
Coacción, intimidación y coerción en Derecho penal

Compulsion, Threat and Coercion in Criminal Law

Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ*

Catedrático acr. de Derecho penal
Universidad de Navarra

<https://orcid.org/0000-0003-3461-904X>

pablosostiz@unav.es

RECIBIDO: 04/11/2019 / ACEPTADO: 04/03/2020

Resumen: Para la responsabilidad por la acción humana se exige libertad (conocimiento y voluntad); no es posible la responsabilidad en casos de ignorancia y de acrasia. Se distinguen tres supuestos diversos de conocimiento (conocer, saber, y obrar a conciencia) y paralelamente tres supuestos de voluntad (volición, voluntariedad y obrar por convicción); y cada uno de ellos se ve excluido por un factor de ignorancia o de acrasia. Estos elementos permiten trazar un panorama completo en el que se explican los casos de actuar conforme a la norma, contra la norma, y supererogatorios.

Palabras clave: libertad, Derecho penal, conocimiento, voluntad, ignorancia, acrasia, responsabilidad.

Abstract: Responsibility for human action requires freedom (knowledge and will); responsibility is not possible in cases of ignorance and akrasia respectively. We can distinguish three different uses of knowing (cognition, comprehension, and act knowingly) and parallel three uses of will (volition, voluntariness and act by conviction); and each of them is excluded by a factor of ignorance or akrasia. These elements allow us to draw up a complete panorama in which the cases of acting according to the norm, against the norm, and supererogatory actions are explained.

Keywords: Freedom, Criminal Law, Knowledge, Will, ignorance, akrasia, responsibility.

I. INTRODUCCIÓN

1 El objeto de estas páginas es trazar un panorama de la acción humana ante las leyes penales. Se presenta una descripción conjunta de la acción que abarca los supuestos tanto en los que el sujeto no es libre por el ejercicio sobre él de coacción, como aquellos en los que obra bajo la presión de intimidación. Se reconoce comúnmente que en tales casos el sujeto deja de responder penalmente por falta de voluntad. A ambos supuestos se añade la cuestión de si obrar «por temor» a la sanción prevista en la norma penal

* Esta investigación se lleva a cabo en el marco del proyecto de investigación del Ministerio de Economía y Competitividad «El código penal de 1995: Modelos de imputación de la ‘sociedad de la seguridad’» (DER 2017-86496-P). Agradezco los comentarios efectuados por los revisores anónimos del original.

excluye la libertad moral del agente. Y también se considera en este panorama el caso de quien obra más allá de lo previsto en la norma, las conductas supererogatorias.

2. Formulado en términos interrogativos: ¿por qué no es libre quien se ve coaccionado –o intimidado– por otro?; ¿en qué medida es libre quien respeta la norma penal por temor a la sanción?; ¿y en qué medida es libre quien obra realizando algo más allá de la ley? Dicho de otro modo, se tratará aquí de la libertad del agente en los casos en que sufre presión de su voluntad (coacción, intimidación y temor a la sanción), cuya intensidad no es obviamente la misma en esos tres casos; a estos se añade el supuesto de quien obra realizando una acción supererogatoria (en concreto, se cuestiona aquí la conducta de quien se mueve por el afán de lograr una recompensa). En definitiva, el presente estudio tiene por objeto identificar y comparar el concepto de libertad de la acción en los supuestos mencionados: bajo la presión de *coacción* y de *intimidación* (II.), y *por temor* a la sanción (III.) o *por afán* de lograr un premio (IV).

3. La doctrina jurídico-penal del delito ha elaborado categorías que vienen a responder a la primera cuestión: así, cuando exige para poder referirse a una conducta en sentido jurídico-penal la presencia de un mínimo de libertad en el sujeto. A su vez, esa misma doctrina ha formulado completas teorías sobre la pena –retribución, prevención...– que afectan a la segunda cuestión, y no pueden sino influir en lo que se considera delito. La tercera cuestión, la de las conductas supererogatorias, ha merecido sin embargo menos atención¹, pero eso no quita que tenga relevancia o que resulte ajena a la teoría del delito. Estos tres grupos de cuestiones interpelan a la teoría del delito, que difícilmente puede construirse al margen de los requerimientos que se exigen en otras áreas del saber práctico.

II. COACCIÓN E INTIMIDACIÓN

1. La presencia de violencia hace desaparecer la libertad del agente. Y la presencia de miedo, en ciertos casos también. Es más, con independencia de mutuas diferencias, violencia y miedo son dos formas de agredir a la persona

¹ Cfr. COCA VILA, I., «La colisión ‘deficitaria’ de deberes. Consideraciones sobre la exclusión del injusto en ejecución de actos de salvamento supererogatorios», en *Letra: Derecho penal* año IV, núm. 6, pp. 52-84.

en cuanto que hacen desaparecer el control de quien las sufre², y en esa misma medida las instrumentaliza al servicio del agente que ejerce la violencia o el miedo. Eso se plasma en la existencia de delitos contra la libertad que admiten alguna de estas dos formas: violencia física o coacción; y violencia psíquica o intimidación (o amenazas). Violencia (coacción) y miedo (intimidación o amenaza) son dos vías de afectar a la libertad de las personas, como también de descargar de responsabilidad a quien las padece, salvo que le hagamos responsable de no evitar o superarlas³.

2. Esta doble forma de atentar contra la libertad se corresponde con las dos exigencias de voluntad en la teoría del delito. En un primer momento se exige la voluntad básica o primigenia que podría denominarse como volición: así cuando se requiere la existencia de una acción o conducta humana como punto de partida para toda teoría del delito. A esto puede añadirse también la exigencia de voluntariedad en sede de culpabilidad, como ausencia de presión motivacional que deja al sujeto a merced de su propia decisión y no en manos de la de quienes le atemorizan⁴. Son los casos de situaciones de inexigibilidad que en alguna legislación se podrían reconducir a los casos de miedo; y en otras, a los casos de estado de necesidad exculpante⁵. Se ataca la voluntad bien

² Más en concreto, la violencia hace desaparecer el autocontrol mínimo y necesario para poder apreciar una conducta humana, mientras que el miedo afecta, no a la conducta, sino a la responsabilidad por la conducta realizada. En terminología jurídico-penal, la violencia afecta a la conducta y el miedo a la culpabilidad (exigibilidad): cfr. por todos, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., Reppertor, Barcelona, 2015, 8/17-27. Cfr. ahora en el texto.

³ Se trata de imputación de carácter extraordinario, en casos de errores *vencibles* o de fuerza *evitable*, así como de miedo *superable*, en los que se hace responsable a quien los padece por no haber evitado la situación. Sobre la categoría de «imputación extraordinaria», en la terminología propuesta por Hruschka, cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, BdeF, Montevideo, Buenos Aires, 2008, pp. 532-555; ID., «Imputación e incumbencias en Derecho penal», *Política Criminal*, vol. 12, núm. 24 (diciembre 2017), pp. 1211-1227, con ulteriores referencias.

⁴ En cambio, si se dan esos factores entran en juego estructuras de traslación de responsabilidad: por antonomasia, la autoría mediata. Esta opera en casos de ejecutor instrumentalizado por error de tipo (cfr. MIR PUIG, *DP.PG*, 2015, 14/62), mientras que en casos de instrumento violentado no es preciso, pues directamente apelamos al causante de la violencia (cfr. *ibid.*, 14/55 y 58); pero sí en los casos de «instrumento» bajo presión psíquica (cfr. *ibidem*, 14/70-71), dejando ahora aparte la figura derivada de «autor tras el autor».

⁵ En cualquier caso, no se trata de situaciones que afecten a la cualidad de la acción (no es una causa de justificación, expresión de una norma permisiva), sino a la motivación del agente (es un supuesto de exculpación). Contra, las posiciones unitarias en materia de estado de necesidad; al respecto, cfr. por todos, GIMBERNAT ORDEIG, E., «El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad» (orig., 1974), en *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 218-230.

negando o suprimiendo la volición (o capacidad mínima), bien restringiendo o suprimiendo la voluntariedad (o capacidad de actuar por motivos). En ambos casos es la libertad (voluntad) la que está en juego, pero no en el mismo sentido (volición y voluntariedad). Tal es así que los delitos mencionados pueden verse como *agresiones*, esto es, como negación o supresión, de la libertad de la víctima por fuerza física (coacción, violación forzada, robo violento...) o por fuerza moral (amenazas, violación intimidatoria, robo intimidatorio...)⁶. Ambos supuestos de carencia de voluntad podrían englobarse en un común término denominado «acrasia» que engloba la ausencia de voluntad, sea la básica o volición, sea la voluntad por motivos o voluntariedad, a las que se corresponden los casos de *vis absoluta* y de *vis moralis*, respectivamente. Aunque el término «acrasia» no es empleado a menudo, y menos todavía en el ámbito del Derecho penal en lengua española, pienso que bien puede significar la falta de voluntad, y con este sentido es empleado aquí⁷. En concreto, acrasia puede incluir las formas de *carencia de voluntad*, sea porque el sujeto no dispone de autocontrol (volición), sea porque el agente no tiene suficiente fuerza de voluntad (voluntariedad).

3. A su vez, los supuestos de error, sea sobre datos fácticos, sea sobre datos de sentido como la antijuridicidad, podrían agruparse bajo un mismo supraconcepto de «ignorancia» que designa la carencia de representación o conocimiento suficiente para la acción, a los que se corresponden los casos de error de hecho y error de derecho, respectivamente. Conviene asumir que requerimos el conocimiento en un doble sentido: en efecto, dichos casos de acrasia (párr. 2) se corresponden, paralelamente, con dos supuestos de ignorancia. Puesto que la voluntad no opera en el vacío, sino referida a objetos

⁶ He abordado esta cuestión en otros lugares: SÁNCHEZ-OSTIZ, P., «Los delitos de encubrimiento como medio de garantía de las normas penales. Una propuesta de interpretación», en *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 837-852; ID., *Víctimas e infractores, cumplidores y héroes. La culpabilidad en clave de imputación*, BdeF, Buenos Aires, Montevideo, 2018, pp. 15-30.

⁷ En lo que alcanzo, es empleado esporádicamente en V. WRIGHT, G.H., *La diversidad de lo bueno* (orig., 1963; trad., González Lagier/Roca), Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 139, en sentido de debilidad de la voluntad. También lo emplean en ese sentido, al menos, DUFF, A., «Virtue, Vice and the Criminal Law – A Response to Huigens and Yankah», en *Law, Virtue and Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2012, cap. 10; CHIAO, V., «Acts and *Actus Reus*», en *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2014, pp. 461-462; y HUSAK, D., *The Ignorance of Law. A Philosophical Inquiry*, Oxford University Press, Oxford, 2016, *passim*; al respecto, cfr. YAFFE, G., «Is Akrasia Necessary for Culpability? On Douglas Husak's Ignorance of Law», *Criminal Law and Philosophy* (2018), 12:342-349.

que el agente se representa, la volición, o voluntad básica, apela a un conocimiento de datos fácticos, o *conocer*; y la voluntariedad apela a un conocimiento del sentido de la acción, o *saber*. Y ambos desaparecerían, respectivamente en casos de error de hecho, o sobre elementos fácticos; y de error de derecho, o sobre la valoración o antijuridicidad. Aunque no faltan diferenciaciones entre error e ignorancia⁸, aquí se emplea la segunda como concepto genérico de los casos de carencia de conocimiento suficiente para la acción, en ambos niveles, de hecho y de derecho. También desaparece la libertad cuando el sujeto se halla en situación de ignorancia: cuando desconoce los datos fácticos, o bien no sabe del sentido de sus actos. Y así, también se ataca la potencia cognoscitiva del sujeto bien negando o suprimiendo el conocer o conocimiento mínimo, bien restringiendo o suprimiendo el saber o conocimiento sobre el sentido. En ambos casos está también en juego la libertad. Por tanto, cabe entender que provocar errores en otro es una forma de menoscabar su libertad⁹. Que no se hallen definidos como delitos no quita que sean medios posibles de afectar a otro¹⁰.

4. Ignorancia y acrasia designan los supuestos de falta de libertad por carencia, o bien de conocimiento o bien de voluntad, respectivamente. Y ambos, referidos a su vez a los aspectos fácticos (*conocer* y *volición*) y valorativos (*saber* y *voluntariedad*). En definitiva, desaparece la libertad en casos de ignorancia (error de hecho o de Derecho), o acrasia (violencia física o moral)¹¹. En el primer caso, en la ignorancia, se ve afectada la potencia cognoscitiva del sujeto, que se diversifica según se refiera a aspectos fácticos o de sentido (conocer y saber, respectivamente). Y en el segundo caso, el de la violencia, se ve afectada

⁸ En la medida en que el *error* presupone conocimiento sobre el que se yerra, mientras que la *ignorancia* encierra ausencia de conocimiento: cfr. FERRATER MORA, J., *Diccionario de Filosofía*, Ariel, Barcelona, 2009, p. 1049, *sub* «Error».

⁹ Que su gravedad sea inferior a las agresiones violentas (párr. 2) es algo que cabe discutir según los supuestos concretos, y en todo caso no obsta a su existencia. Parece claro que tanto las agresiones violentas como los casos de engaño a la víctima la *cosifican* (así, la expresión empleada por SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 25).

¹⁰ Me he referido a este panorama de agresiones provocando ignorancia en SÁNCHEZ-OSTIZ, *Víctimas e infractores, cumplidores y héroes*, pp. 23-27.

¹¹ El significado que da HUSAK, *The Ignorance of Law*, p. 150, al concepto de *acrasia* es algo diverso: en su planteamiento, no se trata tanto de debilidad de la voluntad cuanto de comportamientos en los que el sujeto, aun reconociendo tener razones morales para la acción, no se decide por tal acción concreta; se trata de un comportamiento contrario al balance de razones que nosotros mismos percibimos como suficientes (pp. 188, 215).

la potencia volitiva del sujeto, que se diversifica según se refiera a aspectos fácticos o de sentido (volición y voluntariedad, respectivamente). Esto presupone considerar al destinatario de mensajes normativos como sujeto capaz de acción si es susceptible de representarse los datos fácticos y de sentido, así como de querer unos y otros. En cambio, ese sujeto no será capaz de acción si se halla en situaciones de ignorancia o acrasia. Esta consecuencia no requiere mucha fundamentación. Es acorde con la regulación de la exención de responsabilidad penal prevista en las diversas legislaciones; a su vez, enlaza con la definición de diversas formas de delitos contra las personas, cuyas formas básicas son la agresión mediante coacción e intimidación, a las que habría que añadir la provocación de ignorancia (engaños de diversa índole); y además es concordante con figuras clásicas de exención de responsabilidad moral (*ignorantia, vis, metus*; error de tipo y de prohibición, inexigibilidad; duress, mistake of law...).

Lo más relevante de este panorama, en lo que aquí interesa, es considerar si quien obra por temor a la sanción actúa sin libertad en cuanto que le influye el miedo. No es un caso extraño, sino la situación de partida de las tesis preventivas (generales y especiales) de fundamentación de la pena, para las cuales la norma penal ha de influir en su destinatario. Lo trataremos a continuación.

III. COERCIÓN POR LA NORMA

1. Quien respeta la norma, conoce que actúa, puede saber del sentido de su actuar, y puede incluso que haga propia la norma y sus valoraciones subyacentes. Es suficiente para el Derecho con que el agente –delincuente– conozca que actúa (primer nivel: conociendo y con volición) y sepa que actúa contra la norma (segundo nivel: sabiendo y con voluntariedad). En cambio, a menudo no interesa al Derecho penal preguntarse por la conducta de quien respetó la norma, de quien no cometió homicidio, por ejemplo. La conducta de quien no mata no suele interesar al Derecho penal: a fin de cuentas, si ha respetado la norma, objetivo cumplido. Sin embargo, en tales casos, cabe preguntarse si es indiferente el motivo o razón por el que se respeta la norma, o se precisa poseer un conocimiento moral más alto. Así, por ejemplo, obrar por respeto al Derecho y no por temor a ser castigado. ¿Deja de ser libre quien obra por temor a la sanción?

2. El temor excluye la responsabilidad penal, y de hecho es lo que logran las categorías de inexigibilidad de otra conducta, miedo insuperable, estado de

necesidad exculpante, allá donde se admiten¹². Podrían verse todas ellas como manifestación de un agente que no es plenamente libre de obrar contra la norma en su caso concreto. A su vez, la capacidad de reacción del agente ante el mensaje de la norma penal es algo con lo que cuentan las tesis preventivas (prevención general o especial, deterrence...), aunque no siempre exigen esta libertad en el destinatario. En particular, no lo exige Feuerbach, defensor de la prevención general, para quien la libertad no es precisamente condición necesaria para la acción, y por tanto para el efecto de la sanción en el ciudadano racional¹³. También von Liszt, defensor de la prevención especial, dice prescindir de la libertad¹⁴.

Aunque no todas las posiciones preventivas se pronuncian sobre la libertad de acción del sujeto¹⁵, lo cierto es que se espera del destinatario la capacidad de reacción frente a la norma penal. De lo contrario, carece de sentido ha-

¹² Cfr. *supra*, II, párr. 2. Sobre la inexigibilidad de otra conducta, cfr. el supuesto paradigmático tratado por ROBLES PLANAS, R., «Caso del Leinenfänger», en *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011, pp. 111-127,

¹³ Cfr. al respecto SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, pp. 229-231, 270, 360-361. Para FEUERBACH, P.J.A., *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, I parte, Erfurt, 1799 (reimpr., Scientia, Aalen, 1966), p. VIII (r.t.): «Eben darum war ich auch hin und wieder genöthigt, Metaphysiker zu seyn. Unsre Criminalisten sprechen von der *Freiheit*, als einem Prinzip der äussern Strafbarkeit der Handlungen, und jener Begriff gehört, wie ich vollkommen überzeugt bin, blos und allein in die Moral und ist in dem Criminalrecht, sowohl wegen der Natur der Freiheit, als auch wegen der Natur der Strafe, von gar keinem Gebrauch.» Y en FEUERBACH, *Revision*, II parte, Chemnitz, 1800 (reimpr., Scientia, Aalen, 1966), cuando expone el fundamento de la punibilidad, en *Revision*, II, pp. 41-74, rechaza una vez más que la libertad sea la base y fundamento de la imputación jurídica (cfr. *Revision*, II, p. 67, en nota). No se trata de referencias aisladas, sino de uno de los argumentos básicos de su planteamiento.

¹⁴ Cfr. V. LISZT, F., «Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts», en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, II, Berlín, 1905 (reimpr., Walter de Gruyter, Berlín, 1970), pp. 75-93, 85: «Für das Strafrecht gibt es keine andere Grundlage als den Determinismus». Semejante, V. LISZT, F., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlín, Leipzig, 2.ª ed., Keip Verlag, Goldbach, 1884, pp. 137-138. Y en otro lugar afirmará que la cuestión de la libre voluntad ha de quedar, más bien, al margen de la actividad de la ciencia jurídico-penal (cfr. V. LISZT, F., «Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit», en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, II, Berlín, 1905 [reimpr., Walter de Gruyter, Berlín, 1970], pp. 214-229, 218). Cfr. también *ibidem*, II, p. 290, en donde plantea que, si la ciencia del Derecho penal consiste en estudiar el delito como producto de relaciones sociales, nada tiene que ver con la cuestión de la libertad. En otro momento afirmará que el Derecho penal cuenta con la libertad, pero ésta es entendida como mera autodeterminación por motivos, y no con la libertad en sentido metafísico: cfr. *Lehrbuch*, 2.ª ed., 1884, pp. 137-138; J. Guttentag, Berlín, 1905, p. 158.

¹⁵ Más aún, la cuestión de la libertad se considera irrelevante en el planteamiento preventivista de JAKOBS, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Walter de Gruyter, Berlín, Nueva York, 1991, § 17, Nm 23-25.

blar de prevención, sea a través de la sanción impuesta, sea a través de la norma penal. Por eso mismo, la teoría del delito acoge los casos de no responsabilidad por falta de conocimiento de la norma y de carencia de suficiente fuerza de voluntad. Son los supuestos de ignorancia del derecho (error de prohibición o sobre la antijuridicidad) y de inexigibilidad de otra conducta (o estado de necesidad exculpante), respectivamente. Con la terminología más arriba propuesta, son casos de ignorancia (de derecho) y acrasia (sin voluntariedad).

3. En la medida en que la libertad exige conocimiento y voluntad –más en concreto, conocer la norma y tener voluntariedad para seguirla¹⁶–, quien obra por temor a la sanción lleva a cabo una conducta cuya libertad es cuestionable. Ciertamente esa libertad es suficiente en los términos exigidos en Derecho penal. Es más, si por los motivos del agente el Derecho penal negara la libertad del ciudadano que obra conforme a la norma, con más motivo debería negar la del delincuente. Sin embargo, en términos de libertad en sentido moral ese obrar es insuficiente: quien obra por temor a la sanción actúa con volición y con voluntariedad suficientes aunque quizá condicionada por un factor que cualitativamente afecta a la acción. Obrar por temor a la sanción no es actuar por uno más de los posibles motivos imaginables. A fin de cuentas, obrar es actuar por motivos, entre los que se cuenta el de hacerlo por temor al castigo. No se trata, sin embargo, de un motivo más entre los imaginables. A mi modo de ver, quien obra por temor a la sanción que la norma expresa actúa con libertad, pero solo en un sentido relativamente pobre. Su situación es distinta a la de quien obra por respeto a la norma, al valor que esta representa, al bien jurídico... Afirmar que el delincuente que se decide a infringir la norma no obraría libremente no excluye que se trate de un abuso de la libertad, motivo suficiente para hacerle responsable penalmente. En realidad, su obrar no es un obrar moral pleno. Eso no impide, sin embargo, que se le pueda sancionar, sino que se le sanciona por ese mal uso de la libertad¹⁷. Y tampoco el de quien

¹⁶ Además de la libertad básica (obrar con conocimiento y con volición): cfr. *supra*, II, párr. 4.

¹⁷ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *La libertad del Derecho penal y otros estudios sobre la doctrina de la imputación*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 206-207, en donde expuse cómo el delincuente que obra contra la norma jurídico-penal sabiendo y con voluntariedad no obraría, a pesar de todo, con libertad. Solo obraría con voluntariedad plena el agente que se comprometa por el bien percibido como tal, por lo que el delincuente no obraría libremente, en cuanto que opta por cometer el delito por la razón que sea (cualquiera, pero no parece que sea por percibir el bien como tal, sino por odio, venganza, avaricia, placer..., o incluso «por hacer justicia»). En consecuencia, aun ejerciendo su libertad básica (antropológica) y obrando con volición, carecería de esa voluntariedad que es el requisito del pleno libre albedrío. Sin embargo, esto no impide el recurso al Derecho

tiene temor a la pena sería un obrar moral en sentido pleno. Esto no significa que sea indiferente o que haya que disuadir a los destinatarios de la norma de seguirla por dicho motivo. El Derecho penal no tiene por función lograr comportamientos plenos en sentido moral. Su tarea llega hasta donde se puedan proteger los aspectos esenciales de la vida social sin causar un mal superior al que se trata de prevenir. Según entiendo, el comportamiento moral pleno se da cuando el agente hace suyo como motivo de la acción, el valor o el bien que la norma encarna. No es preciso que el destinatario de la norma deba llegar a identificarse con el motivo que buscaba el legislador, pues tampoco esto representará siempre un valor moral. Sostengo solo que el obrar moral pleno consiste en proponerse como motivo de la acción el del bien o el valor que la norma protege.

4. Esto no significa que sea indiferente obrar por temor a la sanción y obrar por respeto al bien o al valor. Con el fin de discriminar las situaciones de miedo (excluyente de la responsabilidad penal) frente a la de obrar por temor a la pena, es preciso antes contar con un concepto que recoja ambos contenidos. A su vez, este concepto de obrar por temor a la pena, aunque afecta a la voluntad, debería expresar también los aspectos cognoscitivos que venimos exigiendo para la acción humana (cfr. *supra*, II), además de los volitivos. En concreto, sostengo que el agente que obra por temor a la pena se vería influenciado por la *coerción*. Esta no llega a impedir la imputación propia del Derecho penal¹⁸, pero sí afecta a la imputación en sentido moral pleno. Quien obra por temor a la pena, actúa y lo hace con sentido, pero este no es el de respeto del bien o valor que la norma representa, sino el evitar para sí el mal de la sanción. Eso

penal, porque se da la libertad básica, innata, que es la de carácter antropológico y de la volición: la libertad existiría ya con la libertad básica o antropológica, y con el ejercicio de la volición; y no necesariamente en la faceta de libertad adquirida. Con esta base de libertad innata se daría ya el mínimo de intervención personal para poder imputar en Derecho penal; lo cual significaría que no se precisa la libertad (plena) para la culpabilidad. Así, a pesar de que no exista la voluntariedad en sentido pleno, se atribuiría con base en un mal uso de la libertad, por un actuar al margen de lo que el agente debía realizar. Lo cual explica que el juicio de culpabilidad dirija un *reproche* al agente por la conducta antijurídica. Esta visión significa que la culpabilidad no se basa propiamente en la libertad moral plena, si por esta se entiende algo pleno y perfecto (como si tras tanto tiempo planteándonos el «poder actuar de otro modo», resultase que la cuestión no estaba ahí). Lo que sin duda se basa en la libertad es el Derecho, «lo moral». En cambio, en sede de culpabilidad penal la cuestión es otra: la de ese mal uso de la libertad.

¹⁸ La cual requiere tanto imputación de primer nivel o *imputatio facti*, como imputación de segundo nivel, o *imputatio iuris*, en terminología que ha generalizado HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 27-39.

es obrar por coerción: presupone que se actúa con volición y voluntariedad, pero también que esta última incorpora el temor a la pena como motivo del obrar¹⁹. La libertad del agente, en sentido moral, no llega a ser plena, porque se mueve por un motivo insuficiente. Y eso, porque su motivo no es el valor que la norma protege, o porque no se decide por el bien captado como tal. La decisión por otros motivos no hace desaparecer la libertad suficiente para que el Derecho, y el Derecho penal en concreto, intervengan, pero sí afecta al obrar en sentido moral pleno.

5. Si el obrar moral pleno exige actuar por el valor que la norma representa, ¿cómo denominarlo? El actuar de quien no obra por coerción podría denominarse como obrar *por convicción*. Tanto la coerción como la convicción hacen referencia a la faceta voluntativa del agente. Y del mismo modo que más arriba hemos exigido una faceta cognoscitiva correspondiente a la faceta volitiva, puesto que la voluntad no opera sobre la nada, sino respecto a objetos conocidos, se podría apelar aquí también a una de carácter cognoscitivo. En efecto, este aspecto voluntativo que ha sido mencionado (motivo de la acción y obrar, no por coerción, sino por el bien) debería venir acompañado y precedido de un aspecto cognoscitivo. Así, pienso que se podría sostener que quien hace del respeto al bien que la norma representa el motivo de su obrar estaría actuando *a conciencia*. Obrar a conciencia significaría en este contexto representarse el bien o el valor que la norma tutela como motivo posible por el que actuar. Actuar a conciencia y por convicción no serían sinónimos, sino expresión de los dos aspectos (cognoscitivo y volitivo, respectivamente) del obrar moral pleno²⁰. Serían los

¹⁹ La etimología de *coercitio* (represión, derecho coercitivo, poder coercitivo, castigo, pena, multa), remite al verbo *coerceo*, entre cuyos significados está el de reprimir, castigar, corregir, forzar, obligar (cfr. SEGURA MUNGUÍA, S., *Diccionario etimológico latino-español*, Anaya, Madrid, 1985, *passim*).

²⁰ Este planteamiento aconseja preguntarse si ambas categorías –de obrar a conciencia y obrar por convicción– constituyen un tercer nivel de la imputación, más allá del de la culpabilidad (que opera en el segundo nivel). Pienso que no es así. «Obrar a conciencia» y «obrar por convicción» no conforman un tercer nivel de imputación sobreañadido a *imputatio facti e imputatio iuris*. Se trata más bien de los específicos contenidos del saber y la voluntariedad para los casos de quien obra respetando la norma y de quien obra más allá de esta. Para los comportamientos ajustados a lo debido, y para los de carácter supererogatorio, por tanto. Dicho de otra manera, estamos ante el contenido de la imputación de segundo nivel en la acción conforme a la norma (ajustados) y en la que va más allá de la norma (supererogatorios). En definitiva, no constituye un tercer nivel de imputación, para la de carácter moral, sino lo propio del obrar que no infringe la norma sino que la cumple (y que por tanto no merece nada), y del obrar que va más allá de la norma (y que sí merece por tanto alabanza).

contenidos específicos del saber y la voluntariedad cuando se trata de un juicio de imputación de carácter moral²¹.

A su vez, del mismo modo que la libertad desaparece en casos de ignorancia y acrasia, en ambos niveles de imputación, cabe un espacio para identificar los casos de carencia de la representación moral plena –o *por necesidad*–, y de carencia de voluntad moral plena –o *por coerción*–. Así, obrar neciamente o por necesidad²² significa que el sujeto de la acción carece entonces de la representación del sentido del bien de la acción que emprende o que está llevando a cabo. Y obrar por coerción, que el sujeto obra por temor a la sanción, o por un motivo diverso que el que hace su obrar pleno. En definitiva, necesidad y coerción (*rectius*: obrar a necias, neciamente o por necesidad; y obrar por coerción) excluirían respectivamente el obrar a conciencia y por convicción.

Entendida así la «libertad» del agente que obra por temor a la sanción (libertad suficiente para el Derecho, pero no más allá de este), y diferenciándolo de quien respeta la norma por convicción (libertad en sentido moral pleno), nos queda por analizar si, en la conducta de quien va más allá de la norma, exigimos que obre «rectamente» y no por afán de lograr la recompensa o premio. Estos serían el correspondiente de la sanción en la conducta de quien respeta la norma. Si para este exigimos que obre por el bien que la norma representa, ¿es preciso que el agente de la conducta supererogatoria se mueva también sólo por el bien, o admitimos que pueda obrar por la recompensa? Es el objeto de siguiente epígrafe.

IV. MÁS ALLÁ DE LA NORMA

1. Para poder afirmar del obrar moral que es pleno se precisa tanto conocimiento como voluntad, y además cada uno de ellos en un doble sentido: conocer y saber, más volición y voluntariedad. Los segundos –saber y voluntariedad– en el caso del obrar moral pleno consisten en actuar a conciencia

²¹ En la imputación de segundo nivel o *imputatio iuris* (en paralelo pues a los juicios de la *imputatio iuris*). Cfr. *supra*, nota 16.

²² La etimología de necesidad (cfr. SEGURA MUNGUÍA, *Diccionario etimológico latino-español, passim*) se halla en el verbo *nescio* (no saber, ignorar), de donde proviene *nesciencia* (ignorancia) y *nescius* (necio, el que no sabe, ignorante). Al no emplearse en Derecho (en Derecho penal al menos), podría servir para designar la situación del obrar moral imperfecto, o por motivos de temor a la sanción.

y por convicción, respectivamente. Esta exigencia nos lleva a plantearnos si, para poder hablar de un obrar moral pleno en quien va más allá de la norma –esto es, en las acciones supererogatorias– ha de obrarse a conciencia y por convicción. Con otras palabras: que, si el actuar *por temor* a la sanción invalida el obrar moral pleno, qué sucede si se actúa *por afán* de lograr una recompensa o un premio. Ciertamente, habría que admitir que las mismas razones que se dan en los casos de coerción para dudar del obrar moral pleno concurrirían en los de quien busca la recompensa, el premio, o cualquier otro motivo semejante.

2. Cumplir la norma e ir más allá de esta se asemejan en que en ambos casos el estándar de conducta ha sido observado o respetado (no se mata, se socorre...); sin embargo, cuando se va más allá de lo exigido (se socorre a alguien aun arriesgando la propia vida), no solo se ve respetada la norma, sino que se «rebasa». En el primer caso, cuando obramos respetando las normas, no merecemos reproche ni alabanza; sin embargo, sí procede la alabanza cuando nuestro obrar va más allá de lo exigido con carácter general. ¿Se ve condicionada la alabanza a que el agente obre a conciencia y por convicción?

3. Entiendo que en ambos casos el obrar del agente plantea algunos aspectos de interés. Por una parte, quien obra respetando la norma, quien se mantiene dentro de la legalidad, por así decir, actúa, y actúa en términos jurídicos: que no proceda el reproche (¡no es culpable de nada!) ni la alabanza (a fin de cuentas, ¡hizo lo que debía!), no quita que su actuar ofrezca un aspecto de interés. Aunque al Derecho no concierna indagar las razones o los motivos del actuar²³, sí interesan a la Moral. En estos supuestos, en términos de Moral, del actuar moral pleno, sí podemos distinguir si el agente obra a conciencia y por convicción, de aquellos en los que actúa movido por razones espurias. En términos jurídicos, en ambos casos lo que interesa es que se ha cumplido la norma, pero en términos morales no podremos decir que se trata de un obrar pleno si el agente no obra a sabiendas y por convicción. Por otra parte, en el

²³ Podría replicarse que el legislador en ocasiones prevé tomar en cuenta dichos motivos (así, en elementos subjetivos del estilo «obrar para...», «con la finalidad de...»: por ejemplo, entre otros muchos, en los arts. 172 bis.2; 197 ter; 221.1; 257.2; 264 ter; 270.5; 576.1), de manera que también la motivación del agente entra en las valoraciones jurídicas. Pero en puridad no se trata de estos motivos de culpabilidad, sino de elementos subjetivos del injusto presentes en la definición legal de la conducta delictiva. Estos elementos subjetivos del injusto, bien conocidos en la doctrina jurídico-penal, no se identifican con las motivaciones de las que ahora tratamos. Sobre el tema, cfr. por todos, PERALTA, J., *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, *passim*.

supuesto de los comportamientos supererogatorios tampoco corresponde al Derecho indagar las razones de la acción heroica (puede tratarse de un cazarecompensas, como también del héroe que se arriesga convencido de buscar el bien de los otros), pero en términos morales solo podremos afirmar que el agente obra meritoriamente si la conducta que va más allá de la norma se ha llevado a cabo a conciencia y por convicción. En definitiva, *obrar a conciencia y por convicción* serían las formas en que se concreta el *saber* y la *voluntariedad* tanto en los comportamientos *ajustados* a la norma como en los *supererogatorios*.²⁴

4. Llegados a este punto, conviene diferenciar tres situaciones de una acción respecto de la norma que la rige. En el caso, i) del obrar conforme a la norma, o conductas «ajustadas» a la norma, el saber y la voluntariedad que el Derecho requiere (el actuar jurídico) no aspira a indagar los motivos del actuar, mientras que la Moral, sí. Por eso, en términos jurídicos, no importa indagar los motivos del agente para respetar la norma. Sí interesa en términos morales, de obrar en sentido pleno, para lo cual se requiere actuar a sabiendas del sentido de bien que encierra la acción, y por convicción respecto a dicho bien. En sentido negativo, ello no será posible cuando el agente obra neciamente (o por necesidad o «a necias»), o cuando se guía por coerción. Así, cuando no se plantea que está observando la norma; esto es, cuando no se representa más que estar «cumpliendo la ley» y no ve más allá.

En el caso, ii) del obrar contra la norma, las conductas «injustas», el Derecho requiere para atribuir responsabilidad al agente culpable obrar con saber y voluntariedad, sin más contenido que saber del significado de la acción como contrario a la norma y a pesar de todo no interrumpir con la voluntad el curso de acción que sigue. Esto es suficiente para el juicio de reproche, propio de la culpabilidad. Tampoco aquí aspira el Derecho a indagar los motivos del actuar. Le basta con el saber y la voluntariedad en sentido básico, mínimo o suficiente de saber del sentido antijurídico de la conducta y no impedirlo. En términos negativos, ello no es posible cuando el agente se halla en situación de ignorancia (de Derecho) o acrasia (sin voluntariedad suficiente).

Y en el caso, iii) de los comportamientos supererogatorios, o «más allá de la norma», basta en términos jurídicos con obrar sabiendo y con voluntariedad referidos a la conducta que rebasa la norma. Como reverso de quien obra contra la norma, ahora basta representarse que se rebasa esta y actuar en consecuencia, sin necesidad de indagar cuáles sean los motivos de su actuar.

²⁴ Cfr. *supra*, nota 20.

Pero en términos de obrar moral pleno, esto es, en Moral, se precisa que ha de obrar a conciencia y por convicción. Lo cual incluye que ha de obrar sabiendo que salva un bien sin estar obligado a ello, y que lo hace por el bien que la norma representa, y no por motivos espurios. Lo cual se daría si el agente desconoce el sentido heroico de su actuar²⁵, o se deje guiar por un motivo distinto del respeto y búsqueda del bien (caso del caza-recompensas, por ejemplo, o el de quien busca «ser noticia»). Que en Derecho no interesen los motivos de la acción no significa que carezcan de importancia en la Moral. Para esta última sí interesa tener en cuenta si obró a conciencia (y no por necesidad) y por convicción (y no por coerción)²⁶. Por tanto, que en Derecho merezca premio o alabanza (como reverso del reproche de la culpabilidad), no implica necesariamente que se trate de una «buena persona» en términos morales. Así, el caso del caza-recompensas que arriesga su vida y realiza lo que nadie, pero todo para obtener el premio.

V. FINAL

1. La acción humana exige conocimiento y voluntad (libertad). El conocimiento se diversifica en tres niveles: conocer, saber y «obrar a conciencia»; la voluntad, en volición, voluntariedad y «obrar por convicción». Estos conceptos se excluyen cuando concurren, respectivamente: i) error de hecho, ii) error de derecho y iii) «obrar por necesidad», para a) los casos de conocimiento, todos los cuales podrían englobarse bajo el término común de *ignorancia*. Y b) para los casos de voluntad, englobables todos ellos bajo el término de *acrasia*, se incluyen, respectivamente: i) coacción, ii) intimidación (o amenaza), y iii) coerción.

²⁵ Por tanto, es posible hablar de casos de «error» en los comportamientos supererogatorios. Así, i) cuando el agente no se percató de que su conducta excede de lo debido, en cuyo caso se trataría de un error directo, y no merecería alabanza (aunque al tratarse de mérito y no demérito que conduzca a la sanción, los baremos del error así como de la vencibilidad de este serán menos estrictos –o distintos– que el error sobre la antijuridicidad que se analiza en sede de culpabilidad); y también ii) cuando el agente suponga erróneamente estar haciendo de más, y en realidad cumple con lo previsto en la norma, en cuyo caso se trataría de una situación semejante al error inverso (y que no sería en puridad un comportamiento supererogatorio).

²⁶ Entiéndase: quien obra por temor a la pena obra por coerción; y en paralelo, el que obra por afán de alcanzar el premio obraría «por coerción» en cuanto le mueve un fin que no es el del bien en cuanto tal.

2. Esta dimensión de la acción humana es coherente con el reconocimiento de las fuentes de responsabilidad en Derecho penal por la acción culpable, como también con las acciones ajustadas a la norma y las supererogatorias.

3. Esta concepción de la acción supone que la libertad con la que opera el Derecho no agota toda la realidad del concepto. Admite todavía un concepto de libertad moral, que resulta más completo. Lo cual no supone que el Derecho penal haya de renunciar a la idea de libertad; supone más bien conformarse con aquellos aspectos del concepto que son no solo necesarios, sino sobre todo posibles y viables. El Derecho penal no ha de renunciar a la idea de libertad. Pero la libertad es algo más que optar sin coacción y sin intimidación. La libertad del obrar moral se da en plenitud cuando al actuar con *volición* y *voluntariedad* (o dicho de otra forma: sin coacción ni intimidación) se une el obrar *por convicción* (sin coerción). Que obrar por convicción y a conciencia sea lo propio del obrar moral pleno no significa que el obrar del Derecho penal prescinda o carezca de libertad. Para hacer responsable a alguien en Derecho penal basta algo menos, pues nos conformamos con la voluntariedad; incluso en ocasiones es suficiente con la volición, como ya hacemos para las medidas de seguridad.

4. Que tengamos en cuenta esta dimensión moral más completa del actuar humano no significa abogar por suprimir las barreras entre Derecho y Moral. Pienso que sigue siendo válido diferenciar ambos sectores de la acción humana. Pero a la vez resulta conveniente tener en cuenta esa presencia, cuanto menos latente, del actuar moral en el que se inserta el Derecho penal y su teoría del delito.

VI. LISTA DE REFERENCIAS

- COCA VILA, I., «La colisión ‘deficitaria’ de deberes. Consideraciones sobre la exclusión del injusto en ejecución de actos de salvamento supererogatorios», en *Letra: Derecho penal*, año IV, n.º 6, pp. 52-84.
- CHIAO, V., «Acts and *Actus Reus*», en *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2014, pp. 461-462.
- DUFF, A., «Virtue, Vice and the Criminal Law – A Response to Huigens and Yankah», en *Law, Virtue and Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2012.
- FERRATER MORA, J., *Diccionario de Filosofía*, Ariel, Barcelona, 2009, p. 1049, sub «Error».
- FEUERBACH, P.J.A., *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, I parte, Erfurt, 1799 (reimpr., Scientia, Aalen, 1966); II parte, Chemnitz, 1800 (reimpr., Scientia, Aalen, 1966).

- GIMBERNAT ORDEIG, E., «El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad» (orig., 1974), en *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 218-230.
- HUSAK, D., *The Ignorance of Law. A Philosophical Inquiry*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- HRUSCHKA, J., *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.
- JAKOBS, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Walter de Gruyter, Berlín, Nueva York, 1991.
- LISZT, F., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlín, Leipzig, 2.ª ed., Keip Verlag, Goldbach, 1884; 14./15.ª ed., J. Guttentag, Berlín, 1905.
- «Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts», en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, II, Berlín, 1905 (reimpr., Walter de Gruyter, Berlín, 1970), pp. 75-93.
- «Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit», en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, II, Berlín, 1905 (reimpr., Walter de Gruyter, Berlín, 1970), pp. 214-229.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., Reppertor, Barcelona, 2015.
- PERALTA, J., *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- ROBLES PLANAS, R., «Caso del Leinenfänger», en *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011, pp. 111-127.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P., «Los delitos de encubrimiento como medio de garantía de las normas penales. Una propuesta de interpretación», en *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 837-852.
- *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, BdeF, Montevideo, Buenos Aires, 2008.
- «Imputación e incumbencias en Derecho penal», *Política Criminal*, vol. 12, núm. 24 (diciembre 2017), pp. 1211-1227.
- *La libertad del Derecho penal y otros estudios sobre la doctrina de la imputación*, Atelier, Barcelona, 2014.
- *Víctimas e infractores, cumplidores y héroes. La culpabilidad en clave de imputación*, BdeF, Buenos Aires, Montevideo, 2018.
- SEGURA MUNGUÍA, S., *Diccionario etimológico latino-español*, Anaya, Madrid, 1985.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M.ª, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018.
- WRIGHT, G.H., *La diversidad de lo bueno* (orig., 1963; trad., González Lagier/Roca), Marcial Pons, Madrid, 2010.
- YAFFE, G., «Is Akrasia Necessary for Culpability? On Douglas Husak's Ignorance of Law», *Criminal Law and Philosophy* (2018), 12:342-349.