

**LIBERTAD DE CONCIENCIA Y RESPONSABILIDAD PENAL:
RELEVANCIA DE LOS MOTIVOS DE CONCIENCIA EN LA
VALORACIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD Y LA
CULPABILIDAD.**

Josep M^a TAMARIT SUMALLA

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Lleida

SUMARIO:

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

II. RELEVANCIA EN EL ÁMBITO DE LA ANTIJURIDICIDAD

III. LA CULPABILIDAD DEL DELINCUENTE POR CONCIENCIA

1. Imputabilidad. 2. Error de prohibición. 3. Exigibilidad. 4. La eximente de alteración de la percepción como solución aplicable a los supuestos de aislamiento cultural.

IV. CONDICIONES PARA LA PROCEDENCIA DE UNA ATENUACIÓN DE LA PENA FUNDADA EN UNA DISMINUCIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LOS CASOS DE CONFLICTO DE CONCIENCIA

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La doctrina penal española está acometiendo en los últimos años la elaboración de una teoría sobre la relevancia de la ofensa típica a bienes jurídicamente protegidos motivada por razones vinculadas a la conciencia del agente. Diversas publicaciones vienen incidiendo recientemente en una problemática que, contrariamente a lo sucedido en la doctrina alemana, a cuya evolución nos referiremos posteriormente, había recibido poca atención hasta hace bien pocos años¹. De modo paralelo a esta ingente

¹ Vid. mi monografía "La libertad ideológica en el Derecho Penal", Barcelona 1989, así como "La objeción de conciencia en el Derecho Penal", CJ, 1994, núm. 22. Vid.

producción doctrinal, la jurisprudencia ha ido aportando un valioso material para el análisis. Una referencia al mismo nos permitirá de entrada conocer el estado de la cuestión en lo tocante al Derecho vigente *in action* y proceder a una clasificación inicial de grupos de casos, así como a una delimitación del ámbito de nuestro estudio, a fin de poder distinguir adecuadamente los supuestos para los que resulta viable una teoría con pretensiones de generalizar los criterios de solución.

Muchas de las situaciones que en mayor medida llegan a los Tribunales tienen que ver con comportamientos protagonizados por testigos de Jehová, ya consistan éstos en la negativa al cumplimiento de deberes que llevan asociada una sanción penal en caso de incumplimiento o en actitudes de las que se deriva la lesión o puesta en peligro de bienes jurídico-penalmente protegidos, ya sean de titularidad propia o de terceros. En los primeros casos, nos encontramos ante auténticas conductas de objeción de conciencia, expresión que no resulta adecuada para referirnos a los supuestos que, pese a estar en juego la libertad de conciencia, ésta se plantea en términos de un conflicto intrapersonal². El enfoque de estas últimas situaciones deberá abordarse con arreglo a otros criterios, como se verá.

Un primer grupo de casos es el de los testigos de Jehová que incurren en delito electoral a causa de la negativa a formar parte de una mesa electoral. Tras un primer y aislado pronunciamiento en el que el Tribunal Supremo optó por la absolución por falta de dolo (así, en la STS 30-1-1979), se ha impuesto la solución contraria³. Así, en las STS de 30-12-1992, 30-3-1993 y 6-10-1997 se rechaza toda relevancia eximente o siquiera atenuante al móvil de conciencia. Entre los argumentos manejados,

además, GOMEZ BENITEZ, “Ley y conciencia”, Madrid 1993; PEREZ DEL VALLE, C., “Conciencia y Derecho penal”, Granada 1994; LANDROVE DÍAZ, G., “La represión de los insumisos”, Barcelona 1995; BAUCCELLS LLADÓS, J., “La delincuencia por convicción”, Valencia 2000; FLORES MENDOZA, F., “La objeción de conciencia en Derecho penal”, Granada 2001; MUÑOZ CONDE, F., “La objeción de conciencia en Derecho penal”, en “Política criminal y nuevo Derecho penal – Libro homenaje a Claus Roxin”, Barcelona 1997.

Respecto a la doctrina alemana, nos referimos posteriormente al debate clásico sobre la actuación por convicción y la actuación por conciencia. Vid. a propósito del estado actual de la cuestión, BÖSE, M., “Die Glaubens- und Gewissensfreiheit im Rahmen der Stragesetze (insbesondere & 34 StGB)”, ZStW n° 113, 2001, p. 40 ss.

² Efectúa esta distinción FLORES MENDOZA, ob. Cit., p. 255.

³ Vid. con mayor detalle sobre la misma, con comentario crítico, mi trabajo “La objeción de conciencia en el Derecho Penal”, cit., p. 41.

LIBERTAD DE CONCIENCIA Y RESPONSABILIDAD PENAL

se afirma que el único supuesto de objeción de conciencia admitido por el Ordenamiento Jurídico es el relativo al servicio militar. Tan sólo en la STS 18-10-1994 se admite la posibilidad de una atenuación de la pena.

Un segundo grupo de supuestos es el que afecta a comportamientos de testigos de Jehová en relación con la transfusión de sangre a terceros, que se presentan en la doble modalidad comisiva, por acción y por omisión. En la modalidad activa, el Tribunal Supremo ha castigado como autor de homicidio doloso con atenuante de obcecación (art. 20-3 CP) al marido que en un centro sanitario desconecta el catéter por el que se aplicaba la transfusión a su cónyuge, perteneciente al mismo grupo religioso, provocándole la muerte⁴. En versión omisiva, se ha adoptado idéntico criterio respecto a los padres testigos de Jehová que rechazan la práctica de una transfusión sanguínea al hijo menor de edad y, tras acudir a diversos centros sanitarios, no evitan su muerte⁵.

Los anteriores supuestos deben ser deslindados de aquellos otros en los que se plantea la posible relevancia penal del comportamiento de terceros ante la negativa de un paciente testigo de Jehová a soportar una transfusión de sangre en su propio cuerpo. En este caso el Tribunal Supremo había mantenido que no hay delito de coacciones si el médico impone coactivamente el referido tratamiento médico en caso de peligro para la vida del paciente y que incluso incurriría en responsabilidad penal a título de omisión del deber de socorro en caso que no lo hiciera⁶. Debe indicarse, sin embargo, que las STC números 120/1990 y 121/1990, ambas de 27 de junio, sobre huelga de hambre de los presos del GRAPO, al hacer bascular la decisión en torno a la situación de sujeción especial de los presos respecto a la Administración penitenciaria, dejan la cuestión de fondo abierta y dan entrada a otros desarrollos jurisprudenciales⁷.

Otro caso a considerar es el del sacerdote católico que ofrece refugio a terroristas, incurriendo en delito de colaboración con banda armada. La STS 21-6-1993 rechaza la apreciación de la causa eximente de estado de necesidad con el argumento de que no son comparables “valores sociales

⁴ Vid. STS de 27 de marzo de 1990 (RJ Ar. 2626).

⁵ Vid. STS de 27 de junio de 1997 (RJ Ar. 4987).

⁶ Así, en sendos autos de 1979 y 1983, a los que me referí críticamente en “La libertad ideológica...”, cit., p. 377-381.

⁷ Vid. comentario sobre las referidas sentencias en TAMARIT / GARCIA / RODRIGUEZ / SAPENA, “Curso de Derecho penitenciario”, Valencia 2001, p. 77-78.

de alto contenido” como los tutelados en el referido delito con “un interés de naturaleza puramente individual e intimista como es el relativo a la preservación de la conciencia del autor”. En este caso el Tribunal desestima toda posibilidad de atenuación de la pena y casa la sentencia de la Audiencia que había aplicado el estado de necesidad como eximente incompleta.

El más importante grupo de supuestos de los que se han ocupado los Tribunales es el que afecta a las conductas de insumisión, protagonizadas por los objetores de conciencia que rechazan tanto el servicio militar obligatorio como la prestación social sustitutoria. La tendencia dominante consiste en la negación de toda relevancia a las razones de conciencia, incluso como mera circunstancia atenuante. Valgan como ejemplo las STS 29-10-1997, en la que se rechaza la alegación de error de tipo, o la STS 30-6-1997, que no concede relevancia alguna a la invocación genérica a la libertad ideológica. Esta posición se encuentra asimismo muy extendida en la abundante jurisprudencia menor existente sobre el tema. No por ello dejan de ser significativas las excepciones, que fueron más habituales cuando, con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo Código Penal, el recurso a una eximente incompleta permitía una degradación de la pena que venía a ser la única vía para evitar la imposición de una pena privativa de libertad de efectivo cumplimiento. Cabe citar en tal sentido las sentencias de las Audiencias Provinciales de Sevilla (14-3-1994) y Granada (27-6-1994), que apreciaban un error vencible de prohibición, en la modalidad de la creencia errónea de estar obrando en el ejercicio de un derecho), la de la Audiencia de Santa Cruz de Tenerife de 24-6-1993, que aplicó la causa eximente incompleta de estado de necesidad, o la de la Audiencia de Madrid de 21-9-1983, que acudió a la atenuante analógica, como muy cualificada, en relación con eximente incompleta de estado de necesidad⁸. Esta última resolución esgrimió una dispersa batería de argumentos dogmáticos, como la disminución del desvalor de la acción producida por la actitud de autoprotección de la personalidad del autor, la disminución del mal causado por el delito, la menor culpabilidad, llegando a valorar incluso la sinceridad y la gallardía del objetor.

La posición contraria por parte del Tribunal Supremo a conceder efectos eximentes e incluso atenuantes a la insumisión se ha mantenido con firmeza bajo la vigencia del Código Penal de 1995. Resultan significativos

⁸ Análoga solución adoptó la Audiencia de las Islas Baleares en la sentencia de 23-2-1994 (ponente Carbonell Mateu). También se ha acudido a menudo a la circunstancia atenuante analógica, pero referida al estado pasional del actual art. 20-3 CP.

de tal actitud los más recientes pronunciamientos, producidos tras el anuncio oficial de la próxima desaparición del servicio militar obligatorio, decisión legislativa que, una vez se materialice, deberá traer consigo la destipificación de estas conductas delictivas. En las sentencias de 1 de junio y 8 de febrero de 2000, el órgano casacional advierte que la situación de provisionalidad de los artículos 527 y 604 CP no equivale a la derogación de los mismos y recuerda el necesario sometimiento del juez a la ley y la necesidad de evitar la caída en un voluntarismo judicial que se desvincule de la voluntad general expresada en la ley.

Fuera del ámbito de supuestos a los que limitamos nuestro enfoque se encuentran otra clase de comportamientos en los que el componente de fidelidad a la conciencia adquiere un carácter secundario frente a otro tipo de consideraciones. Nos referimos a la realización por parte de personas pertenecientes a minorías nacionales, religiosas o étnicas de conductas adecuadas a su cultura minoritaria pero que suponen la afectación de bienes jurídicamente protegidos, como sucede en el caso de mutilaciones sexuales practicadas sobre menores de edad o del ejercicio de violencias, privaciones de libertad o agresiones sexuales en el ámbito de las relaciones de pareja. En tales supuestos cabe plantear la existencia de problemas específicos que se encuentran en buen medida al margen del tema aquí examinado, como el déficit de integración cultural por parte de las personas que han sufrido el impacto de un proceso migratorio reciente. Ello no impide que algunas de las consideraciones que se efectuarán les sean también aplicables y que incluso en algunos casos en la realización de tales prácticas tengan una incidencia decisiva motivos religiosos o actitudes de desobediencia civil⁹, pero en general, como se verá, la situación de aislamiento cultural deberá examinarse como cuestión previa que podrá dar lugar, más allá de una mera atenuación, a una exclusión de la culpabilidad.

⁹ Tiende a afirmarse en tales casos que el Islam no impone, e incluso prohíbe, las ablaciones de clitoris de las menores realizadas por tradición, aunque conviene no olvidar las dificultades existentes para valorar el fenómeno religioso musulmán desde parámetros racionales occidentales y concretamente la existencia de corrientes islámicas que llegan a imponer las referidas prácticas.

Vid. FACCHI, A., "Mutilaciones genitales femeninas y Derecho positivo", y MIKUNDA FRANCO, "La cultura islámica y los derechos humanos", en "Derechos de las minorías en una sociedad multicultural", Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1999, p. 141 ss y 181 ss, respectivamente.

II. RELEVANCIA EN EL ÁMBITO DE LA ANTIJURIDICIDAD

Los supuestos hasta aquí expuestos constituyen una ocasión para someter a prueba el rendimiento dogmático y la trascendencia social de la antijuridicidad y la culpabilidad como conceptos esenciales en la evolución de la teoría jurídica del delito. En lo que atañe a la antijuridicidad, la tesis que vamos a sostener es que los motivos de convicción o conciencia¹⁰ no producen efectos en esta sede, sobretodo en la medida que esta categoría sistemática sea entendida como espacio valorativo “detrás de la tipicidad”. Con carácter general no cabe adoptar como parámetro de medida en el ámbito jurídico-penal una actitud de relativismo valorativo, pues la misión del Derecho Penal es la de ofrecer protección a los valores sociales fundamentales y éstos no son relativizables. Se ha afirmado que el Ordenamiento Jurídico no puede negarse a sí mismo mediante el reconocimiento de espacios de autonomía frente a la fuerza coercitiva de los mandatos normativos o la creación de oasis de impunidad. Por tales razones, no cabe acudir a la causa de justificación de ejercicio de un derecho (art. 20-7 C) con el argumento que el necesario respeto al derecho constitucional a la libertad ideológica (art. 16 CE) impide considerar contrarias a Derecho las conductas motivadas por razones de conciencia. El derecho a acomodar el comportamiento externo a las creencias o ideología profesada por el sujeto debe encontrar su límite, cuanto menos, en la vulneración de los valores básicos de la convivencia cuya tutela está encomendada al Derecho Penal (que se integraría así en el concepto de “orden público” al que alude, como límite al derecho a la libertad ideológica, el art. 16-1 CE). Además, conviene no olvidar que los deberes de obediencia a una creencia o imperativo de conciencia operan en el ámbito interno y no eximen de la sujeción al Derecho como orden heterónomo de valores.

El Tribunal Constitucional ha establecido de modo reiterado que no cabe deducir de la formulación constitucional de la libertad ideológica del art. 16-1 CE un derecho general a la objeción de conciencia, de modo que el reconocimiento en el art. 30-2 de la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio viene a ser la excepción que confirma la regla. Entiendo que esta doctrina constitucional no puede ser tan tajante como para considerar que al legislador le está vedada toda posibilidad de acordar y regular otros supuestos de objeción de conciencia distintos al previsto

¹⁰ Utilizamos de momento de modo indistinto los conceptos convicción y conciencia, que posteriormente serán delimitados en el ámbito de la culpabilidad.

expresamente en la citada norma constitucional. Lo que resulta inviable es pretender, por parte de los Tribunales, su deducción directa del contenido del art. 16-1 CE, máxime en un sector, como es el Derecho penal, en el que se trata de ofrecer protección a valores fuertes con arreglo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de mínima intervención¹¹.

En relación con el contenido del injusto de los delitos cometidos, no cabe apreciar que el móvil de conciencia dé lugar a una disminución o “minoración” del desvalor de acción, pues la incidencia de tal motivación subjetiva en nada afectaría al dolo, ni a la peligrosidad objetiva de la acción. Resulta patente que la conciencia a que nos referimos es algo distinto a la consciencia integrante del elemento cognoscitivo propio del dolo¹². Respecto a los elementos subjetivos del injusto que puedan encontrarse en el contenido del tipo debe también tenerse presente que la exigencia de un especial ánimo o tendencia subjetiva no se plantea normalmente con carácter exclusivo, sin que por ello resulte problemático admitir la coexistencia de distintos móviles no incompatibles entre sí, como sucede respecto al móvil de conciencia¹³.

¹¹ Vid. en el sentido expuesto, las STC 160/1987, que resuelve el recurso del Defensor del Pueblo contra la Ley de objeción de conciencia, y 141/2000. Esta última resolución advierte la ilegitimidad constitucional de todo intento de “alterar, con el sólo sustento de la libertad de creencias (...) la obligatoriedad misma de los mandatos legales con ocasión del ejercicio de dicha libertad, so pena de relativizarlos hasta un punto intolerable para la subsistencia del Estado democrático de Derecho del que también es principio jurídico fundamental la seguridad jurídica” (FJ 4). Debe advertirse, sin embargo, que una cosa es limitarse a lo hasta aquí recogido y otra bien distinta pretender, en un salto argumental no fundamentado en razones que no sean de mera ubicación formal en el texto constitucional, que la objeción de conciencia reconocida en el art. 30-2 CE constituye una suerte de “derecho constitucional autónomo”, de carácter no fundamental y no derivado directamente del art. 16-1 CE.

¹² La proximidad e incluso coincidencia lingüística puede haber favorecido en algún caso la confusión, aunque no cabe duda que se trata de cosas distintas, que se corresponden con las expresiones alemanas “Gewissen” (conciencia en sentido ético) y “Bewusstsein” (consciencia o, según acepción recogida por el Diccionario de la Real Academia española, conciencia en sentido psicológico).

¹³ Sostiene la existencia de una “minoración” del disvalor de acción y del disvalor de resultado, con efectos a resolver conforme a la categoría dogmática de la responsabilidad por el hecho, PEREZ DEL VALLE, “Conciencia y Derecho Penal”, cit., p. 310. Vid. recientemente del mismo autor “La discusión actual sobre la delincuencia por convicción”, en CPC 2000, núm. 71, p. 373, quien polemiza con las aportaciones de BAUCCELLS (vid. Supra nota 1) y se ratifica en su pretensión de

En lo que concierne al desvalor de resultado la cuestión puede tornarse algo más compleja. Si, asumida una posición favorable a entender el injusto como magnitud graduable, tomamos como parámetro de medida el grado de afectación al bien jurídico, cabría fijar la atención en los delitos de omisión pura contra bienes jurídicos supraindividuales como la defensa nacional o el correcto desarrollo del proceso electoral¹⁴, respecto a los cuales podría aventurarse la hipótesis de una menor lesividad derivada de la *fungibilidad* de la persona obligada, de modo que la posibilidad de sustitución de ésta por otra en quien no concurren especiales escrúpulos de conciencia ante el cumplimiento del concreto deber de concurrir a la formación de una mesa electoral o a cumplir el servicio o prestación exigida reduciría considerablemente el peligro para el bien jurídico. Entiendo sin embargo que tal clase de valoraciones, que se apoyarían en una visión muy parcial y desenfocada del sentido del bien jurídico en esta clase de delitos de omisión, no tienen cabida en el ámbito del juicio “autónomo” de antijuridicidad si no han sido ya acometidas con carácter previo por el legislador a la hora de proceder a la delimitación del injusto típico. No resulta por ello defendible la relevancia de la motivación de conciencia en la conformación de la antijuridicidad material del hecho si no es por la vía de las causas, previstas legalmente, de exención del deber, en sede de tipicidad.

La otra vía argumental por la cual cabría plantear la incidencia de la conciencia en el injusto es la colisión de intereses, pues, así como los valores a proteger penalmente surgen, según se ha dicho, como esencialmente no relativizables, cabe sin embargo entender que son, en su caso, ponderables. Pero también nos encontramos aquí ante un camino plagado de obstáculos difícilmente superables. La ponderación de intereses no puede establecerse entre el bien jurídico protegido y el valor “tolerancia hacia las minorías”, lo cual llevaría a contradicciones insalvables, dado que la tolerancia encuentra su límite precisamente en el respeto a las normas básicas de convivencia¹⁵. Tampoco cabe acudir a la variante del conflicto

abordar los casos problemáticos en sede de responsabilidad por el hecho basada en una disminución de lo ilícito y atendiendo a la idea de conflicto de deberes.

¹⁴ Cabría añadir el correcto funcionamiento de la Administración de justicia en relación con los supuestos de negativa a formar parte del Jurado, según lo han planteado LLABRES / TOMÁS-VALIENTE, “La responsabilidad penal del miembro del Jurado”, Barcelona 1998, p. 71-72.

¹⁵ Sobre estas cuestiones, de sumo interés SARTORI, G., “La sociedad multiétnica”, Madrid 2001, p. 41 ss, quien establece que tolerancia no equivale a relativismo y que la elasticidad, como propiedad del concepto de tolerancia, encuentra una serie de límites

de deberes, que tendría su encaje legal en la eximente de estado de necesidad del art. 20-5 CP (o, según un sector doctrinal, en la de ejercicio de un deber del art. 20-7 CP), pues se trataría de un conflicto entre un deber jurídico y uno de carácter moral (precisamente por ello calificado a menudo como conflicto “impropio” o “interno”), entre los que no se produce una incompatibilidad sustancial¹⁶.

No se nos oculta que la tajante posición aquí defendida, en lo que concierne a la antijuridicidad, puede ocasionar cierta incomodidad si se piensa en el Derecho Penal positivo vigente, que no siempre resulta fiel a su teórica misión de exclusiva protección subsidiaria de los valores fundamentales y de las condiciones básicas de la convivencia. Pero debe insistirse en que el sistema, basado en la separación de poderes y en la sujeción del Juez a la ley, no ofrece a éste un margen de maniobra para configurar autónomamente la antijuridicidad, quedando en todo caso las consideraciones relativas a las condiciones personales del sujeto responsable relegadas al ámbito del juicio de culpabilidad¹⁷. Ello no excluye que en el caso concreto puedan entrar en juego otros bienes, como podría ser el ejercicio del derecho de manifestación, que puedan dar pie en su caso a una exención incompleta, pero en tales supuestos ya no será meramente el móvil de conciencia lo que propiciará una disminución¹⁸.

Cuestión completamente distinta es la que afecta al consentimiento de la víctima, pues si es ésta quien ejerce su derecho a la libertad de conciencia debe contar con el pleno reconocimiento y protección del Ordenamiento Jurídico. Adviértase que, en coherencia con la distinción ya efectuada *ab initio*, se trata en tales casos precisamente de reclamar el respeto de la sociedad a la propia conciencia y no de imponer ésta a la

infranqueables, entre los que señala el de prohibición de causar daño (*harm principle*) y el de reciprocidad.

¹⁶ En contra, PEREZ DEL VALLE, “Conciencia y Derecho Penal”, cit., p. 167 ss y 309-310.

¹⁷ Téngase en cuenta, a mayor abundamiento, que cuando desde la teoría filosófica se sostiene la legitimidad ética de la desobediencia al Derecho (vid. sobre ello con extensión “La libertad ideológica...”, cit., p. 355 ss), ello no puede tener efectos automáticos en el ámbito de la teoría jurídica, de modo que la referida legitimidad es compatible con la necesidad de arrostrar las consecuencias legales de la desobediencia.

¹⁸ Piénsese, por ejemplo, en pequeñas coacciones con ocasión de la realización de acciones propias del ejercicio del derecho de manifestación. En tales casos no puede partirse de una concepción idealista tan radical del Derecho como para llegar a creer que este se da históricamente realizado en su plenitud.

sociedad. Es por ello que no deben suscitarse dudas respecto a la plena relevancia del consentimiento en el tratamiento médico, en los supuestos problemáticos protagonizados por los testigos de Jehová, con respecto a las conductas de terceros¹⁹.

III. LA CULPABILIDAD DEL DELINCUENTE POR CONCIENCIA

Voy a asentar el examen de esta cuestión en dos premisas básicas. La primera, la validez de la culpabilidad como espacio dogmático en que el sistema penal trata de acometer un juicio individualizado de reproche social por el hecho antijurídico cometido, juicio que se efectúa a partir de la presunción de la libertad de la persona humana como convención social fundamental. La segunda premisa radica en la necesidad de diferenciar la culpabilidad jurídica de la culpabilidad moral, evitando que la construcción teórica de aquella se deje influenciar excesivamente por la proximidad lingüística con ésta. Como se verá, tales premisas nos llevarán a sostener, como regla general, la culpabilidad jurídica del delincuente por conciencia, como sujeto que obra antijurídicamente desde la libertad. Sin embargo, para una mayor clarificación del panorama doctrinal, considero conveniente referirme previamente a las posiciones teóricas a mi juicio más ilustrativas.

De acuerdo con la sistemática de signo funcionalista de JAKOBS, la culpabilidad penal es entendida como déficit de fidelidad al Derecho, lo cual supone concebir a la persona que delinque por razones de conciencia como el paradigma de culpable²⁰. Esta referencia resulta de gran utilidad para nuestro discurso porque nos permite comprender mejor el sentido de la postura, absolutamente opuesta a la anterior, que fue defendida por RADBRUCH y desencadenó una intensa discusión doctrinal en la

¹⁹ En relación con la omisión en que pueda incurrir el personal sanitario que sea respetuoso con la negativa de los pacientes testigos de Jehová adultos a recibir transfusiones de sangre, he defendido su atipicidad, por falta del elemento típico de desamparo del art. 195 CP, al margen de la posibilidad de fundamentar idéntica conclusión a través de la cláusula de exigibilidad. Respecto al delito de cooperación al suicidio, el art. 143-2 CP 1995 ha clarificado de modo definitivo la atipicidad de toda conducta omisiva.

²⁰ JAKOBS, G., "Derecho Penal – Parte general", 2ª ed., (trad. Cuello Contreras / Serrano G. De Murillo), Madrid 1997, p. 566-567, define la culpabilidad como "infidelidad al Derecho", aunque acepta para determinados supuestos de autores en conflicto de conciencia (*Konfliktäter*) la exclusión o disminución de la culpabilidad, como "explicaciones del conflicto al margen del autor", con arreglo a una serie de requisitos muy restrictivos.

LIBERTAD DE CONCIENCIA Y RESPONSABILIDAD PENAL

Alemania en los años de la República de Weimar. Considerando la culpabilidad jurídica como tributaria de la moral, el citado autor defendió la no reprochabilidad del delincuente por convicción, frente al que proponía reaccionar con arreglo a la lógica del Derecho de guerra y no a la del Derecho criminal, con lo que se trataba el delito cometido como infracción “de caballeros” y a su autor como prisionero en vez de reo, frente al que debería reaccionarse con un arresto (*Einschliessung*) en lugar de la pena privativa de libertad convencional²¹.

En la construcción de RADBRUCH convergía la influencia del positivismo naturalista, que despertó el interés del penalista alemán por la caracterización del autor por convicción como tipo criminológico, con el relativismo jurídico que profesaba, que le llevaba a oponerse a una ética de Estado absoluta. El régimen nacionalsocialista adoptó a su manera esta solución, con la fórmula de la “custodia honesta” en caso que el autor hubiera obrado por “motivos honrosos”, con lo cual quedó desacreditada como propuesta válida en el seno de un Derecho penal democrático. Al retomarse el debate tras la Segunda Guerra mundial, se impusieron las voces críticas ante un tratamiento singularizado del autor por convicción y las opiniones que proponían vías de restricción a la aceptación de ciertos efectos en la culpabilidad o la punibilidad del hecho, como la exigencia de condiciones de proporcionalidad en relación con el delito cometido o la exclusión directa de ciertos delitos de toda posibilidad de atenuación o exención punitiva²². En este contexto se introduce, por parte de WELZEL, la distinción entre delincuencia por convicción y por conciencia, en el sentido que tan sólo respecto a la segunda cabe plantear la viabilidad de una solución diferenciada.

En el posterior debate doctrinal en Alemania se ha reconocido esta distinción efectuada por WELZEL como un punto de partida fundamental, que clarifica ya en buena medida la cuestión al descartar que el juicio de reproche pueda verse modificado por la mera razón que el hecho delictivo

²¹ Vid. RADBRUCH, G., “Der Überzeugungsverbrecher”. ZStW núm. 44, 1924, p. 34 ss. Tal era la propuesta que RADBRUCH plasmó en un Proyecto de Código Penal de 1925 y que fué objeto de un encendido debate en el *Deutscher Juristen Tag* del año 1926, en el que los defensores de la solución proyectada encontraron una firme oposición. Vid. ampliamente sobre el referido debate, PEREZ DEL VALLE (“Conciencia y Derecho penal”, cit., p. 53 ss) y BAUCELLS (ob. Cit., p. 37 ss.).

²² Vid. BAUCELLS, ob. Cit., p. 51 ss. Ello supone un paso de situar el acento en lo psicológico (el deber de conciencia o “Pflichtüberzeugung”) a situarlo en lo ético (el motivo valioso o “achtenswerter Grund”).

sea consecuencia de una convicción. La figura del delincuente por convicción se reduciría así, en su caso, a una mera categoría criminológica, sin efectos dogmáticos. Pero de la mera formulación de la referida distinción conceptual no se deduce todavía la demostración de que la motivación por conciencia incide necesariamente en la culpabilidad del sujeto. Para poder llegar a una confirmación de tal hipótesis debemos proceder al examen de los supuestos en los que quepa identificar tal dimensión subjetiva acudiendo a los tres instrumentos teóricos que, según el modo de proceder doctrinal dominante, sirven para conformar el juicio de culpabilidad, la imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad de conducta adecuada a la norma, sin olvidar que en todo caso la hipotética inculpabilidad o exculpación deberá articularse a través de los cauces legales previstos por el Derecho vigente²³. Con carácter previo debe advertirse que a los supuestos clásicos de conflicto de conciencia se añaden nuevos fenómenos que dificultan la formulación de soluciones con pretensiones de generalidad. Piénsese, según se ha indicado ya, en las conductas delictivas protagonizadas por miembros de minorías culturales o étnicas, que son también en ocasiones minorías religiosas, favorecidas por las dimensiones masivas que adquieren los procesos de inmigración, o la proliferación de actitudes antisistema menos ideologizadas que algunas posiciones políticas resistencialistas de antaño, con manifestaciones como la ocupación ilegal de inmuebles deshabitados.

1. Imputabilidad.

En lo que concierne a la imputabilidad, existen antecedentes significativos, aunque no asumibles como vía a seguir, como es el caso de la autoría por convicción como forma de trastorno mental. En esta dirección, no faltaron quienes vieron en la propuesta de RADBRUCH la posibilidad de aplicar medidas de seguridad no correctivas o formas de tratamiento psicoterapéutico frente a luchadores fanáticos y paranoicos²⁴.

²³ Caudes legales que se corresponden con las causas de exención de responsabilidad criminal previstas en el art. 20 CP (concretamente, las que tienen un fundamento culpabilístico) y en el tratamiento del error de prohibición en el art. 14-3 CP. No resulta asumible, en mi opinión, el recurso a causas supraleales de exculpación, que propone GOMEZ BENITEZ (ob. Cit.).

²⁴ Así, GAUPP, R., "Der Überzeugungsverbrecher", en *Monatschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, 1926, p. 394 ss, en un contexto histórico en el que se tendía a definiciones en clave psicológica del delincuente por convicción, definido como "fanático de la convicción" susceptible de ser identificado con "psicópatas y caracteres de predisposición esquizofrénica y afecto rígido", o de reconocerle "aspectos neuróticos" o un "cuadro histórico".

Adviértase que tal clase de discurso, que lleva a defender soluciones penales pero con pretensiones no punitivas frente a personas tenidas como no culpables, se aleja del espíritu de tolerancia que animaba las tesis de RADBRUCH. Debe advertirse que si algo puede resultar en general peligroso para la libertad de conciencia es la consideración de los discrepantes como inimputables, con el consiguiente recurso a un tratamiento resocializador para estos sujetos, cuando precisamente se ha planteado el ejemplo de los delincuentes políticos como argumento contra toda pretensión de un tratamiento penitenciario obligatorio. Precisamente en este sentido he dirigido la crítica a la aplicación por parte del Tribunal Supremo de la circunstancia atenuante de arrebató u obcecación en algunas conductas delictivas protagonizadas por Testigos de Jehová²⁵.

2. *Error de prohibición*

Un sector de la doctrina española ha defendido en los últimos años la vía del error de prohibición para fundamentar una exclusión o, en caso que el error sea de carácter vencible, una disminución de la culpabilidad²⁶. Frente a tal postura resulta necesario precisar, a mi juicio, que precisamente desde el necesario respeto a la libertad de conciencia y a la separación entre culpabilidad jurídica y culpabilidad moral no resultan aceptables planteamientos que tiendan a identificar la conciencia diferente con la conciencia errónea. Por ello, el conocimiento (potencial) de la antijuridicidad, como requisito del juicio de culpabilidad, no exige el reconocimiento o asunción interna del valor de la norma²⁷.

²⁵ Vid. “La objeción de conciencia...”, cit, y “La víctima en el Derecho Penal”, Pamplona 1998,

²⁶ Vid. en esta dirección, MUÑOZ CONDE, “El error en Derecho penal”, Valencia 1989, p. 69 ss, quien excluye de toda posibilidad de acudir al error de prohibición en los supuestos en que el autor manifieste una rebelión contra las normas o contra el ordenamiento en su conjunto; BAUCELLS LLADÓS, ob. Cit., p. 373 ss; o NIETO MARTÍN, A., “El conocimiento del Derecho – Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición”, Barcelona 1999, p. 22-23, respecto a las ablaciones de clótoris practicadas por africanos, considerando que el error de prohibición puede ofrecer un gran rendimiento en el contexto de la Europa multiracial que se avecina.

La posición de BAUCELLS ha sido contestada por PEREZ DEL VALLE, “La discusión actual...”, p. 380 ss.

²⁷ En este sentido, JAKOBS (ob. Cit., p. 668) ha señalado que el conocimiento del injusto “no queda excluido, evidentemente, porque el autor – sobre todo por íntima convicción discrepante- crea que, en un orden social tal como él considera ideal, no se da perturbación social alguna. Basta con que él conozca la importancia de la norma en

Tales escollos no pueden salvarse mediante la pretensión de examinar esta clase de error enfatizando la dimensión material de la antijuridicidad en detrimento de la formal, pues con ello no se consigue salir del círculo argumental, ya que sigue siendo válida la objeción de que el valor o bien jurídico del que emana la antijuridicidad no necesita ser asumido para poder responder penalmente por el hecho cometido. Ciertamente es que la cuestión puede aparecer más compleja si se examina desde la modalidad del error de permisión o error sobre la concurrencia de una causa de justificación, pues en este caso cabe aducir, con mayores dosis de realismo, que el sujeto podría actuar en la creencia errónea de que le asiste una justificación por el hecho de pertenecer a un grupo minoritario o de sentirse exonerado de deberes con un Estado extranjero por estar sujeto personalmente a un deber de obediencia a la propia creencia o a la correspondiente autoridad religiosa como única fuente de obligaciones. Sin descartar que eso pueda ser así en algún caso, debe advertirse que esta solución difícilmente puede ser defendida con pretensiones de cierta generalidad, pues la reiteración en la aplicación efectiva del Derecho penal tenderá a limitar las ocasiones en que quepa razonablemente la invocación del error de prohibición ante hechos que ya dejen de constituir fenómenos nuevos.

3. Exigibilidad.

La inexigibilidad de conducta adecuada a la norma, como vía de exculpación, puede derivar, en su caso, en el Derecho penal español, de la concurrencia de la eximente de estado de necesidad (en su versión exculpante de conflicto entre males iguales) y del miedo insuperable²⁸. El tratamiento jurídico-penal de los supuestos de conflicto de conciencia como casos de inexigibilidad tropieza no sólo con los límites propios de las referidas causas eximentes, sino, desde un punto de vista conceptual, de la inviabilidad de una subjetivización absoluta de la exigibilidad, como la pretendida en su día por FREUDENTHAL. Pese a que los orígenes del concepto de exigibilidad de conducta adecuada a Derecho estaban vinculados a tal *modus operandi* subjetivizador (y, por cierto, no muy

cuestión para el ordenamiento del que surge, aun cuando considere equivocado tal ordenamiento”.

²⁸ Cfr. Números 5 y 6 del art. 20 CP. Partimos, frente a lo sostenido por otros autores, de una consideración de la exigibilidad como elemento “autónomo” que opera como presupuesto de la culpabilidad, desvinculado del conocimiento de la antijuridicidad y de la imputabilidad, y sin asociarlo a otras categorías como la responsabilidad por el hecho derivada de una disminución del injusto.

alejados doctrinalmente del relativismo de RADBRUCH), hoy en día existe un amplio consenso doctrinal respecto a la necesidad de valorar la conducta del autor mediante un instrumento de signo al menos parcialmente generalizador cual es el juicio de referencia a la persona media situada en la posición del autor. Sin embargo, si se considera conveniente reivindicar la necesidad de un contrapeso individualizador a este juicio culpabilístico de signo normativo con el fin de atender a la situación desigual o extraordinaria en que se encuentra el sujeto que vive un serio conflicto de conciencia, deberá aceptarse la viabilidad de una menor exigibilidad, lo cual abre la puerta, si no a la exclusión, sí a una disminución de la culpabilidad por el hecho.

4. La eximente de alteración de la percepción como solución aplicable a los supuestos de aislamiento cultural.

Antes de concluir con el estudio de las fórmulas legales mediante las que pueda concretarse una disminución de la culpabilidad fundada en una menor exigibilidad, debemos advertir la existencia de un último recurso mediante el que resulta sostenible la existencia de situaciones de inculpabilidad, que, según hemos indicado ya, presentan perfiles ajenos en lo sustancial a la libertad de conciencia. Según he sostenido ya en otro momento, la eximente de alteración de la percepción con grave alteración de la conciencia de la realidad (art. 20-3 CP) puede ser aplicable a supuestos de aislamiento cultural en que puedan encontrarse personas que no han tenido oportunidades de adoptar valores fundamentales de la cultura de la sociedad de acogida como el respeto a la dignidad humana sin distinciones por razón de sexo o el repudio de la violencia. La referida eximente, cuyo antecedente se remonta al tratamiento jurídico –penal de los sordomudos sin instrucción, ha adquirido una nueva dimensión, de límites inciertos, a partir de la reforma penal de 1983. Algunos de sus contenidos pueden corresponderse con las situaciones planteadas (por ejemplo, en casos como las mutilaciones genitales). Así, no habría problemas para entender en clave cultural la alteración de la conciencia de la realidad o para interpretar la referencia al nacimiento o la infancia como una razonable limitación de los efectos de la exención a los casos en que es aislamiento o la diferencia cultural proviene de una inmigración o primer contacto con los valores de la sociedad de acogida en la vida adulta, que ha hecho imposible la conformación del acervo cultural. Asimismo, cabe superar mediante una adecuada interpretación teleológica, sistemática y socialmente orientada (atendiendo al mandato contenido en el art. 3 del Código Civil), la dificultad que puede suponer la referencia legal a la

percepción, en el sentido de entender el concepto como no limitado a la percepción sensorial.

Ello conduce a una valoración de estos supuestos, a diferencia de los que responden a una dinámica de puro conflicto de conciencia, en un espacio próximo a la imputabilidad, según el perfil más normativizado que adquiere según la definición de la misma, a partir del Código penal de 1995, como capacidad de comprensión de la ilicitud del hecho y de actuar conforme a tal comprensión. Pese a los peligros de asimilación de estas situaciones a las caracterizadas por un déficit personal o una anomalía, debemos tener presente que nos encontramos ante una diferencia personal, generadora de una situación desigual, en este caso en forma de déficit de integración cultural²⁹.

La distinción efectuada debe llevar, en relación con la problemática aquí examinada, a examinar los casos dudosos a partir del doble parámetro utilizado, pues cabe que se produzcan situaciones con una dimensión de motivación religiosa o de conciencia en las que concurran *además* las condiciones de aislamiento cultural examinadas, en cuyo caso cabrá reclamar la aplicabilidad de la indicada exención de responsabilidad criminal. Ello no será posible, sin embargo, cuando se trate de casos de conflicto de conciencia en sentido puro, eso es, aquellos protagonizados por personas que objetan la norma desde una posición de integración social y en consecuencia de plena accesibilidad al valor contenido en la misma, para los que quedará tan sólo, como regla general, según lo hasta aquí sostenido, la vía de una atenuación de la pena.

IV. CONDICIONES PARA LA PROCEDENCIA DE UNA ATENUACIÓN DE LA PENA FUNDADA EN UNA DISMINUCIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LOS CASOS DE CONFLICTO DE CONCIENCIA.

Llegamos finalmente al punto en el que cabe concretar propuestas operativas para otorgar relevancia atenuante a las situaciones de conflicto de conciencia. El fundamento de la atenuación puede plantearse por dos vías. Ambas permiten poner de manifiesto la inviabilidad de los automatismos en la previsión de soluciones a los casos aquí examinados. Por una parte, cabe atender a la necesaria individualización del juicio de reproche, que obliga a valorar, entre otros aspectos, el grado de esfuerzo

²⁹ Más lejana aparece en estos casos la posibilidad de acudir al constructo teórico de la exigibilidad, dado que no nos encontramos ante la situación concreta excepcional de una persona media.

del sujeto por acomodar la conducta al mandato normativo en términos de exigibilidad, así como el coste personal de la sumisión a la norma, derivado del arraigo de las creencias en la personalidad del autor. Por otra parte, cabe tomar en consideración el *valor social* del móvil, en el sentido que no puede ser irrelevante que el sujeto trate de promover intereses socialmente valiosos en el marco del orden constitucional³⁰. Planteadas las cosas en estos términos, se evita el recurso a la atenuación de la pena en supuestos de actuaciones motivadas por fanatismos de tipo terrorista o fascista. Además, de seguirse esta última vía, se impondría la necesidad de considerar la naturaleza de los bienes jurídicos afectados, pues, así como resulta aceptable plantear la relevancia de un móvil socialmente valioso en una conducta atentatoria contra la solidaridad o la defensa nacional, ello será difícilmente aceptable si lo que está en juego son bienes individuales como la vida o la integridad física o moral, pues desde una perspectiva constitucional estos bienes constituyen el fundamento esencial del orden jurídico, con lo cual la motivación será difícilmente calificable como socialmente valiosa.

Sentadas las anteriores condiciones, y situada la cuestión en todo caso en un ámbito más cercano a la inexigibilidad que a otros contenidos del juicio de culpabilidad, debe plantearse la procedencia de la atenuación fundamentalmente en los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales, aunque debe advertirse que, incluso en este terreno, ello no resultará fácil en todos los casos aquí expuestos, si se sigue la segunda de las vías sugeridas. Así, la motivación difícilmente podrá reputarse valiosa desde el punto de vista social en aquellas conductas, como la negativa a formar parte de una mesa electoral o un Jurado, en las que la actitud del objetor de conciencia en realidad exprese una objeción frontal al cumplimiento de deberes jurídicos por el hecho de serle impuestos desde el Estado o el rechazo genérico a participar en asuntos públicos. Por ello, en tales supuestos, las consideraciones a efectuar deben mantenerse especialmente en el plano político-criminal en forma de propuestas al legislador, dirigidas a replantear la conveniencia y la necesidad de la incriminación de estas conductas o, caso de persistirse en el recurso al Derecho penal frente a las mismas, a defender la oportunidad de penas privativas de derechos de

³⁰ Según JAKOBS (vid. ob. Cit., p. 699), quienes creen obrar a favor de un orden deseable, pueden ver disminuida su culpabilidad si el orden perseguido cabe valorarlo positivamente desde el punto de vista jurídico.

participación política o de obtener determinadas prestaciones públicas, en una búsqueda de proporcionalidad entre el delito y la pena³¹.

Más allá de la problemática de la fundamentación material de la atenuación para las conductas delictivas derivadas de conflictos de conciencia, debe examinarse su encaje en el Derecho positivo. El Código Penal español adolece de una circunstancia atenuante referida a la concurrencia de móviles valiosos. La supresión de la atenuante de motivos morales, altruistas o patrióticos a través de la reforma de 1983 supuso el final de un expediente legal que había sido objeto de una aplicación jurisprudencial poco afortunada que durante el franquismo había beneficiado a delincuentes adictos al régimen y sólo en escasa medida a objetores de conciencia al servicio militar³². Naturalmente la presencia en el Código de una circunstancia de este tenor conlleva una problemática considerable, especialmente si se articula en torno a conceptos como el altruismo, valor que por sí mismo no puede ser privilegiado de modo indiscriminado, pues ello llevaría a la contradicción de tener que considerar menos culpables a delincuentes de tipo terrorista con finalidades políticas que arriesgan su vida por la causa a la que sirven, que a quienes obran por motivos estrictamente personales a los que el Derecho puede llegar ofrecer un tratamiento penal más indulgente, precisamente porque le resultan más comprensibles, como sucede con los motivos pasionales (art. 20-3 CP). Pero lo que no resulta convincente es alegar los usos que regímenes autoritarios puedan hacer de esta clase de recursos legales para sostener la invalidez de los mismos en un sistema democrático, sino que la argumentación debe más bien discurrir en sentido contrario, el de reconocer que el sistema no puede dejar de conceder alguna atención a comportamientos de alguna manera guiados por valores socialmente positivos. Lo que puede atenuar no es por lo tanto el altruismo o la vinculación del móvil a un determinado código moral particular sino el valor social del móvil de acuerdo con las bases del sistema, que en el Estado de Derecho democrático establecido en la Constitución son de signo personalista.

³¹ Se trataría en este caso de una proporcionalidad hasta las últimas consecuencias, orientada a lograr una correspondencia entre la naturaleza del bien jurídico afectado y la de la pena prevista por la ley, o en todo caso tendente a evitar el recurso a penas privativas de libertad para esta clase de infracciones.

³² Así, LANROVE DIAZ, ob. cit., p. 23. Vid. en esta dirección, denunciando la tradicional aplicación desigual de la atenuante, QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO / MUÑOZ CONDE, "La reforma penal de 1983" Barcelona 1983, p. 89-90, en referencia específica a los "móviles patrióticos".

LIBERTAD DE CONCIENCIA Y RESPONSABILIDAD PENAL

Otros Ordenamientos dan muestras de una mayor sensibilidad hacia esta vía, aun cuando en algunos casos pueden percibirse los efectos de anteriores etapas no democráticas que han condicionado negativamente la aceptación de una atenuación específica. El Código Penal italiano mantiene desde el *Codice Rocco* en su art. 62 una atenuación basada en la concurrencia de *motivos de valor moral o social*. Frente a este modelo, que puede tener mayor interés para el Derecho español dada la semejanza del sistema de individualización legal de la pena y de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, está el representado por el Código alemán, caracterizado por un sistema más flexible de genérica referencia a los móviles, sin predeterminedar el efecto de los mismos, que pueden tener sentido agravatorio o atenuatorio. Con base en esta técnica legislativa, distinta por completo a la de la tradición latina, la “Grosse Commission” para la reforma del Derecho penal descartó en 1962 la introducción de una prescripción especial para el delincuente por convicción porque ya bastaba con las reglas sobre medida de la pena (*Strafzumessung*). El parágrafo 46-II del Código alemán vigente incluye, como circunstancias de las que se hace depender la medida de la pena, entre otras, “los motivos y los objetivos del autor”, que, según el criterio de la doctrina dominante, permite una atenuación de la pena del delincuente por convicción, siempre que la convicción pueda reputarse valiosa³³.

Dada la inexistencia de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal que se corresponda con las situaciones tratadas, queda tan sólo, en el Derecho vigente, el recurso de la atenuante analógica del art. 21-6 CP en relación con los artículos 21-1 y 20-7, lo cual permite ofrecer una solución razonable a aquellos supuestos en los que el conflicto de conciencia del autor produce una disminución de la culpabilidad por el hecho, en los términos aquí expuestos. La remisión, a los efectos de su aplicación analógica, a la eximente incompleta de estado de necesidad, se explica por la analogía, que no, por supuesto, identidad, entre el conflicto

³³ Vid. STREE, en SCHÖNKE / SCHROEDER, “Strafgesetzbuchkommentar”, 25ª ed., München 1997, par. 46, 15; GRIBBOHM, G., en “StGB- Leipziger Kommentar – Grosskommentar, Berlin 1995, par 46, 88; HORN, en RUDOLPHI/HORN/GÜNTHER, “SK-StGB”, Berlin 1994, par 46, 114. Los motivos y objetivos del autor (“Beweggründe und die Ziele des Täters”) es la circunstancia que mayoritariamente es aplicada en los supuestos de autoría por convicción, en vez de la que alude a “la actitud que se desprende del hecho” (“Gesinnung die aus der Tat spricht”), prevista en el mismo precepto legal. Deben tenerse en cuenta asimismo las reticencias de la jurisprudencia a la aceptación de efectos punitivos atenuantes para el autor por convicción.

de conciencia y el conflicto de deberes en sentido propio, como subespecie del estado de necesidad exculpante. Sería posible también establecer la analogía con el supuesto de estado pasional previsto en el art. 21-3 CP, aunque la explicación de la disminución de culpabilidad en términos de exigibilidad más que de imputabilidad lleva a considerar preferible la primera. En cualquier caso, no debe olvidarse que la apreciación de la atenuante exige una valoración concreta del estado de conflicto interno del autor con el fin de poder establecer la medida de la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma³⁴.

³⁴ He desarrollado esta solución en “La objeción de conciencia...”, cit., p. 42.