

Reglas de comportamiento y reglas de imputación (*)

JOACHIM HRUSCHKA

La distinción entre las reglas en atención a las cuales un hecho *prima facie* antijurídico aparece sin embargo como justificado y las reglas en atención a las cuales un hecho definitivamente antijurídico es exculpado, es de uso corriente en el continente europeo por lo menos desde las postrimerías del siglo XVIII. Ya Grotius en el año 1625 hablaba en *De Iure Belli ac Pacis* tanto de «causa justificata» como de «excusatio» (1), aunque presumiblemente sin preocuparse aún de forma especial por la diferencia entre ambos conceptos. Por el contrario, cuando Kant escribe en el año 1797 *Die Metaphysik der Sitten* (2), ya demuestra conocer con total exactitud la mencionada distinción entre justificación y exculpación. La toma de la Jurisprudencia Universal (3) que inmediatamente le precedió. A este respecto, han de ser sobre todo mencionadas dos obras de Joachim Georg

(*) Artículo publicado en: *Rechtstheorie* 22 (1991), pp. 449-460, con el título «Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln». Traducción de Francisco Baldo Lavilla, Profesor Titular de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.

(1) Cfr. HUGO GROTIUS, *De Iure Belli ac Pacis libri tres* (1625), editado por B. J. A. de Kauter-van Hettinga Tromp, Lugduni Batavorum MCMXXXIX, Lib. II, Cap. I, Parágrafo I (p. 167), sobre «causa justificata», y Lib. III, Cap. XI, Parágrafo IV, núm. 7 (p. 744), sobre «excusatio».

(2) Cfr. IMMANUEL KANT, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), reproducido en *Kant's gesammelte Schriften*, editado por la Preussische Akademie der Wissenschaften (y otras academias) = *Akademie-Ausgabe* (=AA), tomo 6, pp. 235 y ss.

(3) Cfr. sobre ello, mi artículo *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe: Das Brett des Karneades bei Gentz und bei Kant* en: GA 138 (1991), pp. 1 y ss.

Daries (4): las *Institutiones Iurisprudentiae Universalis* de 1740 y las *Observationes Iuris Naturalis, Socialis et Gentium* de 1754 (5).

Esta distinción entre reglas de justificación y reglas de exculpación se hizo posible en la Jurisprudencia Universal del siglo XVIII, debido a que los autores que se ocuparon de la problemática también conocían ya —o al menos conocieron simultáneamente— la distinción entre reglas de comportamiento y reglas de imputación. Esta última distinción, que posee con mucho mayor relevancia que la que distingue entre reglas de justificación y reglas de exculpación, vuelve hoy en día de nuevo a ser debatida en la Ciencia Jurídica; sobre todo en los Estados Unidos, donde la discusión versa actualmente sobre la diferenciación entre «conduct rules» y «decision rules» (6). Las «conduct rules» son el correlato de las reglas de comportamiento, mientras que las «decision rules» lo son de las reglas de imputación.

Las reglas de comportamiento desempeñan, por lo pronto, una función en la prospectiva —*Daries*, en conexión con sus predecesores, denomina simplemente *lex* al sistema de reglas de comportamiento—. Estas son mandatos o prohibiciones que se dirigen al sujeto sometido a la norma indicándole lo que debe hacer o dejar de hacer; o son reglas permisivas que se dirigen al sujeto sometido a la norma indicándole lo que le está permitido hacer o dejar de hacer. Dicen acaso: «¡No debes matar!», «¡No debes robar!» y «En una situación de necesidad, debes prestar primeros auxilios a tu prójimo». O, «¡En una situación de legítima defensa, te está permitido matar al agresor, si ello es necesario para rechazar la agresión!» «¡En una situación de estado de necesidad, te está permitido agredir intereses ajenos, si ello es necesario para evitar el peligro y el interés protegido es re-

(4) JOACHIM GEOR DARIES, *Institutiones Iurisprudentiae Universalis*, Ienae MDCCXXX, Introductionis ad Ius Naturae et Gentium Pars generalis, en especial, los párrafos 211 y ss., y *Observationes Iuris Naturalis, Socialis et Gentium*, Vol. II, Ienae 1754, Obs. XLII, párrafo XXI y Obs. LI.

(5) Además de a éstas, cabría referirse al maestro de *Daries*, Johann Jakob Lehmann, el cual preparó el terreno con su clara distinción entre la «imputatio prima», «secunda» y «tertia» para las distinciones de *Daries* de las que se habla *infra* en el texto. Cfr. *Samuelis Pufendorfii de Officio Hominis et Civis... Libri duo... Aduotationibus... Illustrati a Io. Jacob Lehmanno*, Ienae MDCCXXI, anotación al Lib. I, Cap. I, párrafo 17, p. 59. Por lo demás, sobre la historia, cfr. mi apéndice II. *Zur Entdeckungsgeschichte und Rezeptionsgeschichte der Unterscheidung von imputatio facti und imputatio iuris*, ZStW 96 (1984), pp. 692 y ss.

(6) MEIR DAN-COHEN, «Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law», *Harv. L. Rev.*, 97 (1984), pp. 625 y ss. *Vid.* también, GEORGE FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, Boston, Toronto 1978, pp. 491 y ss., el cual utiliza los conceptos «question of wrongdoing» y «question of attribution», para expresar la distinción, B. SHARON BYRD, «Wrongdoing and Attribution: Implications Beyond the Justification Excuse Distinction», *Wayne L. Rev.*, 33 (1987), pp. 1289 y ss., y PAUL ROBINSON, «Rules of Conduct and Principles of Adjudication», *U. Chi. L. Rev.*, 57 (1990), pp. 729 y ss.

levantemente mayor que el interés lesionado por la agresión!», etc. Como muestran estos ejemplos, las reglas de comportamiento poseen en la prospectiva una función de configuración. Su cometido reside, pues, en influir y en conformar la vida.

Las reglas de comportamiento poseen en la retrospectiva, en cambio, una función de baremo de medición. En esta función ya no son «mandatos», «prohibiciones» o reglas «permisivas» en sentido originario —esto es, dando un uso correcto a estos términos—, sino tipos delictivos o de justificación que llevan aparejada una valoración de la que resulta la antijuricidad o no antijuricidad de la conducta. Las reglas de comportamiento en su función de baremo de medición se dirigen, en consecuencia, primariamente al juzgador; el cual valora el hecho *ex post facto* en la medida dada por ellas. Este puede ser un juez designado oficialmente, un *forum externum*, mas también el propio sujeto agente que juzga su propio actuar ante el *forum internum*. A los mandatos corresponden tipos de delitos de omisión; a las prohibiciones, tipos de los delitos de comisión; y a las reglas permisivas, tipos de justificación. En vez de «¡No debes matar!», se dice entonces «¡Quién ha matado, ha actuado antijurídicamente!»; en vez de «¡Debes prestar primeros auxilios!», se dice entonces «¡Quién ha omitido prestar primeros auxilios ha actuado antijurídicamente!»; y de la referida norma de justificación sobre la legítima defensa se desprende que no actúa antijurídicamente quien mata al agresor, en caso de que ello sea necesario para rechazar la agresión.

Tanto más ha de distinguirse entre la función configurativa y la de baremo de medición de las reglas de comportamiento, tanto más no conviene olvidar que ambas funciones forman un conjunto. Son como dos caras de una y la misma moneda; sin duda distintas, y, a pesar de ello, una unidad. En ocasiones nos encontramos ante la afirmación de que las reglas jurídicas, a diferencia por ejemplo de las reglas de una ética normativa, poseen ciertamente una función de baremo de medición, mas no poseen en cambio una función de configuración. Esta afirmación conduce al absurdo. Si un sistema de reglas sólo tuviera una función de configuración, y no también una función de baremo de medición, podríamos en efecto decirle en prospectiva al virtual agente lo que ha de hacer y dejar de hacer; mas posteriormente, aun cuando conociéramos todos los hechos, no podríamos ya decirle si ha actuado conforme o contrariamente a las reglas (acaso: anti«jurídicamente»). O viceversa. Si un sistema de reglas sólo tuviera una función de baremo de medición, y no también una función de configuración, podríamos en efecto decirle en retrospectiva, si una acción ha sido acorde o no con el sistema; mas sería imposible decirle al virtual agente con anterioridad (y con ello a tiempo, oportunamente) lo que debe hacer y omitir desde el punto de vista del sistema. Ambas cosas son igualmente absurdas. Tampoco en la praxis pensamos en absoluto en hacer tales distinciones artifi-

ciosas, sino que aplicamos las reglas que tenemos por oportunas —también todas las reglas jurídicas que como reglas de comportamiento vienen al caso— siempre con ambas funciones.

De las reglas de comportamiento han de distinguirse las reglas de imputación. Estas, desde un punto de vista lógico, no pertenecen al sistema de reglas de comportamiento, es decir, a la *lex* en el sentido dado por *Daries*, sino que forman un sistema de reglas propio. Las reglas de imputación, a diferencia de las reglas de comportamiento, sólo poseen una función en la retrospectiva. Y ello, en cualquier caso, en la medida en la que pueden afectar a la generalidad de los sujetos sometidos a la norma. Ya que, al igual que las reglas de comportamiento en su función de baremo de medición, las reglas de imputación se dirigen primariamente a la persona que juzga con posterioridad el hecho (7).

En la propia imputación se dan dos niveles. La imputación de primer nivel —*Daries* habla de *imputatio facti* (8)— es la imputación de un proceso como ejecución de una acción o de una inactividad como omisión de una acción, en la respectiva situación relevante según los tipos contenidos en la *lex*. Es la *declaratio, quod aliquis sit auctor facti* (9), esto es, la declaración de que el sujeto en cuestión es *causa moralis* del hecho comisivo u omisivo del que se da cuenta. Frente a ello, la imputación de segundo nivel —desde *Daries* se llama *imputatio iuris* (10)— es el *iudicium de merito facti* (11), esto es, la imputación «al merecimiento» de un hecho que ha sido juzgado en atención a la *lex*. La imputación de primer nivel precede a la aplicación de las reglas de comportamiento en su función de baremo de medición del hecho imputado (la *applicatio legis ad factum*), mientras que la imputación de segundo nivel sucede a la aplicación de las reglas de comportamiento en su función de baremo de medición. Ya en las *Institutiones* de 1740 escribe *Daries*: *Mihi videtur, quod hic actus —esto es, actus applicationis legis ad factum— imputationi iuris antecedit, et imputationi facti sequatur* (12).

Consideremos, en primer lugar, la *imputación de primer nivel* y su relación con la aplicación de las reglas de comportamiento en su

(7) La distinción entre reglas de comportamiento y reglas de imputación posee un carácter relativo en función de la persona de la que se trate. Para el Juez las reglas, que para la persona imputada son reglas de imputación, son reglas de comportamiento en su función de configuración, que le dicen si un acontecimiento físico debe ser o no imputado como acción y si un hecho acaso juzgado por él como «antijurídico» debe ser o no imputado como culpable.

(8) *Institutiones*, Introductionis ad Ius Naturae et Gentium Pars generalis, párrafo 218; *Observatio* XLII, párrafo XXI.

(9) *Institutiones*, párrafo 213.

(10) *Institutiones*, párrafo 218; *Observatio* XLII, párrafo XXI.

(11) *Institutiones*, párrafo 218.

(12) *Institutiones*, párrafo 225, anotación marginal.

función de baremo de medición. La imputación de un proceso como hecho comisivo y de una inactividad como hecho omisivo quiere decir que al juzgador imputante no le parece que el proceso sea un simple acontecimiento físico, una simple causa intermedia en el mundo newtoniano, o que la inactividad sea la mera ausencia de una tal causa intermedia, el mero no acaecer de un acontecimiento físico, sino que quiere decir que el juzgador toma, bien el proceso, bien la inactividad, como un *hecho* (comisivo u omisivo), como un *factum* en el sentido originario de la palabra, esto es, como algo que ha *hecho* un sujeto agente (*). Por ello, la imputación de primer nivel quiere decir precisamente que, en opinión del juzgador imputante, el autor ha tenido una alternativa a su hecho comisivo o a su hecho omisivo; o expresado de otra forma, que ha estado en situación de omitir el hecho comisivo imputado o bien de ejecutar el hecho omitido. Imputación significa en *Die Metaphysik der Sitten* de Kant, el juicio por el que se considera a alguien como *causa moralis* de una acción, que, a partir de entonces, se denomina hecho (*factum*) y se somete a las leyes» (13) (*). En este ámbito, la voz «auctor» (causa libera) alude, manifiestamente, al sujeto que obra libremente. «Im-

(*) [Nota del trad.: Aquí se emplea una distinción que en ocasiones se encuentra en textos filosóficos, según la cual se entiende que toda «acción» es un «acontecimiento», pero que no todo «acontecimiento» es un «acción». En efecto, sólo un acontecimiento que pueda ser imputado puede ser considerado acción: Sobre ello, el lector español puede ver: FERRATER MORA, *De la materia a la razón*, 2.ª ed. (1983), pp. 86 y ss.]

(13) AA, tomo 6, p. 227.

(*) [Nota del trad.: Respecto a esta cita de Kant: «Zurechnung (imputatio)... ist das Urtheil, wodurch jemand als Urheber (causa libera) einer Handlung, die alsdann That (factum) heisst und unter Gesetzen steht, angesehen wird.», creo conveniente indicar lo siguiente: a) La palabra «Urheber» no puede ser traducida como «causante», pues, en la literatura de la época, ésta significa manifiestamente «causa libre», esto es, «causa primaria» o «causa no causada». Sobre ello, *vid.*: HRUSCHKA, *Imputation*, en: *Rechtfertigung und Entschuldigung*, I (Ed. Eser/Fletcher, Max-Planck-Institut (1987)), p. 168. Con ello, según entiendo, se quiere expresar que debido a la intermediación de la libertad, el sujeto que realiza la acción ya no es considerado una causa intermedia más del hecho, sino que es considerado una causa primigenia del mismo. En efecto, es por ser el sujeto «causa moralis» del hecho, por lo que se le imputa; b) Sobre la palabra «Handlung» baste transcribir parte de la nota 16 (p. 128) del artículo de HRUSCHKA mencionado arriba, donde se señala: «El uso que realiza Kant de la palabra «Handlung» es a menudo ambiguo. A pesar de que esta palabra en alemán moderno significa «acción», correctamente debe ser traducida por «acontecimiento», puesto que en este contexto Kant la emplea en el mismo sentido en el que Wolff usaba la palabra *actio*. (...) Este uso de la palabra «Handlung» estaba permitido en el S. XVIII. *Vid.*, por ejemplo: C. WOLFF, *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts* (Halle 1754; reimpresión Hildesheim, New York 1980), parágrafo 1, donde se distingue entre «natürliche (notwendige) Handlungen» y «frey Handlungen». Sólo estas últimas son «acciones», mientras que las primeras son meros «acontecimientos» naturales].

putamos» (algo), dice *Kant* en otro lugar, «cuando simplemente es atribuido a una persona, esto es, cuando es concebido como originado en la *Libertad*» (14). Sólo de un hecho que sea en tal medida imputado en el primer nivel, y no de un acontecimiento físico o de su no acaecimiento, se puede decir que está sometido a leyes (prácticas) en el sentido de la primera cita kantiana. Sólo un hecho que sea en tal medida imputado puede ser o no ser antijurídico. Ahora bien, el juicio por el que un hecho se considera antijurídico, o, también, el juicio de que un hecho no se considera antijurídico, es siempre el resultado de la aplicación de las reglas de comportamiento en su función de baremo de medición. De ello se sigue que la aplicación de las reglas de comportamiento en su función de baremo de medición, presupone la imputación del hecho juzgado en el primer nivel. Y, ante todo, que la aplicación de las reglas de comportamiento en su función de baremo de medición, implica la imputación del hecho juzgado en el primer nivel. También ello es corriente desde el siglo XVIII. En la *Philosophia Practica Universalis* de 1738, señala expresamente *Christian Wolff*: «Ex applicatione legis ad factum intelligitur, actionem esse talem, quae imputari possit.» («De la aplicación de la ley a un hecho se infiere, que el (hecho es un) acontecimiento de una naturaleza tal que puede ser imputado») (15).(*)

La implicación de *Wolff* es la versión retrospectiva del «“Deber” implica “poder”», del conocido «“ought” implies “can”» ironizado por *Schiller* con su no menos célebre «Du kannst, denn du sollst!» («¡Puedes, puesto que debes!») (16). «“Deber” implica “poder”» quiere decir que, en opinión del que se expresa, el destinatario del

(14) AA, tomo 19 (*Reflexionen zur Moralphilosophie*), p. 157, R. 6775.

(15) CHRISTIAN WOLFF, *Philosophia Practica Universalis... Pars prior*, Francofurti et Lipsiae MDCCXXXVIII (Reimpresión Hildesheim, New York 1971), párrafo 598.

(*) [Nota del trad.: Respecto a esta cita entiendo que al lector español le podría resultar de utilidad la transcripción de la nota 12 (p. 126) de: HRUSCHKA, *Imputation, en Rechtfertigung und Entschuldigung* (Ed. Escri/Fletcher, Max-Planck-Institut (1987)) en la que se comenta para el lector inglés que: «La palabra «factum», participio perfecto del verbo «facere» o «to do», debe ser entendida en su sentido original de «deed» (hecho). *Wolff* diferenciaba expresamente entre «factum commissionis» y «factum omissionis», esto es, entre comisión y omisión de una acción (*ibidem*, párrafo 24). Constituiría, pues, un gran error el pensar que la palabra de inglés moderno «facts» o la palabra de alemán moderno «Faktum» son traducciones apropiadas de las palabras *factum* de los textos del s. XVIII. La palabra *actio* debe ser entendida como «event» (acontecimiento), pues *Wolff* diferenciaba entre *actiones naturales vel necessariae* que son meros acontecimientos físicos y *actiones liberae* que son acontecimientos que deben ser vistos como comisiones de una acción (*ibidem*, párrafo 12). La palabra *actio* (acontecimiento) usada sin más no puede, por tanto, ser traducida por su equivalente inglesa «action» (acción).» Los parentesis con las palabras españolas correspondientes no constan, obviamente, en el original transcrito].

(16) En el poema *Die Philosophen* de 1796.

enunciado de deber ser puede seguir la exigencia a él dirigida. La expresión prescriptiva «¡Debes cerrar la puerta!», que puede resultar de una regla de comportamiento análoga, presupone e implica que el que se expresa cree que el destinatario puede efectivamente cerrar la puerta. Si es manifiesto para los intervinientes que el destinatario de la orden no puede cerrar la puerta, entonces tan sólo cabrá entender la orden «¡Debescerrar la puerta!» como dicha en un modo de hablar sesgado o torcido, como expresada, por tanto, cínicamente (17). Así como resulta de la expresión de toda norma que impone un deber prescriptivo y, con ello, de toda aplicación prospectiva de una regla de comportamiento, que, en opinión del que se expresa, el destinatario está en situación de poder cumplir la pretensión de la norma; de la misma forma resulta de la aplicación retrospectiva de una regla de comportamiento, que el aplicador cree que el autor del hecho también hubiera podido cumplir la regla de comportamiento que ha infringido.

Esta separación de *applicatio legis e imputatio facti* no queda en nada alterada por el hecho de que, como señaló Kant, ya con la «indagación de las *circumstantiarum in facto*», «para encontrar los *momenta in facto*», sea necesario «tomar en consideración a la Ley, ya que la Ley (la *lex de Daries*) «contribuye propiamente a la determinación más completa de los *facti*» (18). En efecto, ha de distinguirse por principio, entre la cuestión lógica de la diferencia entre los distintos sistemas de reglas a aplicar y la cuestión hermenéutica de si en la constitución del caso jurídico no sería necesario «un ir y venir de la mirada» entre la *lex* y el *factum*, el estado de cosas de la vida (19) (*), para que el juzgador pueda ser justo en su labor.

En el ámbito de las reglas sobre la imputación de primer nivel, las cuestiones se suscitan en la *praxis*, esencialmente, en torno a una posible exclusión de la imputación. Ello ocurre, cuando la imputación se presenta a primera vista como posible, a causa de que el autor virtual se ha visto envuelto en el proceso a imputar o a causa de una inactividad constatable del sujeto. Solemos excluir la suposición de que un sujeto ha ejecutado una acción o de que la ha omitido en los siguientes casos: 1) cuando —en nuestra opinión—, el autor virtual se hallaba en una situación tal en la que la ejecución de la acción

(17) Sobre ello y sobre una detreminación más próxima del carácter de la implicación en el «Deber» implica «poder», cfr. R. M. HART, *Freedom and Reason*, London, Oxford, New York 1963, pp. 53 y ss (traducción alemana, *Freiheit und Vernunft*, Düsseldorf 1973, p. 70).

(18) *AA* tomo 27.2.1 (*Metaphysik der Sitten Vigilantius*), p. 563.

(19) Cfr. KARL ENGELH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 2. ed., Heidelberg 1960, p. 15: «hin- und herwandern des Blickes».

(*) [Nota del trad.: Esta expresión acuñada por Engelsh ha sido traducida al español en: LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2.ª ed., 1980, p. 275, como «ir y venir de la mirada»].

en cuestión era físicamente imposible. Aquí rige el principio: *Impossibilium nulla est imputatio* (respecto a lo imposible no puede haber imputación alguna). 2) Cuando —en nuestra opinión—, el autor virtual se encontraba bajo la incidencia de una necesidad física; ante todo, bajo la incidencia de una vis absoluta. Aquí rige el principio: *Necessariorum nulla est imputatio* (respecto a lo necesario no puede haber imputación alguna) (20). 3) Cuando —en nuestra opinión—, el autor virtual no ha tenido conocimiento de la situación relevante o de la alternativa que le era dada al proceso o a la inactividad de la que respectivamente se trata. Aquí rige el principio: *Ignoratorum nulla est imputatio* (respecto a lo que el sujeto no ha conocido no puede haber imputación alguna). El primer principio es el giro retrospectivo del clásico *Impossibilium nulla est obligatio* (21) que rige en la prospectiva. El segundo principio es la extensión del primero a los casos de necesidad física. Este segundo principio tendría para la prospectiva el siguiente tenor: *Necessariorum nulla est obligatio*. El tercer principio es la versión retrospectiva de la aplicación del *Impossibilium nulla est obligatio* a aquellos conocimientos del sujeto envuelto en la situación que son necesarios para la ejecución de una determinada acción o para la evitación de un determinado acontecimiento. La versión prospectiva del tercer principio rezaría: *Ad ignorata nemo obligatur* (22). La regla del párrafo 16, párrafo primero, frase primera del Código penal alemán, según la cual no obra dolosamente el que desconoce una circunstancia que sea relevante según el tipo delictivo pertinente, correctamente entendida, no es otra cosa que una variante del *Ignoratorum nulla est imputatio*.

La *imputación de segundo nivel* es el juicio sobre el merecimiento del hecho —en el más amplio sentido de la palabra «merecimiento», esto es, como igualmente comprensiva de méritos y deméritos—. Si se emite este juicio, ello significa que ya ha tenido lugar la aplicación del sistema de reglas de comportamiento al hecho. Existe por ello igualmente aquí una relación de implicación: la imputación de segundo nivel implica la aplicación del sistema de reglas de comportamiento competentes al hecho. En el bien entendido que, en Derecho penal, el juicio de imputación de segundo nivel es más exactamente un juicio sobre un demérito. Lo denominamos también «juicio sobre la culpabilidad del autor». La imputación de la culpabilidad implica, por lo tanto, la aplicación del sistema de reglas de comportamiento al hecho, con la consecuencia específica de que el hecho sea antiju-

(20) En: *A System of Moral Philosophy*, Vol. I, London MDCCLV (reimpresión en: *Collected Works of Francis Hutcheson*, Vol. V, Hildesheim 1969), p. 229, denomina HUTCHESON el «*impossibilium et necessariorum nulla est imputatio*» como «*omnium maximus*».

(21) *Celsus* D.50.17.185

(22) Cfr., p.e., *Gottfried Achenwall, Prolegomena Juris Naturalis*, Göttingae MDCCLVIII, párrafo 16, donde también se dice: «*Ultra scire nemo tenetur*».

ridico. También esta relación de implicación era ya conocida en el siglo XVIII. *Kant* la tenía presente cuando decía: «La culpabilidad presupone siempre un injusto» (23).

El juicio de imputación de segundo nivel también expresa algo acerca de la libertad con la que obró el autor. Si nos circunscribimos a la imputación de hechos antijurídicos a la culpabilidad, la imputación de segundo nivel significa el juicio por el cual se considera que el autor que obró con conocimiento de la antijuricidad de su hecho, por un parte, tuvo un motivo para omitir la acción prohibida o para ejecutar la acción prescrita y, por otra parte, no tuvo ningún contramotivo comprensible que le impidiera el cumplimiento de su deber. Es en este sentido en el que se considera que fue «libre» el autor al que se le imputa el hecho. De este concepto de libertad ha de distinguirse el manejado en la imputación de primer nivel, en la que se trata de la alternativa que tuvo el autor a su acción.

Las reglas acerca de la exclusión de la imputación de segundo nivel y, con ello, las reglas acerca de la exculpación de un hecho antijurídico, se comprenden mejor, cuando se examinan efectuando paralelismos con las reglas sobre la exclusión de la imputación de primer nivel. Veamos.

La exculpación del autor que desconoce la antijuricidad de su comportamiento (24) se corresponde con la *Ignoratorum nulla est imputatio* del primer nivel de imputación. Ciertamente, el autor que obra en error de prohibición o de mandato comete un hecho antijurídico, ya que se halla en situación de ejecutar la acción mandada o de omitir la prohibida; sin embargo, no tiene ningún motivo para obrar conforme a deber, puesto que no conoce la regla de comportamiento pertinente. Por lo tanto, le disculpamos, de la misma forma que excluimos la imputación de primer nivel cuando el autor desconoce circunstancias fácticas esenciales.

La exculpación del autor que en una situación de necesidad (25) obra antijurídicamente se corresponde con el *Impossibilium et necessariorum nulla est imputatio* del primer nivel de imputación. El autor que obra antijurídicamente en una situación de necesidad también tiene aquí una alternativa a su comportamiento, por más que ésta pueda resultar altamente indeseable; de no ser así, el hecho ya no se podría considerar en modo alguno antijurídico. Sin embargo, el «margen de libertad del autor queda restringido a causa de la situación de necesidad. El autor posee, ciertamente, un contramotivo de peso que se sobrepone al motivo que provee el mandato o la prohibición.

(23) AA, tomo 27.1 (*Praktische Philosophie Powalski*), p. 155.

(24) Cfr. parágrafo 17 del Código penal alemán.

(25) Una situación de estado de necesidad, también una situación de estado de necesidad coactivo (una *vis compulsiva*), en el sentido del parágrafo 35 del Código penal alemán, una situación de estado de necesidad del autor obrante en exceso en la legítima defensa (parágrafo 33 del Código Penal Alemán), etc.

Por ello, aceptamos su exculpación. No, por lo tanto, porque aprobemos el hecho cometido bajo la presión del peligro que crea la situación de estado de necesidad, sino porque no podemos decir que nosotros mismos hubiéramos obrado de forma distinta en una situación parangonable.

Junto a los dos niveles de imputación, han de distinguirse dos tipos de imputación. Esta puede ser, en efecto, ordinaria y extraordinaria. En los dos niveles de imputación de un hecho (antijurídico), es esta «ordinaria», si y porque el juzgador no aprecia razón alguna que la excluya. La imputación es, por el contrario, «extraordinaria», si en efecto concurre una tal causa de exclusión de la imputación y, sin embargo, precisamente por ello, se hace responsable al autor.

Si se cumplen las condiciones del *Impossibilia et necessariorum nulla est imputatio* o del *Ignorantium nulla est imputatio* o, en el segundo nivel de imputación, las condiciones de las causas de exculpación a ellas paralelas, queda la imputación, por lo pronto, excluida. Puede suceder, sin embargo, que el autor haya producido el mismo *mala fide* la situación que excluye la imputabilidad o que sea responsable de ella por otras razones. Por ejemplo, cuando el autor hubiera podido evitar sin más la situación en la que ha quedado sometido por una *vis absoluta* o cuando el autor hubiera podido evitar sin más el error sobre las circunstancias relevantes que excluyen su dolo referido al hecho. En casos como éstos, puede suceder —y, en efecto, ocurre con frecuencia—, que imputemos al autor el proceso o la inactividad como hecho comisivo u omisivo, aunque se hayan cumplido los presupuestos de la exclusión de la imputación. Entonces consideramos la imputación como extraordinaria. Se imputa el hecho, por ello, extraordinariamente —en el primer nivel de imputación—, cuando hablamos de una *actio* (u "*omissio*") *libera in causa* en atención a la necesidad física de un acontecimiento o en atención a la imposibilidad física de ejecutar una acción. Ello es igualmente válido para todos los casos de imprudencia en los que la imputación ordinaria del hecho ha quedado excluida a causa de la ausencia de conocimiento del hecho y, sin embargo, se hace responsable al autor por haber desconocido las circunstancias fácticas.

Lo propio rige para las causas de exculpación. Si el mismo autor ha producido imputablemente la situación en la que se vio expuesto a una amenaza digna de tomarse en serio o a una *vis compulsiva* —p. ej., si el mismo ha «causado» el peligro que crea la situación de necesidad (26)— o si él mismo es responsable por otras razones de la situación en la cual se ve amenazado durante la realización del hecho, se le imputa el hecho antijurídico que comete; y ello, a pesar de la causa de exculpación en sí concurrente. La imputación tampoco es aquí, por tanto, ordinaria, sino

(26) Cfr. el parágrafo 35, párrafo 1.º, frase 2.ª del Código penal alemán.

extraordinaria. Lo mismo ocurre en los casos de error de prohibición evitable, pero no evitado en contra de una «obligación» del autor [einer Obliegenheit des Taters zuwider (*)]. Ciertamente, estos casos también pertenecen a este grupo, pues pese a que el autor desconoce la norma competente, es responsable de esta situación de desconocimiento; por ello se le imputa su hecho anti-jurídico, de forma extraordinaria, como culpable.

La idea de una imputación extraordinaria se remonta por lo menos hasta la Edad Media (27). Cuando Pufendorf distingue en los *Elementa* de 1660 (28) entre los tres conceptos *actio quae in se penes hominem fuit*, *actio quae in sua causa penes hominem fuit* y *actio quae neque in se neque in sua causa penes hominem fuit* (29), distingue entre hechos imputables ordinariamente, extraordinariamente y, ni ordinaria, ni extraordinariamente. De forma expresa, dice este autor que sólo las acciones del tercer grupo no son imputables: *Id quod neque in se neque in sua causa penes aliquem fuit, non potest ipsi imputari* (lo que no ha estado en poder de un hombre, ni en sí mismo tratado, ni en su causa, no le puede ser imputado). Pufendorf y sus seguidores llevan adelante también la tripartición. El mismo Pufendorf conoce la distinción entre los tres conceptos *non-coactum*, *coactum in se, sed non in sua causa* y *coactum in se et in sua causa simul* (30); así como la distinción entre los conceptos *ignorantia non invincibilis*, *ignorantia in se, sed non in sua causa invincibilis* y *ignorantia invincibilis in se et in sua causa simul* (31). Hutcheson añade a ello la distinción entre los conceptos *non-involuntarium*, *involuntarium in se, sed non in sua causa* y *involuntarium in se, et in*

(*) [Not. del trad.: El autor distingue entre deber (Pflicht) y «obligación» (Obliegenheit) y entre infracción del deber e infracción de la «obligación». Sobre ello, vid.: HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2.ª ed. (1988), capítulo IV y, resumidamente, apéndice II.]

(27) Ya TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae* I-II q.77 a.7c, distingue entre la «voluntarium secundum se» y la «voluntarium secundum suam causam» y escribe expresamente acerca de un por él denominado *actus*, que puede ser imputado, «quia est voluntarius in sua causa».

(28) SAMUEL PUFENDORF, *Elementarum Jurisprudentiae Universalis Libri II*, Hagae-Comitis MDCLX, Lib. II Axioma I.

(29) 1. *Actio* (que) considerada en sí misma (ha estado en poder de un hombre), 2. *actio* (que) no (ha estado en poder de un hombre) considerada ciertamente en sí misma, pero sí (lo ha estado) en su causa y 3. *actio* que, ni considerada en sí misma, ni en su causa, ha estado en poder de un hombre. [Nota del trad.: El texto entre paréntesis no consta en el original.]

(30) 1. No forzada, 2. considerada forzada en sí misma, pero no en su causa y 3. forzada, tanto en sí misma considerada, como también en su causa. Vid., *Elementa*, Lib. II, Obs. II, parágrafo 4.

(31) 1. Ignorancia no inevitable (= evitable), 2. Ignorancia considerada en sí misma inevitable, pero no en su causa y 3. Ignorancia inevitable, tanto considerada en sí misma, como también en su causa. Vid. *Elementa*, Lib. II, Obs. I, parágrafo 9.

sua causa (32). De donde resulta que la aplicación de la distinción entre la imputación ordinaria y extraordinaria a toda constelación de casos pertinente era algo evidente para los autores del siglo XVII y XVIII (33). Si utilizamos hoy en día la terminología al uso y distinguimos entre las *acciones liberae in se*, las *acciones liberae in (sua) causa* y las *acciones neque in se neque in (sua) causa liberae*, sería conveniente denominar como *acciones liberae in causa* a todas aquellas acciones u omisiones que imputamos extraordinariamente. Deberíamos tener en este ámbito siempre presente que el término *liber* posee un significado distinto, según se trate de la imputación de primer nivel o de la imputación de segundo nivel. La restricción de la terminología actualmente usual, únicamente a constelaciones particulares de casos de ambos niveles de imputación es, en cualquier caso, inconsecuente.

Sobre este trasfondo, resulta sencilla la distinción entre las reglas que rigen la justificación de un hecho y las que rigen la exculpación del mismo. Como las reglas acerca de la justificación de un hecho se corresponden con reglas permisivas y éstas, según los principios de la lógica deóntica, pertenecen necesariamente al mismo sistema que los mandatos y prohibiciones, las reglas de justificación pertenecen necesariamente al mismo sistema que los tipos de los delitos de omisión y comisión. En otras palabras, las reglas de las causas de justificación pertenecen a la *lex de Daries* según la cual el juzgador enjuicia un hecho como antijurídico o no antijurídico. Las reglas de la exculpación, por el contrario, pertenecen al sistema de reglas de imputación de segundo nivel de imputación. Por lo tanto, apenas puede ser más grande la diferencia entre ambos conjuntos de reglas. No es, por ello, casual que la Ciencia del Derecho penal insista en la diferencia entre las causas de justificación y las causas de exculpación.

También resulta ciertamente válido el extraer consecuencias de lo dicho, ante todo, para la teoría del estado de necesidad y del error. En una *Observatio* de 1754 diferencia *Daries* (34) entre tres distintas *exceptiones* de estado de necesidad. 1) Una *defensio* respecto a situaciones de estado de necesidad que excluyen la imputación ordinaria en el primer nivel (35). Aquí rige el principio *Necessitas non habet legem* en sentido textual. 2) Una *defensio* en los casos de estado de necesidad en los que, si bien es cierto que el autor infringe un

(32) 1. La acción no involuntaria (= voluntaria), 2. la acción considerada en sí misma involuntaria, pero no en su causa y 3. la acción involuntaria, tanto considerada en sí misma, como también en su causa. *Vid.*, HUTCHESON, *A System*, vol. I, p. 229.

(33) En detalle mi artículo *Ordentliche und ausserordentliche Zurechnung bei Pufendorf*, ZStW 96 (1984), pp. 661 y ss.

(34) *Observatio* LI. En detalle, en mi artículo citado en la nota 3.

(35) *DARIES* habla de «status necessitatis simplicis».

precepto individual, sin embargo, a pesar de ello, la infracción en estado de necesidad es conforme con la «meta más elevada de todo actuar humano» (sea ésta cual sea) (36). La *exceptio* que aquí le permite al autor sortear la regla del precepto que se infringe, es designada por Daries como *exceptio secundum leges instituta*; es decir, como algo que, a pesar de la contravención de un precepto particular, es conforme al sistema de las leyes. Evidentemente, con ello se da con lo que hoy en día denominamos como «justificación». 3) Una *exceptio* en aquellos casos de estado de necesidad en los que el autor «se permite» una infracción de un precepto, sin que ello este permitido por el sistema. Esta es una *exceptio contra leges instituta*; es decir, algo que no sólo es contrario al precepto individual, sino también contrario al sistema de leyes. Aquí, Daries ya no habla de una *defensio*, sino de *excusatio* (exculpación), diferenciándola expresamente de las demás *exceptiones*. Esta tripartición se corresponde con la tripartición entre reglas de imputación de primer nivel, reglas de comportamiento en su función de baremo de medición y reglas de imputación de segundo nivel; siendo más precisa que la actual «teoría de la diferenciación», que únicamente distingue entre el «estado de necesidad justificante» y el «estado de necesidad exculpante» (37). También se desprende muy claramente en Daries que, en el primer estadio de las reflexiones sobre el estado de necesidad, la cuestión giraba más en torno al lugar lógico de las distintas *exceptiones*, que en torno al reconocimiento efectivo de las mismas y a su configuración material detallada. Ciertamente, existe, por ejemplo, un lugar lógico para el estado de necesidad exculpante, aun cuando no deba ser reconocido ningún caso concreto en el que exculpe el estado de necesidad.

En lo que atañe a la teoría jurídico-penal del error, regresa en la más reciente legislación alemana la antigua distinción entre *ignorantia facti e ignorantia iuris*, según la cual se diferencia entre los errores sobre el hecho y circunstancias que son relevantes desde el prisma del tipo legal (38) y los errores acerca de la antijuricidad del hecho (39). Esta se hace necesaria por la distinción entre la imputación de primer nivel y la de segundo nivel. Es controvertida actualmente, por el contrario, la clasificación del error sobre las circunstancias que son relevantes según el supuesto de hecho de una causa de justificación. Según lo aquí dicho, sólo puede ciertamente existir una solución correcta. Como las reglas permisivas figuran en el mismo plano lógico que los mandatos y prohibiciones, figuran también los

(36) *Observatio* LI, parágrafo XV.

(37) Aparte de ello, también se debe modificar, y no de forma insignificante, la difundida tesis según la cual la «teoría de la diferenciación», en el ámbito del estado de necesidad, sería una conquista del siglo XX.

(38) Parágrafo 16, párrafo 1.º, frase 1.ª, del Código penal alemán.

(39) Parágrafo 17 del Código penal alemán.

supuestos de hecho de las causas de justificación en el mismo plano lógico que los tipos de los delitos comisivos y omisivos. Son excepciones a las reglas de los tipos delictivos. Por lo tanto, los errores sobre las circunstancias que son relevantes según el supuesto de hecho de una causa de justificación, quedan en principio equiparados a los errores sobre circunstancias que son relevantes según un tipo delictivo, y deben, por ello, ser tratados de forma análoga. Los problemas relacionados con ellos son, así, problemas de la imputación de primer nivel. Lo que para el actual Derecho penal significa, por ejemplo, que la suposición errónea por parte del autor de circunstancias que son relevantes según el supuesto de hecho de una causa de justificación, debe ser reconocida como excluyente del dolo.

En suma, queda así definida una estructura delictiva tripartita que resulta de la diferencia entre las reglas de comportamiento y las reglas de imputación en ambos niveles. No vale ciertamente aquí, el esquema posclásico de «Tipicidad / Antijuricidad / Culpabilidad», que ha sido enseñado durante la primera mitad de nuestro siglo y que hasta hoy tiene repercusiones. Este esquema descansa en un desconocimiento de las estructuras que le sirven de base. Antes bien, han de distinguirse en Derecho penal: 1) la imputación en el primer nivel de imputación por la que son imputados el hecho y las circunstancias del hecho que son relevantes para emitir eventualmente el juicio de antijuricidad; 2) el propio juicio de antijuricidad, si y en la medida en que resulte de la aplicación de las reglas de comportamiento en su función de baremo de medición; y 3) la imputación en el segundo nivel de imputación por la que se imputa el hecho antijurídico a la culpabilidad. La diferencia entre las reglas de comportamiento y las reglas de imputación en ambos niveles posee, por lo tanto, extensas consecuencias; éstas no sólo se pueden elaborar con la máxima amplitud e independencia de cualesquiera que sean las leyes «positivas», sino que también deben ser elaboradas con la máxima amplitud e independencia de estas leyes, puesto que en el marco de esta diferencia, y en sus consecuencias, operamos con la Lógica del lenguaje prescriptivo y adscriptivo, que es previa al Derecho «positivo».