

**Sobre las nuevas tendencias en materia de culpabilidad jurídico-penal.** Recensión a María Martín Lorenzo: «La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal», Editorial Tirant lo Blanch, Tirant monografías n.º 613, Valencia, 2009 (540 págs.)\*.

## I. Presentación

Siempre hay que estarle agradecido a esos libros que a uno le empujan a reaccionar de alguna manera. Una de esas obras es la excelente monografía de María Martín Lorenzo «La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal» que, como se puede comprobar, ha hecho surgir en mí la necesidad de escribir unas líneas. En una época en la que parece que corren malos tiempos para la investigación dogmática fundamental y el sistema universitario empuja a publicar en función de las necesidades de diseño de un currículo orientado a la consecución de acreditaciones, el libro de María Martín nos muestra otro horizonte posible, escribiendo el resultado de las investigaciones de su tesis doctoral con la necesaria pausa y el mimo con el que las mejores bodegas elaboran sus grandes reservas. Si bien existen relevantes monografías españolas recientes sobre la exculpación y cada una de sus instituciones (estado de necesidad exculpante, miedo insuperable, etc.), en mi opinión nos encontramos no sólo ante un trabajo de obligada lectura, sino también ante la monografía de referencia sobre este aspecto de la culpabilidad. A lo largo de sus páginas queda perfectamente expuesto en toda su complejidad el estado dogmático de la cuestión así como los inconvenientes de las propuestas existentes hasta el momento, sin evadir ninguna contribución relevante ni punto espinoso alguno, desbrozando con ello de forma madura nuevos caminos por

---

\* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Educación y Cultura (Programa sectorial de promoción general del conocimiento 2009-2011), «Avances en Neurociencias y Responsabilidad jurídico-penal» (DER2008-01827/JURI).

los que transitar para afrontar razonablemente este apartado de la teoría jurídica del delito. No se puede pedir más a una tesis doctoral.

Se trata de una monografía que tiene como objeto de estudio principal las «causas de exculpación», entendidas como «supuestos que eximen de pena al autor de una conducta típica y antijurídica, imputable y conocedor del injusto, por razones que valoran la incidencia de las circunstancias de esa conducta como relevante en tal sentido excluyente de la responsabilidad penal» (p. 49), si bien no deja de tener las necesarias referencias a la delimitación entre injusto y culpabilidad (causas de justificación y exculpación) y al fundamento material de la culpabilidad en su conjunto, que le otorgan a la investigación una dimensión especial.

El trabajo se ocupa de las eximentes que, más allá de la imputabilidad o del error de prohibición, conducen a la exención de pena en sede del juicio de culpabilidad. Es decir, supuestos en los que, pese a que a) concurre un injusto penal, b) el sujeto tenía capacidad de culpabilidad (era imputable) y c) conocía o podía conocer la antijuridicidad de su comportamiento, no se castigan porque el ordenamiento entiende que el sujeto se encuentra exculpado (como afirmarían más bien las teorías de la imputación) o que un comportamiento conforme a Derecho resulta inexigible (como afirmarían más bien las más tradicionales teorías de la acción). La tesis central de la autora en este sentido, que orienta todo el desarrollo de su monografía, es que, «al margen de la posibilidad psico-biológica de comprender los mandatos y prohibiciones y adaptar a ellos la conducta (imputabilidad) y del acceso cognitivo real o potencial a esa directiva (conocimiento de la prohibición), expresado todo ello en términos clásicos, la posibilidad de atribuir responsabilidad a un sujeto por la realización de la conducta antijurídica depende de elementos de valoración, normativos, ajenos e incluso opuestos a la idea de funcionalidad que preside la motivación y la prevención intimidatoria, que trasladan al ámbito penal la imagen de un sujeto miembro de un Estado democrático» (p. 30).

## 2. Contenido de la obra

### I

Tras una necesaria delimitación terminológica y conceptual inicial del objeto de estudio en el Capítulo Primero (pp. 33 a 49), la primera parte del trabajo se dedica al fundamento de la exculpación penal (pp. 51 a 349) y la segunda a las causas de exculpación que, según la

autora —en la línea de la doctrina dominante—, se encuentran recogidas en el art. 20 del Código Penal: el estado de necesidad exculpante y el miedo insuperable (pp. 351 a 515).

María Martín constata en su investigación como las teorías tradicionales de la culpabilidad, hasta la irrupción de las teorías preventivas, cuyos principales representantes son ROXIN y JAKOBS, no logran superar el problema de negar la culpabilidad en aquellos supuestos en los que el sujeto que realiza el injusto conocía y podía conocer la antijuridicidad de su comportamiento y no parece que le fuera imposible actuar de otra manera. En palabras de la autora, «en los casos de exculpación sí hay posibilidad de actuar de otra manera y, sin embargo, se renuncia al reproche de culpabilidad posible» (p. 41). «Las circunstancias que tradicionalmente se ha considerado que excluyen la culpabilidad más allá de la inimputabilidad o del error de prohibición no pueden negar ese poder actuar de otro modo, sólo pueden aludir a la dificultad de comportarse conforme a lo demandado por la norma» (pp. 45 s.). La autora deja claro como la teoría de la doble disminución del injusto y de la culpabilidad que no permite alcanzar un nivel mínimo de merecimiento de pena no es más que una solución aparente que nunca ha dejado satisfecha a la doctrina. En estos casos la culpabilidad subsiste y no se sabe cómo queda determinado el nivel a partir del cual el injusto culpable no se castiga.

Como señala la autora, ni las teorías psicológicas ni la teorías más hispanas de la motivación —en clave de prevención general—, pueden explicar cuál es la razón por la que se exime de pena si no concurre una imposibilidad absoluta de motivarse conforme a la norma; tampoco prestan explicaciones suficiente sobre por qué, si basta con la mera dificultad, no todos los casos en los que se puede constatar tal dificultad conducen a la impunidad. Al mismo tiempo, en las teorías de la exculpación basadas en la presión psicológica o la doble disminución del injusto y la culpabilidad, queda oculta la razón material última de algunas restricciones como los límites a la exculpación si el sujeto tiene un deber de sacrificio. La única alternativa que queda viable, que vincula la teoría de la culpabilidad con la necesidad preventiva de pena, si bien «los representantes de tal posición oscilan entre una categoría híbrida en que se suman elementos tradicionales de la culpabilidad con la exigencia de la necesidad de pena y una categoría que se apoya en exclusiva en la utilidad preventiva» (p. 46), tampoco acaba de convencer a la autora. Más bien, partiendo de que las teorías más preventivas de la culpabilidad, en la línea de ROXIN o JAKOBS, no son un instrumento idóneo para alumbrar un concepto de culpabilidad legitimable frente al sujeto, pre-

tende aprovechar la facilidad que presentan estas teorías para explicar el Derecho positivo a partir de un prisma de legitimación distinto (pp. 341 ss.). La exculpación parece un buen trampolín para normativizar el juicio de culpabilidad, pero a las teorías preventivas les falta un sustrato metadogmático legitimador.

La autora asume un punto de partida adecuado que hoy en día resulta irrenunciable: «La posibilidad misma de prescindir de la pena en la categoría de la culpabilidad más allá de los supuestos de inimputabilidad y error sólo existe si se configura este nivel del delito introduciendo un expediente que permita atender al contexto del comportamiento —y valorarlo— más allá de la cuestión del poder. Se trata de renormativizar la concepción normativa de la culpabilidad: no es que las circunstancias exteriores impidan comportarse conforme al mandato normativo, de modo que la culpabilidad decaea porque el autor no pudo comportarse de otro modo. Tal extremo además de improbable es innecesario: basta con que influyan en la disposición del sujeto a actuar conforme a Derecho dificultándola de un modo que el propio ordenamiento entienda como relevante en el sentido de impedir la declaración de culpabilidad. No se trata de constatar una imposibilidad, sino de valorar una dificultad. Desde este punto de partida, la labor es fijar el criterio o criterios en virtud de los cuales se otorga eficacia eximente a ese contexto anormal y a la dificultad de cumplir la norma que conlleva, en definitiva, determinar el fundamento de la exención, llámese exculpación, inexigibilidad o de otra forma» (p. 47). A este objetivo está dedicada la primera parte del trabajo dedicada al fundamento de la exculpación penal.

## II

En dicha primera parte se exponen en sentido crítico los modelos que la doctrina jurídico-penal alemana ha ofrecido para el fundamento de la exculpación como a) la situación de presión psíquica (pp. 51 a 72), b) la doble disminución de la culpabilidad (pp. 72 a 97) o c) la ausencia de necesidad preventiva de pena (pp. 97 a 138). Posteriormente, pasa a ocuparse de los modelos más destacados en la doctrina jurídico-penal española, especialmente el de GIMBERNAT (pp. 139 a 153) y el de los «motivacionistas», que aluden como fundamento a la presencia de una motivación anormal (pp. 153 a 165). Se realiza también una exposición crítica de penalistas que han pretendido otorgarle al fundamento de la exculpación una vinculación iusfilosófica, especialmente desde la perspectiva de la filosofía política o la teoría del Estado, como BERNSMANN y RENZIKOWSKI (pp. 166 a 189), VARONA y FRISTER (pp. 189 a 203) o PAWLIK (pp. 203 a 207). La expo-

sición finaliza con un amplio tratamiento de las aportaciones de SILVA SANCHEZ, como último gran modelo teórico sobre el estado de necesidad exculpante o de situaciones de necesidad que no generan deberes de tolerancia formulado por parte de la doctrina española (pp. 207 a 240), desechando la profesora de la Complutense continuar por dicha vía dogmática.

Esta necesaria deconstrucción (que no destrucción), con —como suele ser habitual— una cierta dramatización en algunos puntos en relación a las insuficiencias de las propuestas existentes, da pie a que la autora desarrolle su propio modelo de exculpación.

Como punto de partida, debido a lo discutido de esta categoría dogmática, la autora se ve obligada a tratar inicialmente, sobre todo con respecto a las situaciones de necesidad, la conveniencia de defender una categoría dogmática de «causas de exculpación» o eximentes que, si bien están vinculadas a las circunstancias que rodean la realización típica por parte del sujeto, no es posible reconducir a las causas de justificación, sino que tienen que ver con la culpabilidad (pp. 241 a 274). En mi opinión, con independencia de que se compartan o no dichas tesis, María Martín resuelve la autonomía de su objeto de estudio con soltura, señalando como las causas de exención de pena o eximentes de las que se ocupa su monografía no comparten las características básicas de las causas de justificación, que residen, básicamente, en «la declaración de la conformidad a Derecho de la acción en principio subsumible en un tipo y, sobre todo, el correlativo deber de tolerar tal conducta penalmente respaldado» (p. 249). Todo ello viene acompañado de un sugerente modelo de justificación con una estructura consecuencialista no utilitarista —que sería muy interesante que la autora desarrollara en el futuro— que le permite considerar, adecuadamente, que «en las situaciones conflictiva están involucrados intereses, pero también posiciones jurídicas. Es decir, los intereses están adscritos a esferas individuales merecedoras de protección jurídica» (p. 265). Como señala con razón esta autora, en la doctrina española el tratamiento de las causas de justificación suele descuidar la previa definición de posiciones jurídicas o «la previa organización normativa del mundo en que incide el ataque». En lo que ya no estaría de acuerdo es que esa idea sirva para diferenciar el nivel de la justificación del de la tipicidad (o nivel de criminalización de conductas), caracterizándose este último por la mera aptitud de lesión de bienes jurídicos. Si así fuera la teoría de la causalidad adecuada no se habría visto definitivamente superada por la teoría de la imputación objetiva. Tipicidad y antijuridicidad son dos caras de la misma moneda. Sin embargo, estas reflexiones ocupan un lugar marginal en el hilo argumental de la monografía, por lo que baste señalar

que la autora parte de una «distinción fuerte» entre tipicidad y anti-juridicidad no debidamente fundada (si bien ello está justificado porque le obligaría a alejarse en exceso del hilo argumental de su tesis).

Tras esta inevitable justificación preliminar de la identidad propia del objeto de estudio, la obra se dedica a la cuestión esencial: cuál es el fundamento de la exculpación (pp. 274 ss.). Como señala con acierto esta autora, en este ámbito ya no se trata de la coordinación de esferas de organización, sino de la legitimidad de la atribución individual de responsabilidad y ulterior imposición de una pena. En palabras de la autora, «se trata de la no-pena del autor, sin que la medida exoneradora conlleve una repercusión normativa en el afectado, de modo que las consideraciones se van a centrar en el agente y su acción» (p. 283). Es decir, en palabras que ya son sólo mías, no se trata de cómo las normas han configurado la vida social (por ello la exculpación no afecta al deber de no-respuesta del afectado), sino de si es precisa la pena para mantener dicha configuración normativa. Según resalta acertadamente esta autora, las teorías preventivas como la teoría funcional de la culpabilidad no han tematizado suficientemente que la exculpación supone siempre identificar motivos que excluyan la responsabilidad individual y ello, indefectiblemente, tiene que ver con la concepción de dicha responsabilidad que tenga el ordenamiento jurídico. En este sentido objeta con razón a la tesis funcional radical de GONZÁLEZ-RIVERO que invierte el orden correcto de la inferencia: es el propio concepto de persona como núcleo de la legitimidad del ordenamiento penal el que determina los requisitos mínimos para imputar la lesión de una norma, «de modo que la culpabilidad sea a su vez legítima y desarrolle sus funciones, pero no al revés» (p. 297, nota 134).

A partir de esta idea, la autora descarta de forma brillante la afección psíquica y la indulgencia como fuentes de la comprensión exculpatoria (pp. 278 a 282) y centra adecuadamente la cuestión esencial en el valor que se le otorgue al motivo concurrente que compite con la norma más que en su eficacia psíquica o en que suscite compasión (pp. 282 ss.). El fundamento de la exención reside siempre en que el motivo dominante del autor suscita comprensión por parte del ordenamiento jurídico, de tal manera que la explicación de la eficacia eximente reside, descartadas la eficacia psíquica del contexto, la normalidad estadística de la reacción o la compasión que suscite, en el valor intersubjetivo que se le otorgue al motivo que da lugar a la infracción. No queda más que compartir su punto de partida de que «las razones por las que una conducta resulta comprensible surgen de la concepción sobre la responsabilidad penal de la que se extraen las reglas de exculpación, modelo que, a su vez, de-

pende de las funciones sociales que se asignan a la institución de la responsabilidad y sus efectos funcionales, pero sobre todo de la convicción de estos últimos como razones de la legítima validez de la concepción de la responsabilidad que está detrás» (p. 285) y, por tanto, es lógico que ocupe un lugar central en su exposición la vinculación del concepto de culpabilidad al modelo de Derecho Penal, Estado y sociedad (pp. 285 ss.).

Para ello la autora aprovecha la teoría discursiva de HABERMAS<sup>1</sup>, especialmente la interpretación en clave discursiva del Derecho Penal y de la imputación individual propuestas por KINDHÄUSER y, sobre todo, por KLAUS GÜNTHER, para construir el concepto material de culpabilidad (pp. 289 ss.) y diseñar a partir de ello la estructura democrática de la exculpación (pp. 299 ss.).

En este punto nos encontramos ya con la parte central del discurso dogmático, en el que se puede constatar un proyecto doctrinal de gran calado. Si la idea rectora de las excusas se identifica con la comprensión que provocan los motivos o razones que explican la conducta del sujeto en una determinada situación, el argumento decisivo para la exculpación tiene que residir en que las razones para realizar el injusto se entiendan como intersubjetivamente válidas.

Profundizando en estas ideas, a partir de la concepción de KLAUS GÜNTHER, la autora entiende que el fundamento material de la exculpación se encuentra en la alteración de las condiciones mínimas del ejercicio de la capacidad de toma de postura crítica (pp. 318 ss.), de tal manera que en estos casos habría que negarle al autor «competencia comunicativa» porque decaen las propiedades del concepto de persona deliberativa que fundamenta la culpabilidad en un sistema democrático. Con base en esta idea considera que son básicamente dos los elementos distorsionantes de la génesis de la toma de postura crítica que alcanzan la relevancia de excluyentes de la culpabilidad: a) el peligro para conservar el carácter de persona deliberativa (pp. 325 a 327) y b) la ausencia de las condiciones procedimentales mínimas para ejercer la capacidad de autodeterminación (coacción) (pp. 328 a 331). Concretando, exige siempre como requisitos en la situación de cara a la exculpación una mínima gravedad de la situación inicial y la ajenidad del autor respecto de la situación exculpante (pp. 334 a 340) y como rasgos de la acción su necesidad y proporcionalidad (pp. 340 s.).

---

<sup>1</sup> Sobre el interés de la teoría de HABERMAS desde el punto de vista de los fundamentos del Derecho Penal, FEIJÓO SÁNCHEZ, en GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho Penal*, Granada, 2005, pp. 493 ss.

## III

En la última parte del trabajo se concretan dogmáticamente las consideraciones generales sobre la exculpación en la regulación del estado de necesidad (pp. 353 a 460) y del miedo insuperable (460 hasta el final del libro, p. 515) en los números 5º y 6º del art. 20 CP. Se opta, en términos generales, por una importante restricción del alcance que posibilita la ley de estas causas de exculpación, especialmente del estado de necesidad exculpante.

La autora no puede dejar de tratar a fondo un tema característico de la doctrina jurídico-penal española: la discutida naturaleza del estado de necesidad del art. 20.5º (pp. 353 ss.), asumiendo en esencia la tradicional teoría de la diferenciación (pp. 386 ss.) y ocupándose, a partir de dicho presupuesto, del fundamento del estado de necesidad como causa de exculpación (pp. 408 ss.). De acuerdo con su tesis general sobre el fundamento de la exculpación, se considera que en estos casos ocupa un especial protagonismo la idea de «preservar la propia capacidad deliberativa o de toma de postura crítica para el futuro» (pp. 414 a 460), deduciendo de ello la correspondiente interpretación de los requisitos legales. De este punto de partida, a pesar de la amplitud de la regulación española, la autora —con ciertos matices— adopta una interpretación del estado de necesidad exculpante similar a la del Código Penal alemán, a pesar de las sustanciales diferencias en la formulación legal. En este sentido, si bien no reduce el estado de necesidad a las mismas situaciones de necesidad del Derecho Penal alemán, en esencia considera, de partida, que el estado de necesidad exculpante debería circunscribirse a casos de riesgo serio para la vida, o bien a casos de riesgo serio para la salud (aunque la autora se refiera expresamente sólo a la integridad física o corporal, dejando curiosamente fuera la integridad psíquica desde el punto de vista de lesiones que afectan a la capacidad deliberativa o toma de posición crítica) o la libertad deambulatoria de cierta entidad. Según la autora, «como baremo para determinar la relevancia excusante del peligro para la salud o la libertad de movimientos cabe recurrir al carácter irreparable de la lesión. Así ocurre, por ejemplo, con la pérdida de un miembro o las privaciones largas de libertad» (p. 424). Si bien es cierto que —a diferencia de lo que sucede con el estado de necesidad exculpante tal y como se encuentra definido en el Código Penal alemán— no se acaba de excluir la relevancia de riesgos para otros intereses como la libertad sexual, el honor o el patrimonio, de tal manera que en última instancia se acaba afirmando que «no parece correcto limitar la excusa en función de un catálogo cerrado de bienes jurídicos» y que «el único camino adecuado para dotar a la eximente de la elasticidad que su fundamento y ámbito de aplicación demandan transita por la exigencia



de un peligro grave, referida esa gravedad a la incidencia del riesgo para el bien jurídico en los atributos que permiten al sujeto intervenir en las relaciones sociales, y no en un sentido meramente estadístico» (p. 425), los supuestos que quedan fuera de la afectación de la vida o de gravísimas consecuencias para la salud o la libertad ocupan un lugar prácticamente marginal de cara a la aplicación de la eximente. En la misma línea, si bien el art. 20.5° CP no delimita los beneficiarios de la acción en estado de necesidad, María Martín extiende la eficacia a la excusa en beneficio de terceros sólo «si existe un vínculo especial entre el autor y el sujeto cuyos bienes se encuentran amenazados, en concreto, una proximidad afectiva entre el autor y el sujeto pasivo del peligro» (p. 429). Incluso la autora parece ir más allá de la proximidad afectiva al englobar sólo las comunidades afectivas «respaldadas por el ordenamiento» «por cuanto la relación personal entre los sujetos — agente y necesitado— forma parte de su respectiva existencia jurídica» (p. 430). De acuerdo con esta idea el salvamento de la amante por parte de un adúltero a costa de la vida de otra persona sería punible (¿Eximente incompleta?). En definitiva, «si bien no se restringe *ab initio* el ámbito de la eximente circunscribiéndola a peligros que afecten a determinados bienes jurídicos de determinadas personas; lo cierto es que se limita materialmente a aquellas amenazas que alcanzan el rango de existencial y que se ciernen sobre el propio sujeto que actúa o una persona ligada a él por vínculos de afectividad. La razón de ese umbral mínimo reside en el fundamento de la exención: comprensión por el motivo de asegurar la pervivencia del sujeto como partícipe en las relaciones sociales» (p. 431).

Con respecto al miedo insuperable la autora reproduce en concreto con respecto a esta causa de exculpación sus argumentos generales críticos contra las explicaciones —dominantes en doctrina y jurisprudencia— de tinte psicológico relativas a la afección psíquica. Como señala, «la aparente facilidad para situar el miedo insuperable dentro del catálogo de las causas de exculpación, dado que así se considera mayoritariamente, frente al obstáculo que representan las controversias en torno al estado de necesidad, se estrella en el anclaje psicológico de los fundamentos ofrecidos. Esa reminiscencia, que recorre muchos de los pronunciamientos de la doctrina sobre la exculpación, se agudiza en el caso particular de la eximente de miedo insuperable por cuanto su propio tenor la vincula directamente a la presencia de una emoción, el miedo» (p. 474). Llama la atención que la autora afirme que es imposible darle un sentido exculpatorio a la regulación legal del miedo insuperable «sin violentar el precepto» (p. 492). Ello se entiende, sin embargo, si se observa la amplitud que quiere otorgarle la autora al miedo insuperable para compensar la

restricción de su interpretación del estado de necesidad exculpante, generosidad con esta causa de exculpación que queda claro en que, a diferencia de lo que hace previamente con el estado de necesidad, no se quiere determinar de forma rígida el alcance de dicha causa de exculpación.

En esta última parte se lleva a cabo una —obligada e inexcusable— referencia crítica a la sugerente propuesta —también *contra legem* en la medida en la que convierte el miedo insuperable en una especie de estado de necesidad exculpante— de VARONA GÓMEZ (pp. 475 a 481) así como un exhaustivo análisis —que, curiosamente, no se realiza con el estado de necesidad exculpante donde la exposición se queda en un nivel exclusivamente doctrinal— de cómo se aplica e interpreta la eximente legal de miedo insuperable (pp. 481 ss.), que, como expone la autora en relación a los escasos supuestos en los que se ha pronunciado el Tribunal Supremo (recoge los existentes tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995 en p. 500, nota 411), giran esencialmente alrededor de dos ejes: la proximidad a la legítima defensa (pp. 482 a 486) o al estado de necesidad (486 a 488). El diagnóstico sobre la práctica judicial es que «no es uniforme porque no existe una construcción jurisprudencial asentada, sino que confluyen diversas líneas interpretativas, que a lo sumo se reúnen en una concepción mixta que limita normativamente una exención definida en términos de inimputabilidad. En último término, ese diseño inconsistente de la circunstancia de miedo junto a una práctica aplicativa poco rigurosa determina que una eximente legal sea poco menos que disponible, pues se acentúan y examinan los requisitos en función de la solución preferida. Esta situación conduce a una aplicación desigual de la ley apartada de las garantías de seguridad jurídica irrenunciables en el ámbito penal, pero también a una infrautilización de la eximente» (pp. 490 s.). La autora es muy crítica con la jurisprudencia al señalar que «aboca a una aplicación poco menos que discrecional del efecto exonerador e incluso atenuador del miedo. Ese diseño de la eximente, amén de pecar de incoherencia sistemática, que sería lo de menos, no se corresponde con una doctrina aplicativa de la circunstancia uniforme, sino que cabe vislumbrar al menos dos tendencias, una más inclinada a lo psicológico y otra a lo normativo, que conducen a requisitos en parte distintos y, por ello, trazan ámbitos de aplicación diversos. Pero es que, además, dentro de la misma línea no existe tampoco uniformidad de tratamiento, por cuanto casos equivalentes conocen calificaciones distintas debido a la falta de rigor en la exigencia y apreciación de los requisitos de la eximente. A la inseguridad jurídica y arbitrariedad en que desemboca el modelo jurisprudencial descrito hay que añadir el efecto perverso

de práctica anulación del juego exonerador de la circunstancia. Esa consecuencia no puede tolerarse en un sistema de eximentes, por suponer un recorte de las garantías de libertad del ciudadano. En esta línea, hay que denunciar que lo que es una cuestión de Derecho se transforma en una cuestión de hecho, por cuanto la comprensión de la conducta realizada bajo miedo se decide en multitud de ocasiones como un problema de afectación psíquica del sujeto, arguyéndose la falta de prueba de una anulación de las facultades decisorias o volitivas del sujeto» (p. 514).

En el libro se configura el miedo insuperable como una especie de cláusula general de inexigibilidad (pp. 501 ss.), de tal manera que se trataría de supuestos donde se constata una «presencia insuficiente de motivos para eximir por otras circunstancias, pero no absoluta inexistencia», de lo que se deriva la interesante conclusión de que «la circunstancia de miedo no presenta un perfil propio en el diseño de las situaciones, sino que se alimenta de los elementos presentes en otras eximentes, y, aunque no es un genuino exceso en la legítima defensa, un auténtico estado de necesidad exculpante o incluso un cumplimiento de un deber antijurídico amparado por la obediencia debida, sirve para todo ello», de tal manera que «la ausencia de límites legales explícitos determina que se nutra con los de las demás circunstancias para dibujar el contexto y la acción exculpante» (p. 502). La conclusión final es que «el miedo está llamado a desempeñar un papel atemperador de la responsabilidad en cuestiones valorativas como, por ejemplo, la invencibilidad del error, la necesidad racional del medio empleado, la subsidiariedad de la actuación o la proporcionalidad del mal causado» (p. 515).

Si, de entre los elementos distorsionantes de la génesis de la toma de postura crítica que alcanzan la relevancia de excluyentes de la culpabilidad, el peligro para conservar el carácter de persona deliberativa es el que tiene especial relevancia en el estado de necesidad exculpante, la ausencia de las condiciones procedimentales mínimas para ejercer la capacidad de autodeterminación (coacción) cobra especial relevancia en el ámbito del miedo insuperable (pp. 510 ss.). En palabras de la autora, «mientras que en el estado de necesidad la conducta se exculpa porque se comprende el motivo del sujeto, asegurar su continuidad como partícipe; la exclusión de responsabilidad atenta al miedo no entra a valorar el contenido del motivo, sino su efecto anulador de las condiciones mínimas para hablar de una toma de postura crítica. En el estado de necesidad se valora positivamente el motivo y por eso se comprende, aquí se valora directamente la presencia de miedo como excluyente del reproche, no por su evaluación positiva, sino por su carácter invalidante» (p. 511). En este sen-

tido parece que la eximente tendría una especial relevancia en supuestos de reacciones defensivas inadecuadas (no amparadas por alguna causa de justificación) o supuestos de una ciertas «instrumentalización» que no llega a adquirir una entidad como para que se pueda hablar de un supuesto de autoría mediata en la que el hecho sea sólo objetivamente imputable al «hombre que se encuentra detrás» y que detenta una posición de fuerza. Sin embargo, debido a su carácter de «cláusula general de inexigibilidad», en la monografía no se quieren dejar cerradas otras posibilidades. Lo interesante del libro es que, proponiendo una vía para afrontar la discusión, deja al final muchas posibilidades abiertas de hasta donde extender —mediante un discurso público a nivel jurídico— el alcance de la exculpación, especialmente mediante la cláusula del miedo insuperable del art. 20.6º CP interpretada claramente en términos normativos.

### 3. Reflexión personal

La monografía parte de la constatación del agotamiento y de la insuficiencia dogmática de las teorías tradicionales de la culpabilidad con respecto a la exculpación. Se entendía que en estos supuestos, si bien seguía existiendo culpabilidad, o bien era una culpabilidad que se perdonaba o con la que se era indulgente o bien no era una culpabilidad de gravedad suficiente como para tener que reaccionar con una pena. La doctrina alemana se dio cuenta de la evidencia de que existían supuestos en el Derecho positivo como el estado de necesidad exculpante o el exceso en la legítima defensa en los que, a pesar de existir un injusto y que el autor tenía la posibilidad de actuar de otra manera, el hecho no era punible, no resultando una explicación satisfactoria alternativa ni la referencia a un injusto disminuido ni a una culpabilidad disminuida ni, siquiera, a la concurrencia de ambas. La idea de la «motivación normal», que tanta relevancia ha adquirido en los últimos veinticinco años en la doctrina española, tampoco puede explicar satisfactoriamente las causas de exculpación, salvo que se convierta en una teoría puramente preventiva o utilitarista. La tesis de María Martín viene a darle la puntilla a todos estos planteamientos que nunca han estado cómodos con respecto al ámbito de la exculpación. Sin embargo, si bien se realiza una gran contribución en este sentido, clasificando fundamentaciones y críticas adecuadamente, la autora no se limita a esta tarea cómoda a esta alturas de la evolución doctrinal, sino que también rechaza que la solución venga de la mano de aquellas teorías que parecen encontrarse más cómodas en la medida en la que han normativizado la culpabilidad con referencias a lo que resulta preventivamente necesario. En este caso ob-

jeta a las teorías preventivas que, pese a su idoneidad para explicar el Derecho positivo y llegar a soluciones que, en general, se entienden como razonables, dejan demasiado de lado la legitimidad del castigo frente al ciudadano que en un sistema democrático tiene que sufrir una pena.

Como señala la autora, la constatación del agotamiento teórico de las propuestas tradicionales en el marco de la concepción normativa de la culpabilidad y la irrupción de las teorías preventivas en los años setenta no conllevaron un alcance distinto de las disculpas, sino que permitieron una mejor explicación del Derecho positivo (lo cual no es poco). Precisamente este hecho de que las teorías preventivas ofrecieran otras vías de respuesta, que la doctrina anterior con sus esquemas no pudo proporcionar, explica parte de su rápido éxito a partir de los años setenta.

Ante este estado de cosas, la autora busca una vía intermedia o una «tercera vía». Por un lado, se da cuenta de que la responsabilidad penal no se puede explicar solamente en clave preventiva (sobre todo si hablamos de una prevención puramente instrumental), sino que las necesidades preventivas en Derecho Penal dependen de aquello de lo que el sujeto es responsable, pero, por otro lado, también se da cuenta de que las explicaciones tradicionales relacionadas con una teoría de la imputación que tiene que ver con planteamientos clásicos de filosofía moral no resultan dogmáticamente adecuados. La perspectiva de solución sólo puede venir de la mano de una teoría de la culpabilidad como construcción social, es decir, como proceso de imputación o adscripción realizado por el sistema jurídico de una determinada sociedad con una determinada configuración normativa. Este cambio de perspectiva es especialmente importante en unos tiempos en los que las aportaciones de las neurociencias hacen que la tradición filosófica que parte de una escisión entre mente y cerebro (espíritu y cuerpo) sea ya insostenible. La constatación de que no exista dicha escisión no significa que no sea posible hablar ya de culpabilidad —como creen algunos científicos que parecen desconocer el axioma «zapatero a tus zapatos»—, sino que existe una fundamentación de la culpabilidad vinculada a una tradición de filosofía moral que está siendo refutada empíricamente. Dicho en términos cartesianos, en el fondo somos tan «autématas» o tan «mecánicos» como los animales. Dicho en términos más habituales entre penalistas, somos seres determinados (de tal manera que nuestra personalidad se puede ver alterada por lo que comemos habitualmente o por una simple pastilla). Lo decisivo no es la etiqueta de «seres determinados», sino cómo en el marco del vigente sistema social nos adscribimos jurídica y políticamente libertad y, por consiguiente, una responsabilidad —en oca-

siones penal, es decir, que puede provocar que acabemos con nuestros huesos en un centro penitenciario— derivada de dicha configuración social.

Para ofrecer esa explicación en términos de filosofía social y política (lo decisivo no es si podemos o no actuar de otra manera, sino cómo construimos nuestra vida social —la intersubjetividad—), María Martín se arroja —sin reservas— en los brazos teóricos del habermassiano KLAUS GÜNTHER. A este autor le interesa básicamente fundamentar políticamente la culpabilidad en el marco de una sociedad civil a partir de la idea de que los ciudadanos en un sistema de libertades asumen la responsabilidad de su responsabilidad. A efectos de legitimación, este autor seguido por la monografista considera que existe un paralelismo entre el ciudadano como autor de normas jurídicas y la persona jurídica como destinatario de dichas normas jurídicas. Esta idea queda englobada bajo el concepto de persona deliberativa. Las tesis de GÜNTHER adolecen de problemas, como, por ejemplo, la imposición de penas a extranjeros que no tienen posibilidad alguna de participar en la génesis de las normas, que ya he puesto de manifiesto previamente en otros trabajos, pero ofrece aspectos dignos de ser tenido en consideración y que van en una línea abierta en Alemania como alternativa a las teorías preventivas y más radicalmente funcionales de la culpabilidad como las de ROXIN o JAKOBS por parte de autores como KINDHÄUSER o NEUMANN. En España penalistas más jóvenes como ALCACER GUIRAO o yo mismo pretendemos desarrollar un concepto de culpabilidad alternativo a la asentada «teoría de la motivabilidad normal» a partir de planteamientos de filosofía social y política que incidan en la racionalidad comunicativa, pasando del paradigma de la motivación para fundamentar la culpabilidad al de la comunicación<sup>2</sup>.

De acuerdo con este punto de partida, la fundamentación de la culpabilidad se encuentra estrechamente vinculada a las estructuras profundas de responsabilidad de una determinada sociedad y a cuestiones axiológicas inmanentes a esa misma sociedad. En mi opinión, tal y como ya he defendido en otros lugares, un elemento esencial para tratar el fundamento de la culpabilidad depende de la cuestión de cómo se encuentren normativamente definidos los vínculos entre los individuos y la sociedad, lo cual depende de cada tipo de sociedad. El defecto esencial de las teorías tradicionales de la culpabilidad es que dejaron de lado como tema a tratar el fundamento de la vinculación del individuo con el orden social y el sistema jurídico, y

---

<sup>2</sup> En profundidad, con las correspondiente referencias, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, Buenos Aires y Montevideo, 2007, pp. 625 ss.

sólo si se deja al descubierto esta cuestión se puede entender el fundamento de la culpabilidad. Los hechos y los datos psíquicos adquieren una relevancia comunicativa distinta en función de cuáles sean las características de esa vinculación jurídica. Por ello, en vez de acudir a la filosofía moral de carácter individualista como método de análisis, tal y como se ha hecho tradicionalmente, cada vez se muestra como más necesario acometer —tal y como se hace en la monografía de Martín Lorenzo sobre la exculpación— la cuestión del fundamento material de la culpabilidad teniendo en cuenta las nuevas aportaciones de la filosofía social. Sólo se puede construir un concepto adecuado de culpabilidad jurídico-penal a partir de una comprensión normativa e intersubjetiva de la cuestión. Como se argumenta con razón en la monografía, esta labor no puede llevar a buen puerto sin tener en cuenta las propias bases del sistema democrático.

La referencia a elementos preventivos esbozada por ROXIN y radicalizada por JAKOBS desde su pionero trabajo *Schuld und Prävention* (existe culpabilidad allí donde existen necesidades preventivas o de estabilización de un determinado orden), no acaba de ofrecer una solución satisfactoria ligando la culpabilidad y su medida a las necesidades preventivas (en el caso de ROXIN individuales y sociales —prevención especial y general— y en el caso de JAKOBS sólo sociales —prevención general positiva— en la medida en la que la sociedad no disponga de una alternativa funcional para mantener la vigencia de la norma). Aunque las aportaciones de estos autores nos han ayudado a entender mucho mejor las causas de exculpación, si desconocemos cuál es el fundamento de la vinculación de los individuos al sistema democrático, no sabremos cuáles son las necesidades preventivas de esa sociedad en ese caso concreto. Sólo si conocemos las estructuras profundas de la responsabilidad en una determinada sociedad —en nuestro ordenamiento jurídico— o la «gramática profunda» de la intersubjetividad podremos ofrecer una respuesta normativamente aceptable a esta cuestión. Si bien es cierto que la definición de un hecho como causalidad, desgracia o infortunio es una definición social que depende de cada tipo de sociedad, la mera referencia a las necesidades preventivas no resuelve la cuestión de la delimitación de esa definición social. No se trata de decidir caso por caso cuáles serían las necesidades preventivas, sino que éstas dependen de presupuestos normativos fijados de antemano. Sólo se puede reaccionar contrafacticamente contra la comunicación lesiva para la norma allí donde exista responsabilidad. Como señala María Martín, no se puede responder directamente a la cuestión de si la pena es preventivamente necesaria o no caso por caso.

No se trata, por tanto, de constatar que no existe culpabilidad cuando no existe una sanción alternativa a la pena, sino que la sociedad a través de construcciones dogmáticas decide cuáles son los factores relevantes para la exculpación e irrelevantes para la adscripción de una responsabilidad que implica el tener que sufrir una pena, en la medida en la que el contenido de la responsabilidad depende de los fines de cada sistema de responsabilidad. Por ejemplo, en los tradicionales casos de exculpación basada en un estado de necesidad un aspecto decisivo es si el hecho que da lugar a esa situación puede ser definido o no como casualidad para el infractor, y esa definición es una definición puramente normativa (las sociedades, por ejemplo, no asumen imputar la infracción a la situación de la sociedad salvo casos extremos de exclusión social).

Sin una referencia a la responsabilidad personal es imposible explicar cuáles son las soluciones al conflicto que pueden operar como equivalentes funcionales. Se deja de castigar cuando en la explicación del delito la responsabilidad individual tiene un papel irrelevante y se castiga cuando no existe una explicación alternativa a la responsabilidad individual. El primer JAKOBS señaló correctamente como el contenido de la culpabilidad no es ajeno a las funciones del Derecho Penal e identificó correctamente la cuestión de la culpabilidad como una cuestión de distribución de competencias o incumbencias, pero le faltó un contenido material sobre cómo se realiza esa distribución más allá del dato descriptivo y sumamente abstracto de que la sociedad lo hace así y él sólo describe lo que hace la sociedad. La infracción de una norma carece del efecto de lesionar la vigencia de dicha norma cuando no va acompañada de la culpabilidad. Si no existe culpabilidad el conflicto debe ser procesado por el ordenamiento de otra manera (medidas de seguridad, ausencia de sanción, etc.). Por ejemplo, el que una situación sea tratada como un estado de necesidad exculpante no se deriva directamente de que en ese caso el órgano jurisdiccional entienda que no es preciso estabilizar la confianza en el ordenamiento por medio de la imputación al sujeto que actúa en situación de necesidad<sup>3</sup>, sino que ello sólo deja de ser necesario en la medida en la que esa situación indique que el hecho delictivo obedece más a la aparición casual para el sujeto de una situación excepcional que a una falta de reconocimiento de la norma (por ello se impone una pena en ciertos casos de provocación de la situación de necesidad en la medida en que la situación no se puede imputar a la casualidad o a la desgracia).

---

<sup>3</sup> Básico en su radicalidad JAKOBS, *Schuld und Prävention*, Tubinga, 1976 (existe una traducción de SUÁREZ GONZÁLEZ en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1997), p. 21.



No es posible llegar a una conclusión dogmáticamente aceptable si no se pone en relación la cuestión con las características de un determinado orden social, es decir, cómo tiene definida la vinculación entre sujetos y orden normativo un determinado sistema. El concepto de persona que refleja ese vínculo es un principio organizativo de cada sistema social. Las teorías funcionales han venido dejando de lado como tema a tratar de forma manifiesta el papel que en el fundamento de la culpabilidad juega la configuración política de una determinada sociedad. Este modelo teórico ha resultado insuficiente y ha pecado de formalidad por su falta de referencias al contexto político general, cuando si se omiten dichas referencias no se entiende adecuadamente la culpabilidad como comunicación entre ciudadanos. Es mérito especial de GÜNTHER haber puesto esta cuestión de manifiesto, por lo cual es lógico que la autora de la monografía se haya fijado en la construcción teórica de este autor. No se puede construir igual la culpabilidad en un sistema de libertades que el marco de un Estado totalitario (más que la afirmación irreal de que no haya culpabilidad fuera del sistema democrático). Por tanto, no se trata sólo de fundamentar la culpabilidad en un Estado de Derecho, sino en un Estado democrático de Derecho en el que dicho principio democrático forma parte básica de la configuración del orden social.

Como ha señalado GÜNTHER, en un sistema democrático el ordenamiento no espera que los ciudadanos aporten reconocimiento personal de las normas (fidelidad normativa), sino sólo que no aporten con sus acciones menosprecio de las normas a la vida social. En un sistema de libertades el ciudadano tiene libertad para decidir si se comporta de acuerdo a la norma y cuáles son las razones por las que lo hace. En dicho contexto normativo el Derecho no puede exigir a los ciudadanos que acaten las normas como correctas y, en virtud de ese acatamiento, organicen una vida conforme a Derecho. El Derecho propio de un sistema de libertades y materialmente democrático tiene que reconocer al ciudadano, en sentido contrario, la posibilidad de rechazar internamente o mediante expresiones la norma como una norma válida. En este sentido el ciudadano tiene todo el derecho a iniciar o participar en procedimientos o debates públicos para derogar la norma o que ésta sea declarada ilegítima. Lo que no se puede reconocer como una opción válida —ya que sino la norma en particular y el sistema democrático de libertades en general carecería de vigencia y eficacia— es ejecutar una acción que sea contraria a la norma. El deber no consiste en ser fiel a la norma, sino más bien en evitar no reconocerla mediante una acción que la infrinja. Es decir, el que no reconoce internamente la norma debe evitar —siguiendo la estrategia que quiera— el injusto (la infracción de la norma). La pena

sólo se puede imponer al que manifiesta o comunica una falta de reconocimiento de la norma a través de una acción que la infringe. El ordenamiento sólo exige reconocimiento externo; si alguien no está dispuesto a realizar voluntariamente esa prestación se le obliga coactivamente (mediante la ejecución forzosa de resoluciones judiciales). En los casos en los que esa falta de reconocimiento externo ha afectado a la vigencia de normas esenciales e irrenunciables de convivencia, como no basta con obligar coactivamente al sujeto a cumplir con sus obligaciones, el autor culpable debe sufrir una pena que compense la dimensión normativa o comunicativa del hecho que ha realizado. En un sistema pluralista la infracción de la norma mediante una acción que obedece a una carencia de disposición jurídica mínima (con dicha disposición jurídica no se habría cometido el injusto) es el equivalente funcional de la referencia material a la fidelidad al Derecho en regímenes comunitaristas (totalitarios o no).

Resulta un punto de partida adecuado, por tanto, construir un concepto de culpabilidad a partir de una vinculación democrática del individuo con el ordenamiento jurídico como un asunto puramente particular. Con base en esta idea la culpabilidad se podría definir materialmente como la comunicación de la falta de reconocimiento de la validez de la norma mediante su infracción. Sólo en ese caso se hace preciso —salvo excepciones específicas como, por ejemplo, excusas absolutorias— que pueda entrar en juego la pena como instrumento retributivo (de reproche diría María Martín) y único medio de evitar la erosión de la norma como regla vinculante y la posible erosión de la confianza de la población en su vigencia. Con respecto a esos efectos surge la responsabilidad del individuo a partir de la comisión de su delito y, de esa manera, queda justificada individualmente la pena en el marco de un sistema democrático (aunque ésta todavía se pueda suspender o sustituir).

Es evidente que estamos hablando de construcciones normativas y no de constataciones psicológicas, por lo que lo decisivo no es el reconocimiento normativo como fenómeno psicológico, sino como comunicación y los fenómenos comunicativos no dependen de lo que se quiere comunicar, sino de la relevancia de la comunicación para el que la recibe y los efectos que tiene la comunicación en el receptor. Es decir, lo decisivo no es la actitud o voluntad subjetivas (el sentido subjetivo del hecho) sino el sentido intersubjetivo (interpersonal) del hecho. Se trata de una medida o de un baremo normativo realizado desde la perspectiva del sistema social y jurídico que, evidentemente, nunca puede ser matemático, sino que es susceptible de ulteriores concreciones y desarrollos dogmáticos en relación a las diversas cuestiones que se vienen planteando a la doctrina en sede de culpa-

bilidad. Estas concreciones dependen de que la vinculación jurídica del individuo al orden social esté definida en términos de deberes positivos de fidelidad o en términos más liberales como mera exigencia de una disposición jurídica mínima o indispensable (sin la cual no es posible la vida social). Cuanto más liberal sea el vínculo, más campo de aplicación tendrán las causas de exculpación.

Como se puede apreciar, son muchos los elementos de coincidencia con las tesis esenciales de María Martín, pese a las objeciones que se puedan hacer a la construcción de GÜNTHER. Descendiendo un peldaño en el nivel de abstracción dogmático, nivel en el que hay autores que se mueven maravillosamente, como ROXIN, llama la atención que, más allá de la búsqueda de legitimación democrática de la culpabilidad, la monografista parezca acabar dándole un menor alcance a las causas de exculpación que lo que vienen haciendo teorías preventivas como las de este autor o JAKOBS, que resultan ser más generosas con los infractores de las normas en situaciones conflictivas. Parece que las objeciones de ROXIN en su manual a autores como KINDHÄUSER, señalando que no tiene suficientemente en cuenta los componentes preventivos de la responsabilidad serían extrapolables a otros autores como GÜNTHER o la propia María Martín, sobre todo cuando esos componentes preventivos juegan a favor de disculpar al infractor de la norma dejando de imponerle una pena, que podría llegar a ser merecida, pero que es innecesaria desde una perspectiva preventivo-general.

Puede haber supuestos en los que el autor no vea en peligro intereses existenciales propios o que sienta como propios (con respaldo jurídico) o en los que no pierda su «capacidad deliberativa», pero que carezca de sentido castigar teniendo en cuenta el contexto de actuación y la situación de conflicto que ha dado lugar a la infracción de la norma. Por ejemplo, ciertos supuestos en los que alguien que no se ve afectado por la situación de necesidad puede causar un mal equivalente al que trata de evitar eligiendo con base en parámetros valorativos ampliamente compartidos por la población y armónicos con el sistema jurídico (aunque el comportamiento no se encuentre justificado). Puede haber supuestos de no peligro existencial en los que el sujeto actúa plenamente como una «persona deliberativa» comunicando reflexivamente, incluso, que en situaciones como éstas hay que actuar así. La tesis de Martín Lorenzo hace que sea difícil reconducir a la exculpación supuestos que muchos autores tratan en este ámbito y, por tanto, que se pueda renunciar a la pena. Por ejemplo, en los casos de incumplimiento de la norma por razones de objeción de conciencia y, especialmente, de insumisión organizada no se puede hablar del «decaimiento de las propiedades del concepto de

persona deliberativa que fundamenta la culpabilidad en un sistema democrático» y, desde luego, no se dan los elementos que la autora exige para la exculpación. Es altamente discutible que no quepa la exoneración de responsabilidad penal en ninguno de estos casos, pero no parece razonable —además de contrario a la práctica jurisprudencial— que no quepa algún tipo de atenuación (no puede haber atenuación si las razones generales para la exculpación —así como para la inimputabilidad o el error de prohibición o mandato— no tienen nada que ver con ese tipo de supuestos).

La referencia última a la identificación del juzgador con las razones de la acción de tal manera que «cualquier otro en la posición del autor hubiera actuado de la misma forma» es fáctica e insuficiente y se podría corresponder adecuadamente con un sistema de imputación ética o moral (ámbito en el que trabaja STRAWSON, autor que tiene una clara influencia en la posición de GÜNTHER y María Martín), pero no un sistema de imputación jurídica como el existente en el sistema europeo continental. La autora parece no tener suficientemente en cuenta en la monografía que el sujeto que, en su esquema dialogal, formula el reproche<sup>4</sup> es el Estado, lo que hace que nos encontremos ante un «diálogo sui generis». La idea de que cada vez que se dé una razón para realizar un injusto haya que analizar si «todos y cada uno puedan aceptarlas y se llegue al consenso de que son razones exculpatorias» (p. 309) es dogmáticamente irrealizable. Se trata más bien de que el sistema jurídico no pueda encontrar razones para castigar a ese sujeto concreto por una acción que ha realizado. No se puede dejar de tener en cuenta, por ejemplo, que, según doctrina absolutamente dominante, la pena no tiene nada que ver con los intereses de la víctima (que con la declaración del injusto ya ha sido reconocida como tal), sino con los intereses de la sociedad que castiga o de la generalidad. Se trata, por tanto, de si la generalidad (identificada con el ordenamiento jurídico que ha elaborado discursivamente) tiene razones para exigir responsabilidad individual.

Si bien se pueden compartir los puntos de partida de la monografía, el punto de disenso se encuentra en el baremo para entender los motivos como comprensibles (que tiene que ser el mismo que se utiliza para determinar la vencibilidad del error o los límites

---

<sup>4</sup> P. 308 ss.: «La estructura dialogal del reproche acoge el primer presupuesto de una atribución de responsabilidad acorde con un ordenamiento jurídico-penal democrático; ofrece al autor de la conducta típica y antijurídica la oportunidad de explicar su conducta y al operador jurídico la ocasión para examinar esa conducta, sus razones y, en su caso, comprenderla».

de la inimputabilidad). Sobre todo porque ese baremo para justificar individualmente la pena no puede estar desconectado de la justificación social de la misma, con independencia de que las teorías preventivas tengan el inconveniente de fusionar de forma excesiva ambas cuestiones. Es decir, si bien es cierto que a las teorías preventivas les falta la necesaria vinculación con la responsabilidad individual, a las teorías más discursivas como las de Martín Lorenzo les falta la necesaria vinculación con la justificación social de la pena. Por ejemplo, cuando KINDHÄUSER, autor muy cercano a los planteamientos de la monografista, como ella reconoce expresamente, considera que la culpabilidad material jurídico-penal supone un déficit de lealtad comunicativa en el marco de un sistema democrático y que el reproche jurídico-penal es una reacción formalizada porque la generalidad se siente ofendida y que dicho reproche es independiente de los fines de la pena, algo falla en última instancia: no parece que se pueda prescindir de una referencia a la justificación social de la pena con base en la prevención general si el baremo es la ofensa a la generalidad.

No se trata, por tanto, de que un juzgador que tuviera en cuenta todas las razones en juego en el caso concreto entendería, por los motivos comprensibles derivados de un contexto particular que expone el autor frente a otras consideraciones, la pena como injusta. No se trata de la justicia o de la injusticia de la pena, sino de la necesidad preventiva de actuar con la pena frente a un sujeto que no puede ofrecer argumentos intersubjetivamente válidos para argumentar que su sufrimiento va a ser inmerecido. En mi opinión, la idea de que la reacción del sujeto debe ser valorada intersubjetivamente como justa creo que —como ya he señalado— restringe demasiado el alcance de la exculpación, en la medida en la que, por ejemplo, en los supuestos de miedo insuperable puede haber reacciones inadecuadas que hagan que la pena no se pueda definir exactamente como injusta (si es que esa definición se puede realmente hacer en algún momento), pero en las que simplemente no se considere necesario el castigo. En la monografía no se tiene suficientemente en cuenta que la pena no actúa frente a los efectos fácticos del hecho (por ello las razones de la víctima tienen poco que decir en el «diálogo»), sino frente a sus efectos comunicativos para la generalidad (prevención general positiva). Por ello cuando al autor no se le puede hacer responsable de dichos efectos, sino que son imputables a la casualidad de una situación excepcional, o bien la infracción no tiene efectos erosionadores o bien, si éstos existen, la pena no es un instrumento necesario para contrarrestarlos, incluso aunque la reacción del infractor no haya sido adecuada. El delito puede presentar una dimensión fáctica, una dimensión cognitiva de peligrosidad y una dimensión simbólica. La

exculpación sólo tiene que ver con esta última (la única que está siempre presente). Cuando hablamos de causas de exculpación la cuestión no es si los motivos por los que actúa el sujeto nos convienen para entender su comportamiento como justo, sino si hacen innecesaria la intervención con penas para responder a la erosión de normas esenciales de convivencia.

De acuerdo con lo que se acaba de decir, si la infracción de la norma se debe a un problema individual por falta de una disposición jurídica mínima y no se puede imputar a otras razones no imputables al infractor de la norma que le impidan comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a dicha comprensión (anomalías o alteraciones psíquicas, intoxicación o síndrome de abstinencia, alteración en la percepción, falta de madurez, situaciones inesperadas de necesidad, miedo insuperable ante la agresión ilegítima de un tercero, cambios muy rápidos de legislación, etc.) existe culpabilidad. En realidad, este tipo de supuestos, al igual que otros que se podrían aducir, lo que hacen es ofrecer una explicación alternativa a la falta de una disposición jurídica mínima o indispensable imputable al que ha infringido la norma, que es el auténtico fundamento de la culpabilidad. En sentido contrario, si el injusto se cometió a pesar de la correcta disposición jurídica del autor no existirá culpabilidad; no existe una comunicación defectuosa a la que responder (aunque exista una dolorosa lesión fáctica) y, por consiguiente, la pena ya no tiene que cumplir su función preventivo-general. Al autor no se le impone una pena por la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos sin más, sino por su responsabilidad comunicativa en la erosión de la norma. Si bien es cierto que las teorías preventivas no tienen toda la razón, no les falta algo de razón. Las causas de exculpación son supuestos en los que el infractor no es responsable de la erosión de la norma infringida, sino que la situación de conflicto pone intersubjetivamente de manifiesto que el hecho no obedece a una falta de disposición jurídica preocupante que tenga que ser respondida con una pena. Tenemos una explicación alternativa a la responsabilidad individual (mientras la atenuación se dará cuando dicha responsabilidad individual todavía tiene algún papel). Precisamente los supuestos problemáticos desde las perspectivas tradicionales de los denominados sujetos especialmente obligados (policías, bomberos, sanitarios, etc.) son casos en los que, si bien un «ciudadano normal» puede alegar la casualidad de encontrarse en la situación, el especialmente obligado no puede alegarlo. Por ello sólo cabría la exculpación de estos obligados a sacrificarse en supuestos de conflicto con los que, ni siquiera dicho tipo de profesionales, tiene que contar que puedan formar parte de su carrera laboral.

Las discrepancias con la monografía de María Martín parten de una concepción muy personal de la culpabilidad como la infracción de la norma (el injusto) que socialmente no tiene otra explicación que la ausencia de una disposición jurídica mínima. De acuerdo con esta idea al infractor se le atribuye legítimamente responsabilidad penal (la más grave jurídicamente) y, por tanto, se le castiga por la puesta en entredicho de una norma a través de la ausencia de una disposición jurídica mínima manifestada en la comisión de un injusto cualificado que se merece una pena por su lesividad social. Esta doble imputación de algo valorado intersubjetivamente como negativo es lo que tradicionalmente hemos llamado reproche. En el ámbito de la culpabilidad todos los posibles datos cobran relevancia en exclusiva a través del tamiz normativo referido a la disposición jurídica. Si no se constata dicha falta de disposición jurídica la pena no es preventivamente necesaria desde la perspectiva de la prevención general positiva, pero, al mismo tiempo, no se puede llegar a la conclusión de la ausencia de necesidades preventivas sin tener en cuenta las razones por las que el autor ha realizado un injusto. Evidentemente, la autora de la monografía puede legítimamente no estar de acuerdo con el baremo que aquí se presenta para completar su teoría, relativo a una disposición jurídica mínima exigible a todo ciudadano de un sistema democrático, pero en todo caso debería haber ofrecido en su trabajo un baremo para valorar la conducta del autor más allá de que la pena —tras un proceso dialogal— se entienda como (in)justa. Sin la concreción de dicho baremo el proceso dialogal que pretende construir se diluye entre las manos porque carece de referentes.

No es éste el lugar para desarrollar estas cuestiones complejas que tienen que ver con la legitimación última del sistema jurídico-penal. María Martín no ha sorteado en su trabajo las dificultades, ofreciendo mucho más de lo que las tesis al uso suelen ofrecer y, por ello, sería realmente inexigible pedir más. Creo que lo mejor es dejar en este punto planteadas estas reflexiones personales como síntoma del valor que tiene la obra para generar nuevas ideas sobre la teoría jurídica del delito y, en general, sobre los fundamentos teóricos del Derecho Penal. Con su madura tesis doctoral María Martín ha ingresado directamente en la selecta liga de los autores de lectura imprescindible para aquellos que quieran reflexionar, más allá del tema de las causas de exculpación, sobre el fundamento material de la culpabilidad, que es lo mismo que decir sobre las bases teóricas del Derecho Penal. Lo mejor que puede hacer a estas alturas el que se ha visto «instrumentalizado» por la calidad de la obra a escribir esta reseña es callarse y recomendar sin reservas la lectura de una obra imprescindible no sólo sobre «La exculpación penal», sino también

sobre las «Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal». Sólo espero que esta recensión contribuya de alguna manera a que esta monografía de María Martín Lorenzo alcance el reconocimiento académico y científico que se merece.

BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ  
Catedrático de Derecho penal  
Universidad Autónoma de Madrid