERECHO PENAL ANTE LOS NUEVOS RETOS : IX JORNADAS DE PROFESORES Y ESTUDIANTES DE DERECHO PENAL DE LAS UNIVERSIDADES DE MADRID, CELEBRADAS EN LA UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS LOS DÍAS 8, 9 Y 10 DE MARZO DE 2005 (ISSN/ISBN: 84-9772-826-2). pp. 265-284
- Naturaleza del sistema de justificación en Derecho penal, en: DERECHO Y JUSTICIA PENAL EN EL SIGLO XXI, LIBER AMICORUM EN HOMENAJE AL PROF. ANTONIO GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA (ISSN/ISBN: 8483420473). pp. 373-392
- La cuadratura del dolo problemas irresolubles, sorites y derecho penal, en: LIBRO HOMENAJE AL PROF. DR. GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO (ISSN/ISBN: 8447023389). pp. 691-742

1998

- Omisión del deber de socorro y omisión de asistencia sanitaria, en: COMPENDIO DE DERECHO PENAL: PARTE ESPECIAL (ISSN/ISBN: 84-8004-282-6). pp. 139-190
- Delitos contra el honor, en: COMPENDIO DE DERECHO PENAL: PARTE ESPECIAL (ISSN/ISBN: 84-8004-282-6). pp. 253-304
- Delitos contra la seguridad del tráfico, en: COMPENDIO DE DERECHO PENAL: PARTE ESPECIAL (ISSN/ISBN: 84-8004-282-6). pp. 705-743

## ARTÍCULOS EN REVISTAS ACADÉMICAS

2014

- que se protege no delito de lavagem de dinheiro? Reflexões sobre um bem jurídico problemático, e simultaneamente aproximação à participação no delito, en: REVISTA DE DIREITO BANCARIO E DO MERCADO DE CAPITAIS (ISSN/ISBN: 15182703). 64 (ABRIL): 363-394.

2012

- La legítima defensa del derecho penal, en: RJUAM. (ISSN/ISBN: 1575-720X). 0 (25): 19-48.

2011

- A comparison between continental european and angloamerican approaches to overcriminalization and some remarks on how to deal with it, en NEW CRIMINAL LAW REVIEW (ISSN/ISBN: 19334206). 14 (1): 123-138.
- Justicia penal y pensamiento científico, en: RJUAM. (ISSN/ISBN: 1575-720X). 0(23): 7-10
- Dolo Eventual e Imprudencia con representación en los delitos de tráfico, en: DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA PENAL. UNIVERSIDAD DE LOS ANDES (ISSN/ISBN: 07189214). (6): 31-52.

2009

- ¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?, en: DERECHO PENAL CONTEMPORANEO REVISTA INTERNACIONAL (ISSN/ISBN: 16921682). 0 (26): 5-46
- Desigualdades penales y violencia de género, en: ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (ISSN/ISBN: 15758427). 0 (13): 57-88.

2008

- Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito, en: ICADE: REVISTA DE LAS FACULTADES DE DERECHO Y CIENCIAS ECONÓMICAS Y EMPRESARIALES (ISSN/ISBN: 02127377). 0 (74): 145-160.
- Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito, en: REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO (ISSN/ISBN: 02100444). 0 (74): 145-160.

2000

- El estado de necesidad como ley general. (Aproximación a un sistema de causas de justificación), en: REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA (ISSN/ISBN: 11329955). 0 (1): 199-260.
- Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad), en: ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (ISSN/ISBN: 15758427). 0 (4): 57-138.
- Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad), en: ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES (ISSN/ISBN: 02103001). 53 (1): 169-284.

1995

- El concepto de injusto en la evolución de la teoría jurídica del delito, en: REVISTA CHILENA DE DERECHO (ISSN/ISBN: 07183437). 22 (2): 265-296.

1987

- Los ajuares cerámicos de la necrópolis argárica de la Cuesta del Negro (Purullena, Granada): Avance al estudio analítico y estadístico, en: CUADERNOS DE PREHISTORIA DE LA UNIVERSIDAD DE GRANADA (ISSN/ISBN: 02113228). 0 (12): 135-155.



Prof. Dr. José Urquiza Olaechea y el Prof. Dr. Fernando Molina Fernández  
junto a los alumnos de la cátedra de Derecho Penal-Parte General



Este libro se terminó de  
editar en Octubre del 2021





El Prof. Dr. Fernando Molina Fernández, reconocido catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, el 15 de mayo de 2019 realizó una clase magistral en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, ella llevó por título “*¿Por qué castigamos? Nuevos desarrollos en la Teoría de la Pena desde la Psicología Social*” en el marco del ciclo de actividades académicas programadas por la cátedra de Derecho Penal – Parte General que dirijo.

El presente texto se ha elaborado en ocasión a esta visita, con el único fin de difundir el conocimiento y rigurosidad científica del distinguido jurista.



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS  
(Universidad del Perú Décana de América)  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

