

PABLO SÁNCHEZ-OSTIZ

Profesor titular de Derecho penal
Universidad de Navarra

Imputación y teoría del delito

La doctrina kantiana de la imputación y su
recepción en el pensamiento jurídico-penal
contemporáneo

editorial
B de f
Montevideo - Buenos Aires

2008

Julio César Faira - Editor

CAPÍTULO I

APROXIMACIÓN A LA DOCTRINA DE LA IMPUTACIÓN

Puesto que la atribución de responsabilidad a los sujetos es tan antigua como la sociedad, no está de más referirse a los orígenes del concepto y contenido de imputación en la Filosofía moral. Los conceptos que hoy son corrientes, como el de dolo, error, evitabilidad..., se encontraban presentes siglos atrás. El objeto de este capítulo es mostrar, a modo de presentación, esos contenidos básicos. No se realiza aquí una exposición completa y acabada sobre el origen de todos y cada uno de los extremos de la doctrina de la imputación, labor que transformaría esta investigación en una obra totalmente distinta. Se trata sólo de una exposición transversal en torno a lo que, me parece, son los elementos fundamentales (I.2) para acceder a las categorías empleadas siglos después en la dogmática jurídico-penal. Va precedido, sin pretensiones de exhaustividad, de una referencia a los autores en cuyas obras han quedado establecidos conceptos básicos (I.1). Al concluir, se emitirán algunas valoraciones sobre lo que se entendía por imputación en el período inmediatamente precedente a las elaboraciones doctrinales del Derecho penal, a las puertas de la modernidad (I.3)¹.

¹ En opinión de SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren von Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, Berlín, 1930 (reimpr., Aalen, 1973), pp. 17, 22 y 37, las doctrinas (ilustradas) de la imputación sirvieron como instrumento para la elaboración y presentación doctrinal sistemática del Derecho penal.

I.1. LA DOCTRINA DE LA IMPUTACIÓN

1. Buena parte de la reflexión científico² en Derecho penal, en los años 80-90 del pasado siglo, ha estado centrada en torno a un conjunto de *topoi* reunidos bajo la denominación de “imputación objetiva”. Por lo demás, a la imputación se añaden otras calificaciones en la teoría del delito. Se refiere así la doctrina a la “imputación subjetiva”³, “imputación al tipo objetivo”⁴, “imputación personal”⁵, además de “imputación recíproca” y otras. Aparte, de manera generalizada, también a la “imputabilidad”⁶. Pero si “la imputación aparece por todas partes”, conviene no olvidar que la capacidad analítica que la teoría jurídica del delito puede aportar depende de la precisión “sostenida” de sus conceptos.

2. Los inicios de esa doctrina de la “imputación objetiva” suelen situarse en los años 30, en las obras de Larenz (1928) y Honig (1930)⁷. Larenz se remonta a Hegel para abordar el

² Al menos en España y en los países cuya doctrina influye en la española.

³ Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlín, 1996, § 28.1.2; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte General*, Madrid, 1984, reimpr., 1987, pp. 94-95.

⁴ Así, en ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 3ª ed., Múnich, 1997, § 11, *passim* (“Zurechnung zum objektiven Tatbestand”).

⁵ Así, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., Barcelona, 1996, 20/1-4; 7ª ed., Barcelona, 2004, *ibidem*.

⁶ Por cierto: no deja de ser curioso que se plantee la posibilidad de ser imputable (*imputa-bilidad*) tras haber determinado con seguridad la imputación objetiva!

⁷ Cfr. LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der “juristischen Kausalität”*, Leipzig, 1927 (reimpr., Aalen, 1970); HONIG, “Kausalität und objektive Zurechnung”, en *Festgabe für Reinhard von Frank*, I, Tübinga, 1930 (reimpr., Aalen, 1969), pp. 174-201. Sobre los orígenes de la “imputación objetiva”, cfr., por todos, CANCIO MELIA, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2ª ed., Barcelona, 2001, pp. 81-84 (también

estudio de la imputación, que radica en la libertad. La doctrina de Hegel sobre la acción humana, la moralidad, había sido objeto de atención ya en una serie de autores del s. XIX, calificados como hegelianos⁸. Tiempo después, ya en el s. XX, Honig propuso desprenderse del naturalismo de la causalidad meramente empírica, para dar entrada a criterios valorativos. Enlazaría, así, con los mejores esfuerzos del neokantismo, que acertó sin duda en el método a seguir, aunque quedara incompleto en los resultados.

3. En cambio, el positivismo había centrado su atención sobre la idea de causalidad. El esquema trazado por el positivismo se mantendría a lo largo del s. XX como el esquema de la teoría del delito por antonomasia, más allá de las variaciones provenientes de escuelas o autores diversos. Sin embargo, el enfoque positivista de la imputación, centrado en la causalidad empírica (de procesos externos y de procesos psicológicos) suponía un reduccionismo. Y ello en concreto porque se postulaba que la imputación debía abandonar su entronque filosófico para determinarse en función de conexiones empírico-causales (lo que se dio en llamar “imputabilidad”).

4. Tanto los autores hegelianos, como los positivistas, eran deudores del modo de hacer ciencia penal que inauguraron Feuerbach y otros a comienzos del s. XIX. Tanto la manualística, como su pretensión revisionista, influyeron eficazmente en la manera de entender el Derecho penal. Éste se dirige a sujetos racionales para los que el Derecho sería un bastión

Id., “Teoría de la imputación objetiva y normativización del tipo”, en JAKOBS/CANCIO, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Lima, 2000, pp. 91-94; e *ibidem*, en p. 81 (y 91, respectivamente), cfr. cómo la llamada actualmente “imputación objetiva” poco tiene que ver, a pesar de los claros puntos en común, con lo que Larenz y Honig analizaban con tal denominación (cfr. así ANARTE BORRALLA, *Causalidad e imputación objetiva en Derecho penal. Estructura, relaciones y perspectivas*, Huelva, 2002, pp. 100-101).

⁸ Cfr. Eb. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3ª ed., Gotinga, 1965, § 267, en p. 294; RAMB, *Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer*, Berlín, 2005, p. 11 y nota 3.

de su libertad. Pero esta defensa de la libertad no lo es tanto del libre albedrío, cuanto de la libertad política, en el sentido ilustrado. Por lo que se refiere a la libertad, Feuerbach parece entender la libertad como cuestión de psicología, por lo que da en naturalismo, que conduce a la vinculación del sujeto a sus tendencias e inclinaciones. La atribución de responsabilidad se redujo a mera cuestión de comprobación de las condiciones de punibilidad, como subsunción de la conducta en un precepto legal –eso sí: lo más preciso posible.

5. Es casi un lugar común afirmar que Feuerbach bebe en las fuentes de la filosofía de Kant. Éste dedica buena parte de sus esfuerzos a abordar la filosofía práctica. Dentro de ella, se refiere a la imputación de responsabilidad: sobre todo, en *La metafísica de las costumbres* (1797), de forma más acabada que en la *Crítica de la razón práctica* (1788), y con más detalle que en la *Fundamentación* (1785). A la vista de los derroteros seguidos por la doctrina penal del siglo siguiente, y considerando que los esfuerzos de los autores hegelianos no alcanzaron la difusión e influencia que tuvo Kant en Filosofía, o Feuerbach en Derecho penal, el proyecto moral que se formula en *La metafísica de las costumbres* se halla latente también en la doctrina penal que llega a nuestros días.

6. A pesar de que Kant presenta la imputación bajo el prisma del criticismo, es deudor, a su vez, de las ideas y obras de ciertos autores precedentes. Me refiero, en particular, a los autores del Derecho natural racionalista, que construyeron con gran detalle sistemas sobre la responsabilidad humana, en exposiciones amplias, sistemáticas y completas. Es la hora de Thomasius⁹, Christian Wolff¹⁰...

⁹ Cfr. THOMASIIUS, *Fundamentos de Derecho natural y de gentes* (*Fundamenta Iuris Naturae et Gentium*, 1705, trad., Rus/Sánchez), Madrid, 1994, lib. I, cap. VII, § XXIV, p. 282.

¹⁰ Sobre Chr. Wolff volveremos más por extenso, *infra*, II.

Y muchos otros¹¹. De los cuales, es preciso referirse aquí, sobre todo a Pufendorf¹².

7. Lo que Pufendorf expone, sistematiza y ordena, proviene de una tradición muy anterior, y que él bien conoce. Se trata del pensamiento de Aristóteles¹³, que llega hasta Centroeuropa, por una vía, a través de la recepción humanista. Los conceptos y categorías sobre la imputación que había empleado Aristóteles, sobre todo en la *Ética nicomáquea*, llegan así, siglos después a la reflexión de la Filosofía moral, y son sistematizados de manera novedosa¹⁴. Resultaba novedoso, en efecto, referirse a la acción humana como *ens morale*, a diferencia de los *enthya physica* sometidos a las leyes de la naturaleza¹⁵. Como también es novedoso el modo de presen-

¹¹ Cfr. CARPINTERO, "Imputatio", *RIFD*, 81 (2004), pp. 25-78, quien sitúa (p 61) como primer estudio sobre la *imputatio*: WERNHER, *Dissertatio de fundamento imputationis actionum moralium*, Lipsiae, 1703.

¹² Sobre el particular, no es infrecuente remitirse a Pufendorf al tratar de la imputación ("objetiva"): cfr. RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Barcelona, 2001, pp. 68-73; ANARTE BORRALLÓ, *Causalidad e imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 97-99; HÜBNER, *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung*, Berlín, 2004, pp. 29-31; PÉREZ DEL VALLE, *Estudios sobre los fundamentos del Derecho penal*, Madrid, 2007, pp. 78-83.

Sobre Samuel Pufendorf (1632-1694), cfr. STINTZING/LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III.2, *Text*, München, 1910, reimpr., Aalen, 1978, pp. 11-23; M. I. RUIZ GALLARDÓN, en DOMINGO (ed.), *Juristas Universales*, 2, Madrid-Barcelona, 2003, pp. 424-429.

¹³ Interesante cfr., por ejemplo, la evolución de la estructura de *actio libera in causa*, en la recepción de Aristóteles por parte del Humanismo (cfr. HRUSCHKA, "Der Einfluß des Aristoteles und der Aristoteles-Rezeptionen auf die Bildung heutiger Rechtsbegriffe am Beispiel der 'actio libera in causa'", en *Festschrift für Christoph Link*, Tübinga, 2003, pp. 687-704, pp. 696-697), y su desarrollo posterior (cfr. *ibidem*, pp. 697-701; *Id.*, *IyDP*, pp. 55-88).

¹⁴ Novedosa porque la doctrina de la *imputatio* surge como fruto del esfuerzo por superar y sustituir la doctrina del *meritum* (cfr. CARPINTERO, *RIFD*, 81 [2004], pp. 35-78).

¹⁵ Cabe dudar de la afirmación de Welzel, según la cual, la impu-

tar las categorías, que ahora se sistematizan¹⁶. Sin duda, no se trata de una mera evolución de la terminología, sino de un cambio más profundo, propiciado por una visión particular sobre el Derecho¹⁷. Tan profundo es el cambio en el modo

tación sería "wertfrei", avalorativa (cfr. WELZEL, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, Berlín, 1958, pp. 22-23). Si por tal se entiende que todavía no se efectúa una valoración de la conducta, sería aceptable, pero si por avalorativa se entiende únicamente un juicio sobre un ente físico, la conducta, no sería coherente con la presencia de la libertad en la doctrina de la imputación en Pufendorf. Por lo demás, en la medida en que la distinción entre *enthya moralia* y *enthya physica* es antecedente del dualismo metodológico que se instaura en las ciencias sociales posteriormente, y de la bifurcación del *noumenon* y del *phaenomenon*, todo ente moral exige una perspectiva valorativa. Ciertamente la mera atribución de algo como hecho parece ser todavía avalorativo, hasta que entre en escena la *applicatio legis ad factum*, como valoración de ese *factum* (por cierto, que la *applicatio legis* se conceptúa más adelante, en la obra de Daries: cfr. *infra*, I.2.2, párr. 5); sin embargo, según entiendo, identificar a un sujeto como agente, artífice, *causa libera*, "Urheber" (cfr. *infra*, II.3.1) no es un mero juicio neutral ("wertfrei") sobre algo físico. La acción humana constituye un peculiar *ens physicum*, en cuanto que presenta una faceta física (movimiento externo, neuronal, biológico...), pero que se halla enraizada en lo moral, la libertad. Compatibilizar ambas perspectivas (manifestada, p. ej., en la dualidad entre causalidad e imputación), es tarea que ocupa a toda la doctrina anterior que llega a nuestros días.

¹⁶ Cfr. LOENING, *Die Zurechnungslehre des Aristoteles*, Hildesheim, 1967 (reimpr., Jena, 1903), pp. X-XI; WELZEL, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, p. 84. A Pufendorf atribuye LOENING, *ibidem*, pp. X-XI, el mérito de ser el primero que emplea la expresión "imputatio" en sentido técnico en el Derecho, y de elaborar un sistema de las categorías aunque éstas eran ya conocidas desde la antigüedad. En buena medida, dicho sistema se encuentra apuntado en el cap. V del libro I de PUFENDORF, *De iure naturæ et gentium libri octo* (1672), y más escuetamente en la versión reducida de ésta: *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem libri duo* (1673), libro I, cap. I.

¹⁷ Sobre el Derecho, y también sobre la metafísica, pues -como ha puesto de relieve CARPINTERO, *RIFD*, 81 (2004), pp. 48-56- la irrupción del nominalismo altera el entendimiento que se tenía del modo de hacer Derecho, que pasa en buena medida a concebirse como la aplicación de una

de entender el Derecho, que sin duda afecta al concepto de libertad, persona, sociedad... En autores de la modernidad la imputación pasa por ser el concepto que hace posible la aplicación de la ley. Y cuando ésta se erige en el paradigma del Derecho, la imputación será vista como el puente entre el Derecho y el caso. Con ello se habrá alterado no sólo el modo de entender el Derecho, sino la concepción que sobre la persona y la libertad se tiene¹⁸.

8. Siglos antes, por una vía diversa, había tenido lugar en Europa otra recepción de Aristóteles, gracias a las traducciones empleadas en el Medievo. Es la tradición aristotélica que llega hasta la Escolástica y, en particular, a Tomás de Aquino, en cuya obra se encuentran también los conceptos, aunque a menudo con diversa terminología, de la doctrina de la imputación¹⁹. Pero sobre todo con diversa concepción sobre la libertad, la persona y el Derecho²⁰.

9. En lo que sigue me referiré a los conceptos de la doctrina de la imputación que llegan hasta finales del s. XVIII, es decir, hasta la obra kantiana. La parte II de este trabajo se destinará a describir con detalle la doctrina de la imputación que es recibida y reelaborada por Kant.

ley general, que exige como condición la identificación de un responsable. Es entonces cuando la doctrina de la *imputatio* sirve a estos fines. Cfr. también *Id.*, "La cómoda función de Dios en el iusnaturalismo otoñal", en *LH-Rojo Sanz*, I, pp. 41-58, 43; con carácter más general, sobre la evolución del modo de entender el Derecho, cfr. *Id.*, "El razonamiento jurídico secularizado: una perspectiva histórica", *Ars Iuris*, 1996, 16, pp. 85-160.

¹⁸ Así lo expone CARPINTERO, *RIFD*, 81 (2004), pp. 25-78, 31, 48-52; *Id.*, en *LH-Rojo Sanz*, I, p. 44.

¹⁹ Cfr. sobre ello, el documentado trabajo de HRUSCHKA, "Conscientia erronea und ignorantia bei Thomas von Aquin", en *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Berlín-Nueva York, 1974, pp. 115-149. Cfr. también HARDWIG, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, Hamburgo, 1957, pp. 20-32; GLÄSER, *Zurechnung bei Thomas von Aquin. Eine historisch-systematische Untersuchung mit Bezug auf das aktuelle deutsche Strafrecht*, Friburgo, Múnich, 2005, *passim*.

²⁰ Cfr. sobre este cambio, cfr. CARPINTERO, *RIFD*, 81 (2004), pp. 26-35, 38-40.

I.2. AVANCES CONCEPTUALES EN LA DOCTRINA DE LA IMPUTACIÓN

1. Más que proceder a un estudio histórico lineal de las instituciones, tarea que supera con mucho nuestro propósito, se ordena ahora la exposición en torno a tres temas que me parecen claves y que pueden considerarse como hitos en un progresivo desarrollo de la doctrina de la imputación. Esta triple temática se continúa en secciones posteriores de este trabajo (cfr., sobre todo, VIII.2).

2. Según entiendo, de la doctrina de la imputación que se ha ido configurando a lo largo del tiempo puede afirmarse que presenta tres temas como logros fundamentales: i) la calificación de la conducta humana en virtud de tener su *origen* en el agente; ii) la diferenciación de *dos niveles* o estadios de imputación; iii) la distinción entre *reglas* de imputación y *objeto* de la imputación. Estos tres temas, que se describirán a continuación (I.2.1-3), pasan, aunque con diversas denominaciones y acepciones, a las teorías jurídicas del delito elaboradas con posterioridad y que llegan hasta nuestros días.

3. Dichos logros son el resultado de una larga reflexión doctrinal sobre la acción humana y la responsabilidad. Se trata de un progresivo proceso de identificación de la imputación en diversos autores, cuyas obras llegan, directa o indirectamente, y a veces de manera parcial, a Pufendorf, Chr. Wolff, Thomasius, Baumgarten, entre otros, de quienes Kant los recibiría.

I.2.1. El agente como origen del "hecho"

1. La mera causación de un efecto no permitiría la imputación. Al menos, se entiende que procede imputar responsabilidad precisamente a un sujeto cuando *ha dado origen* a un efecto. No faltan en la historia experiencias de responsabilidad objetiva, por el resultado, meramente causal..., pero los avances de la Filosofía moral permiten superar ese *modus mechanicus*. De esto parecen ser conscientes los autores de la Filosofía moral anteriores al s. XIX. Y ello aun conociendo la doctrina sobre la causalidad física de Newton. Para la imputación, la responsabilidad, es precisa la libertad, una

libertad "originante", causante, plasmada resumidamente en la expresión *causa libera*. Incidir en la idea del artifice como *causa libera* supone apartarse de una concepción mecanicista de la causalidad. Es más, la imputación se haría posible en la medida en que se diferencie de la causación mecanicista²¹. Y ello porque, puesto que todo efecto deriva de una causa, el proceso de mera causación se remontaría al infinito. La imputación supone, en cambio, interrumpir ese proceso, ese remontarse en la cadena de causas. Pero dicha interrupción no se da arbitrariamente, escogiendo una entre la multiplicidad de causas, sino dirigiéndose, precisamente, a la causa que *da origen* a un proceso causal determinado. Afirmar de una causa que es la que *da origen* no tendría sentido si no fuera porque dicha causa se toma, no como una más (de lo contrario, quedaría en un regreso *ad infinitum*), sino como una causa que tiene un sentido diverso. Este sentido diverso proviene de la libertad²². No se trata de una mera especificación de la causalidad (*causa libera*), sino, precisamente, de aquello que permite la imputación²³. En efecto, la libertad del artifice es lo que posibilita afirmar de su acción que es un hecho.

2. La vinculación de la imputación a la idea de origen se halla, sin embargo, mucho antes de Kant. Es más, la consideración del artifice como origen en la medida en que es *causa libera* no es, en absoluto, algo exclusivo de Kant. Lo propiamente kantiano reside, según entiendo, en ese aspecto

²¹ Especialmente claro parece este punto de partida en Kant cuando distingue (*PrPh-Powalski*, AA, XXVII.1, pp. 152₃₆-153₃) entre la imputación (basada en la libertad) y la atribución (mera asignación, sin libertad).

²² Cfr. el análisis de la doctrina de la imputación de Pufendorf que traza 'Eb. SCHMIDT, *Einführung*, § 157; WELZEL, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, pp. 84-88.

²³ Cfr. las consideraciones de JOERDEN, *Strukturen*, p. 25: al identificar una *causa libera*, se inicia una nueva cadena de causas; de forma que más allá de la cuestión ontológica de si existen *causæ liberæ*, lo cierto es que imputar presupone aceptar una *causa libera* (cfr. *ibidem*, p. 24).

positivo de la libertad, entendida como capacidad de la razón pura de ser práctica para sí misma. Pero la idea de la libertad como origen, e incluso la misma expresión *causa libera* se encuentra en la doctrina anterior. Así, ya la emplea Pufendorf²⁴, y, tras él, Chr. Wolff²⁵ y otros²⁶. Es más, posee entonces, al menos en algunos autores, como es el caso de Pufendorf, por ejemplo, ese sentido causal originario (cfr. *infra*, II.3.1, párr. 4) que deriva de la libertad, y no de la mera causación²⁷. Pero mucho antes se emplea la idea de *causa libera*.

²⁴ Pufendorf emplea tanto *causa libera*, como *causa moralis*, que no significan lo mismo (sobre la distinción, cfr. *infra*, II.3.1, párr. 5; por lo demás, lo que en *De Jure Naturae* entiende Pufendorf por acción voluntaria es *causa libera* en los *Elementa*). Cfr., como *causa libera*, PUFENDORF, *Elementa jurisprudentiae universalis*, Hagae-Comitis, 1660, lib. I, def. I, § 1 (en GW, 3, Behme [ed.], Berlin, 1999, p. 7₁₂); Id., *De Jure Naturae et Gentium*, 1672, lib. I, cap. V, § I (en GW, 4.1, Böhling [ed.], p. 55₃₇); y como *causa moralis*, Id., *Elementa*, lib. I, def. I, § 4 (en GW, *ibidem*, p. 7₁₈); Id., *DeJNetG*, lib. I, cap. V, § III (en GW, *ibidem*, p. 57₉).

²⁵ Chr. Wolff, *Philosophia Practica Universalis pars prior*, Francfort-Leipzig, 1738, § 527 (GW, II-10, Ecole et al. [ed.], Hildesheim, Nueva York, 1971, p. 394), § 592 (*ibidem*, p. 436); Id., *Institutiones juris naturae et gentium*, Halle, 1750, § 3 (GW, II-26, Thomann [ed.], Hildesheim, 1969), p. 2.

Sobre Chr. Wolff (1679-1754), cfr. STINTZING/LANDSBERG, *Geschichte*, III.2, pp. 198-206; CARPINTERO/MEGÍAS QUIRÓS, en DOMINGO (ed.), *Juristas Universales*, 2, pp. 514-519.

²⁶ Así, ACHENWALL, *Prolegomena Iuris Naturalis*, Gottingae, MDCCCL-VIII, § 27, p. 25. Cfr. más detalles en CARPINTERO, *RIFD*, 81 (2004), pp. 25-78.

Sobre Gottfried Achenwall (1719-1772), cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, en DOMINGO (ed.), *Juristas Universales*, 2, pp. 624-626.

²⁷ Muy elocuente la distinción en PUFENDORF, *Elementa*, 1660, lib. I, def. I, § 4 (en GW, 3, Behme [ed.], Berlin, 1999, p. 8₂₁), donde expresa cómo la mera causación —“(significanti^{us} Germanice *verursachet*)”—; r.t.— no permite la imputación si no deriva de un *agens voluntarius*.

En opinión de WELZEL, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, p. 84, Pufendorf se basaría en Aristóteles por lo que se refiere a los fundamentos y causas de exclusión de la imputación. Al respecto, cfr. *supra*, nota 13, referida a la estructura de la *actio libera in sua causa*.

3. En efecto, ya Aristóteles entendía como acción “voluntaria” aquella que tiene su *origen* en el agente²⁸. Así, “el hombre es el único animal que es, asimismo, principio de ciertas acciones; en efecto, no podemos decir de ningún otro animal que actúa”²⁹. El agente no responde de aquello en lo que no participa de forma voluntaria, puesto que no puede decirse entonces que tenga su principio en él³⁰. De forma más precisa, expresa: “Lo voluntario podría parecer aquello cuyo principio está en el mismo agente que conoce las circunstancias concretas en las que radica la acción”³¹. Algo que después recoge Tomás de Aquino para referirse a la acción humana voluntaria: el obrar voluntario “es movido por un principio intrínseco que tiene algún conocimiento del fin, tiene en sí mismo el principio de su acto no sólo para obrar, sino también para obrar por un fin”³². El origen del obrar, *principium*

²⁸ Y además, el agente conoce las circunstancias de la acción. Cfr. ARISTÓTELES, *EN*, 1110b₁₈₋₁₉, pasaje en el que se distingue entre lo no voluntario y lo involuntario; para Aristóteles, una acción es libre si el origen del obrar se halla en el mismo agente y éste conoce las circunstancias relevantes de la acción. Sobre estas distinciones, cfr. *infra*, I.2.2, párr. 6. Se cita aquí por ARISTÓTELES, *Ética nicomáquea*. *Ética eudemia*, Introducción por Lledó Íñigo, trad. y notas por Pallí Bonet, 1ª ed., Gredos, Madrid, 1985; 3ª reimpr., 1995; siguiendo el texto de J. Bywater, *Aristotelis Ethica Nicomachea*, Scriptorum Classicorum Bibliotheca Oxoniensis, Oxford, 1894 (reimpr., 1962). Cfr. también la traducción (y texto bilingüe) a cargo de ARAUJO y MARIAS, Madrid, 1959. Las citas de la *Ética* se hacen con arreglo a la numeración de la edición *Aristotelis Opera*, Academia Regia Borussica, Berlin, 1831-1970, *Aristotelis Graece* (E. Bekker). Cfr., por lo demás, LOENING, *Die Zurechnungslehre des Aristoteles, passim*.

²⁹ Cfr. *Ética eudemia*, 1222b₂₀.

³⁰ Cfr. *Ética nicomáquea*, 1113b₂₁₋₂₂: “Las acciones cuyos principios están en nosotros dependerán también de nosotros y serán voluntarias”.

³¹ *EN*, 1111a₂₃₋₂₄.

³² “Quodcumque igitur sic agit vel movetur a principio intrínseco, quod habet aliquam notitiam finis, habet in seipso principium sui actus non solum ut agat, sed etiam ut agat propter finem”: *STh*, Ia-IIae, q. 6, a. 1, sol.

intrinsicum, viene definido por el conocimiento del fin y el obrar por dicho fin. El texto se halla en relación con otro pasaje en el que, al tratar del concepto de persona, se afirma que las sustancias racionales no sólo son actuadas por otras, como las demás sustancias, sino que además dominan sus actos, actúan por sí mismas: "Particular e individuo se encuentran de un modo mucho más específico y perfecto en las sustancias racionales que dominan sus actos, siendo no sólo movidas, como las demás, sino que también obran por sí mismas"³³.

4. La imputación se halla, así, asociada a un sujeto que se toma por el origen de un evento. Imputación es identificación de ese origen³⁴. Que la imputación exige identificar al agente como origen es algo que se encuentra en la tradición de pensamiento que llega al s. XVIII. Se trata, así, de un primer referente en el decurso de las doctrinas de la imputación: la identificación del agente como origen-*radical*. En concreto, la identificación de ese origen es posible a partir de la *libertad*. Es ésta lo que permite superar la mera sucesión causal de fenómenos y situar el origen en el agente. Las múltiples cau-

³³ "Sed adhuc quodam specialiori et perfectiori modo invenitur particulare et individuum in substantiis rationalibus, quae habent dominium sui actus, et non solum aguntur, sicut alia, sed per se agunt" y añade: "actiones autem in singularibus sunt. Et ideo etiam inter ceteras substantias quoddam speciale nomen habent singularia rationalis naturae. Et hoc nomen est persona": *STh*, Ia, q. 29, a. 1, sol. Un estudio de dicho pasaje (sobre todo del "actiones autem in singularibus sunt"), en Brock, *Acción y conducta. Tomás de Aquino y la teoría de la acción* (trad., Chiner), Barcelona, 2000, pp. 30-45. Cfr., en un contexto más amplio, GLÄSER, *Zurechnung bei Thomas von Aquin, passim*.

³⁴ Un origen que no es posible identificar cuando el sujeto no es agente sino paciente de lo que le acontece, ni cuando es "paciente en sentido moral": "Alles das wobey ich bloß leidend bin, das kann mir nicht imputiret werden, auch nicht einmahl practice, denn es kann nicht betrachtet werden, als wenn es aus der Freyheit entsprungen sey. Alles das, wobey ich moralisch leidend bin, das kann mir auch nicht imputiret werden, denn ich bin nicht moralisch frey", KANT, *PrPh-Powalski*, AA, XXVII.1, p. 154₁₇₋₂₂.

sas siguen su curso (regreso *ad infinitum*). Pero la imputación encierra siempre un origen, un punto de partida³⁵. Libertad y causalidad, así como el debate filosófico entre moralidad y mecanicismo, quedan planteados desde muy antiguo.

Cuadro 1: Imputación y origen

Imputación - - → *Causa libera* - - → (Conocimiento + origen)

1.2.2. Los dos estadios de la imputación: el "hecho" y el "reproche"

1. Gracias a la imputación hablamos de *hechos*. Y éstos se atribuyen a su artífice, no sólo como propios, sino además como reprochables o como meritorios, o simplemente se consideran como debidos. En efecto, mediante el juicio de imputación, la acción se considera hecho, lo cual significa que el sujeto es su origen y lo realizado, algo que adquiere sentido en función de reglas o pautas. Esto es lo que tiene por objeto en primer lugar la imputación. Pero este juicio se refiere también al título con el que se vincula ese hecho a su artífice. Se trata de dos operaciones diversas: la que considera la acción como hecho -supone ya atribuir algo al artífice-, y la que lo atribuye a título de mérito o demérito, en su caso. En ambas operaciones se emiten juicios de imputación -en cuanto que son atribuciones al agente. Pero el objeto es diverso en cada caso.

2. La atribución al sujeto a título de mérito o demérito presupone que ha tenido lugar una comparación -medición- del hecho con arreglo a pautas o reglas de conducta. Si se trata de un hecho que la regla exige como debido, no es posible imputar como mérito o demérito; y sí solo como mero "hecho". La posibilidad, en cambio, del mérito y del demérito presupone que se ha apreciado una diferencia entre el hecho y la regla. No obrar conforme a la regla permite atribuir lo "hecho" a título de demérito, siempre que se haya obrado con libertad;

³⁵ Por lo que supone romper la posible argumentación circular o el regreso al infinito. Sobre ello, cfr. *infra*, nota 99, la expresión de H. ALBERT como "trilema de Münchhausen", a la que se refiere Joerden.

mientras que si se obra más allá de lo que la regla prescribe, lo “hecho” es supererogatorio, en cuanto que excede de lo debido, y es atribuible entonces a título de mérito. La diversificación de la imputación en dos juicios parece tener sentido en la medida en que existe algo más que el hecho y la regla: las consecuencias del hecho, a ejecutar por quien considera la acción como hecho y lo valora.

3. Puesto que se distingue la atribución de la acción como “hecho”, y la de éste en relación a la regla, puede concluirse que el “hecho” se toma en consideración desde dos puntos de vista diversos. En efecto, la acción presenta interés al que imputa, tanto para atribuírselo como suyo (*factum*, “hecho”), como para abrir la vía a la imposición de sus consecuencias. En la legislación externa de carácter jurídico, las consecuencias son las penas y los “premios”.

4. Algunos autores de la doctrina de la imputación se refieren a dos juicios (*imputatio facti* e *imputatio iuris*) y, aparte, a la operación de medición del hecho con arreglo a la ley (*applicatio legis ad factum*). No se trata de una mera diferenciación académica, sino de una consecuencia de la diversa naturaleza de las operaciones que efectúa el sujeto imputante. En efecto, es preciso diferenciar entre el hecho en cuanto medido por la regla y la atribución al agente de ese hecho. De forma que habrá “hechos” que: i) son contrarios a la regla (quedan por debajo de lo exigido en ella), y se procede entonces a imputarlos como demeritorios³⁶; o bien, ii) exceden de lo dispuesto en la regla, supererogatorio, y se imputan entonces como meritorios; o bien, iii) coinciden con lo dispuesto en la regla en cuestión, por lo que no procede imputación alguna a título de mérito o demérito.

5. Esa diferenciación se percibe ya en autores del s. XVIII³⁷. Al menos Daries había procedido, ya en 1740, a diferenciar la

³⁶ Salvo que concurren causas de la exclusión de esta imputación, sobre las que se tratará a lo largo de este trabajo.

³⁷ Por lo demás, la doctrina anterior se había ocupado del estudio y tratamiento de los casos de justificación, con muy desiguales resulta-

imputatio facti y la *imputatio iuris*; más aún, había propuesto diferenciar de ambas la llamada *applicatio legis ad factum*, que mediaría entre ambos juicios de imputación³⁸, cuyo presupuesto sería la *imputatio facti*, y sería a su vez presupuesto de la *imputatio iuris*. Así, cuando expresa que ambas, *imputatio facti* e *imputatio iuris*, no son especies diversas de la imputación³⁹, sino partes integrantes, necesarias, de la operación de imputar. Ambas deben concurrir para poder imputar el hecho a su *auctor* y a éste como meritorio⁴⁰. A su vez, la *imputatio iuris* no es posible sin haber procedido previamente a imputar el *factum*, sin la *imputatio facti*⁴¹. Es más, Daries distingue entre aquel a quien corresponde efectuar la *imputatio facti*, al que denomina *actor*, y aquel a quien corresponde la *imputatio iuris*, el *iudex*⁴². Pero ambas operaciones son

dos. Sin embargo, dicho empeño doctrinal por encontrar sentido a las conductas en casos de crisis para los bienes jurídicos muestra cómo no es posible una solución unitaria, sino más bien matizada y diferenciadora. Cfr. una breve exposición de estos intentos en la doctrina del Derecho común, en SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren*, pp. 85-90. Para el estudio en la obra de Tomás de Aquino, cfr. GLÄSER, *Zurechnung bei Thomas von Aquin*, pp. 141-145; y en la de Pufendorf, WELZEL, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, pp. 88-92.

³⁸ Cfr. HRUSCHKA, *IyDP*, pp. 31-33. Sobre Joachim Georg Daries (1714-1791), cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, en DOMINGO (ed.), *Juristas Universales*, 2, pp. 622-624.

³⁹ “Notandum est, imputationem facti et imputationem iuris non esse diuersas imputationis species”: DARIES, *Institutiones Iurisprudentiae Universalis*, 4ª ed., Ienae, MDCCCL, § 218, cor. I, en p. 117 (la 1ª ed., Jena, 1740, no ha podido consultarse).

⁴⁰ Que constituye la llamada *imputatio plena*. Cfr. DARIES, *ibidem*, § 219, en p. 117: “Plena igitur imputatio est declaratio, ad quem factum eiusque merita pertineant” (r.t.). Pero no puede entenderse lo que denomina “*imputatio plena*” como género de las dos especies (cfr. *ibidem*, § 219, cor.), sino como el resultado de las dos operaciones de imputar.

⁴¹ *Ibidem*, cor. I: “Imputatio ergo iuris sine imputatione facti stare nequit”.

⁴² Cfr. *ibidem*, § 222, en p. 119: “Ille, qui imputationem iuris efficit, est iudex, et a quo imputatio facti dependet, vocatur actor. Actor igitur

diversas de lo que denomina *applicatio legis ad factum*, tarea que incumbe al *iudex* –quien debe juzgar entonces sobre la concordancia del hecho con arreglo a la ley⁴³–, y que sigue a la *imputatio facti* y precede a la *imputatio iuris*⁴⁴.

6. Por otra parte, aunque no fuera a menudo puesta de relieve la relación de esos dos niveles (*facti/iuris*), se constata desde muy antiguo la diferenciación implícita entre la *vis absoluta*, y otras formas de *vis*. Así, por ejemplo, cuando Aristóteles diferencia entre el caso de quien es movido irremediabilmente por otro (como cuando alguien es arrastrado por el viento o llevado por quien le tiene en su poder), de los casos de intimidación, en los que se actúa sobre la formación de la voluntad (así, el caso de las amenazas)⁴⁵. Lo que a Aristóteles le interesaba de casos como esos⁴⁶, entre otros aspectos (como el de las acciones “mixtas”), era lo dudoso que resultaba calificar como voluntario lo realizado en ambos supuestos⁴⁷.

declarat, ad quem factum pertinet, et qui de meritis, auctori, a quo factum dependet, adsignandis iudicat, *iudex est*” (r.t.). Cfr. también *ibidem*, § 243, en p. 127.

⁴³ Cfr. *ibidem*, § 225, en p. 120.

⁴⁴ Cfr. *ibidem*, § 225, sch., en p. 121.

⁴⁵ En concreto: “Por ejemplo, si un tirano que es dueño de los padres e hijos de alguien mandara a éste hacer algo vergonzoso, amenazándole con matarlos si no lo hacía, pero salvarlos si lo hacía”: *EN*, 1110a_{3,6}.

⁴⁶ En efecto, el problema ya lo percibió Aristóteles al anotar tras el ejemplo antes citado: “es dudoso si este acto [sc. el de obrar como ordena el tirano amenazador] es voluntario o involuntario” (*EN*, 1110a₇). A éstas, a las acciones llevadas a cabo por temor, las califica como “acciones mixtas” (1110a₁₁).

⁴⁷ Es, en definitiva, el problema que sigue latente en la doctrina posterior (cfr., p. ej., en *STh*, Ia-IIæ, q. 6, a. 6), hasta llegar al pasaje del *ius necessitatis* de *La metafísica de las costumbres* (*MdS*, AA, VI, pp. 235-236). En la discusión que precede a este pasaje de Kant se encuentra ya la distinción entre dos situaciones de estado de necesidad: la *necessitas simplex seu absoluta*, frente a la *necessitas cum adiunctione*. Cfr. referencias en HRUSCHKA, *IyDP*, pp. 89-99, en particular, pp. 94-95.

A su vez, se percibe cómo Aristóteles ve necesario recurrir a una distinción que arroja abundante luz sobre los matices de la imputación, y que propongo clasificar de la siguiente manera, aun a riesgo de ir más allá de la propia letra de aquél⁴⁸. En concreto, partiendo de que no es voluntario lo que se hace por fuerza o por ignorancia, distingue⁴⁹ entre lo “no voluntario” (οὐχ ἐκούσια, οὐχ ἐκούσιον) y lo “involuntario” (ἀκούσια, ἀκούσιον)⁵⁰. Y, puesto que tanto la violencia como la ignorancia excluyen lo voluntario, ambas podrían generar algo *involuntario*, como también algo *no-voluntario*⁵¹. De esta manera, lo forzoso puede dar lugar a: i) algo *no voluntario*; ii) algo *involuntario*. De forma paralela, la ignorancia puede

En Darjes se presentan tres diferenciaciones de situación de necesidad, que se corresponderían con los dos estadios de la imputación (*imputatio facti*, *imputatio iuris*) y con la *applicatio legis* (cfr. *IyDP*, p. 30).

⁴⁸ En efecto, es dudoso –como señalaron los profesores A. Vigo y A.M. González en el acto de defensa de este trabajo– que Aristóteles se esté refiriendo a los casos de violencia, además de los de ignorancia.

⁴⁹ Cfr. *EN*, 1110b₁₈₋₁₉, entre otros lugares.

⁵⁰ Que en su forma verbal serían vertidos al latín como “*nolle*” y “*non velle*”, respectivamente. Suele emplearse en castellano los adverbios “(in) voluntariamente” para destacar el matiz. Así, en TOMÁS DE AQUINO, *Comentario a la ética a Nicómaco de Aristóteles* (trad., Mallea, estudio preliminar y notas, Lértora Mendoza), Pamplona, 2000, Nm 256, en nota. Sobre este tema, afirma Tomás de Aquino en otro lugar: “La expresión ‘no querer’ [*non velle*] puede tener dos sentidos: uno positivo, equivalente al infinitivo del verbo ‘no quiero’ [*nolo*]; y así cuando digo: ‘no quiero leer’, el sentido es: ‘Quiero no leer’; en tal caso el ‘no querer’, causa involuntario [*et sic non velle causat involuntarium*]. Otro es el sentido negativo que se expresa como oración, según el cual no se afirma acto de la voluntad, y de este modo el no querer no causa el involuntario” (SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica* [texto latino de la ed. crítica Leonina, trad. castellana y anotaciones, dir. por Barbado Viejo et al.], Madrid, 1954, Ia-IIæ, q. 6, a. 3, sol. 2). También *ibidem*, Ia-IIæ, q. 76, a. 3, co., distingue entre *involuntarium* y *non volentem*, remitiéndose al libro III de la *EN* (cfr., sobre este pasaje, HRUSCHKA, en *FS-Welzel*, p. 137).

⁵¹ “Es forzoso aquello cuyo principio es externo y de tal clase que en él no participa ni el agente ni el paciente” (*EN*, 1110a_{2,3}; “... y sin que el

hacer que algo sea: iii) *no voluntario*; o bien, iv) *involuntario*⁵². El propio Aristóteles indica que al tratarse de realidades distintas, es conveniente designarlas con términos diversos⁵³. Sin embargo, en el lenguaje de su época no parece hallar un término propio para indicarlo, por lo que propone uno específico: la dualidad de *ὄχι ἐκούσιον* y *ἀκούσιον*.

7. Por lo demás, es clásica la distinción entre *ignorantia facti* e *ignorantia iuris*⁵⁴. No sólo por ser conocida y emplea-

hombre forzado intervenga en nada", 1110b₁₇); pero de lo que se hace por temor es dudoso si se trata de algo voluntario o no (1110a₁). Al respecto, cfr. LOENING, *Die Zurechnungslehre des Aristoteles*, pp. 195-210.

Por otra parte, para poder afirmar que una acción es justa, se precisa en su agente la plena voluntariedad: querer la acción y saber además que es justa: "No porque algunos hagan lo justo son, por eso, justos, tal, por ejemplo, los que hacen lo ordenado por las leyes involuntariamente o por ignorancia o por alguna otra causa y no porque es justo (aunque hacen lo que se debe hacer y lo que es necesario que haga el hombre bueno)..." (1144a₁₄₋₁₆); "el obrar justamente es siempre voluntario" (1136a₂₀). Sobre la relevancia del conocimiento y desconocimiento de la prohibición en la doctrina de Aristóteles, cfr. LOENING, *ibidem*, pp. 212-215.

⁵² Añade: "si causa dolor y pesar", EN, 1110b_{19, 21-22}; y "debe ir seguida de pesar y arrepentimiento", 1111a₂₀.

⁵³ Cfr. EN, 1110b₂₄₋₂₅: "ya que difiere [del otro] es mejor que tenga un nombre propio".

⁵⁴ Es habitual distinguir *error* e *ignorancia*. Un criterio de distinción se basa en que la segunda presupone un deber de conocer, mientras que el primero se trataría de un desconocimiento respecto al cual no hay deber de conocer. A mi modo de ver, sin embargo, tal distinción no es tan relevante, y por eso no será aquí tenida en cuenta, pues de lo que ahora se trata es del desconocimiento de los elementos que son relevantes (común en error y en ignorancia), y no del título en virtud del cual se hace responsable al sujeto de ese desconocimiento (cfr. *infra*, I.2.3), es decir de una posible imputación con base en reglas adversativas. Otro criterio de distinción, que tampoco será suficiente para distinguirlos aquí, se halla en que el error consiste en un juicio falso, no verdadero, sobre la realidad, mientras que la ignorancia un estado de desconocimiento. Pero lo relevante es la divergencia –sea juicio, sea situación– entre la representación por el sujeto y lo que comparece fuera de él.

da –aunque con poca amplitud– en la doctrina del Derecho común⁵⁵, sino ya antes en la obra de Aristóteles, también en el contexto de la voluntariedad de las acciones⁵⁶. En efecto, Aristóteles distingue ya casos que hoy serían considerados como error de tipo⁵⁷, frente a otros que lo serían como error de prohibición⁵⁸.

8. La anterior exposición viene a mostrar que en la reflexión sobre la acción se ve muy pronto necesario recurrir

⁵⁵ Cfr. SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren*, pp. 131-146.

⁵⁶ Como pusieron de manifiesto los profesores A. M. González y A. Vigo, en el acto de defensa de este trabajo, en la obra moral de Aristóteles es preciso distinguir *ἐκούσιον* (o volición, según la terminología que aquí se empleará) y *προαίρεσις* o "elección". Según entiendo, el doble nivel de la imputación podría acoger tal dualidad, de forma que la mera volición carecería de la plenitud de sentido que se contiene en cambio en la elección entendida como *προαίρεσις* y que hace referencia a algo más que a la mera opción por algo. Así, la volición permitiría imputar algo primariamente, pero la imputación (de segundo nivel) no se agota en ella.

⁵⁷ En concreto, el propio Aristóteles detalla *algunos casos* de error que nuestros tribunales y doctrina consideran hoy sin duda errores de tipo: "...puede uno ignorar lo que hace, por ejemplo, cuando alguien dice que se le escapó una palabra o que no sabía que era un secreto, como Esquilo con los misterios, o que, queriendo sólo mostrar su funcionamiento, se le disparó, como el de la catapulta. También podría uno creer que su propio hijo es un enemigo, como Mérope; o que la punta de hierro de la lanza tenía un botón; o que una piedra cualquiera era piedra pómez; o dando una bebida a alguien para salvarlo, matarlo por el contrario; o queriendo a uno darle una palmadita, noquearlo como en el pugilato. Puesto que uno puede ignorar todas estas cosas en las que está implicada la acción, el que desconoce cualquiera de ellas especialmente las más importantes, se piensa que ha obrado involuntariamente, y por las más importantes se consideran las circunstancias de la acción y del fin" (EN, 1111a₃₋₁₉). Cfr. LOENING, *Die Zurechnungslehre des Aristoteles*, pp. 211-212.

⁵⁸ "[Castigan] también [sc., los legisladores] a los que ignoran *ciertas materias legales que deben saberse* y no son difíciles; y lo mismo en los casos en los que la ignorancia parece tener *por causa la negligencia*, porque estaba en su poder no ser ignorantes, ya que eran dueños de poner atención." EN, 1113b₃₃-1114a₃ (r.a.).

a distinciones que permitan atender a las peculiaridades del caso. Así, no toda ignorancia del agente es igual: es preciso diferenciar entre las que recaen sobre materias de Derecho y materias de hecho. Paralelamente, han de recibir diverso tratamiento los casos de violencia física y los de "violencia psíquica". Más aún, la reflexión sobre la acción, la filosofía práctica o moral, se ha visto obligada a crear términos nuevos para poder distinguir matices relevantes en materia de imputación.

Cuadro 2: Los dos estadios de la imputación

		Ignorantia	Vis	
Hecho	Imputación de primer nivel	<i>facti</i>	absoluta (<i>physical</i>)	- - -> "No voluntario" (οὐχ ἐκούσιον)
(De-) mérito	Imputación de segundo nivel	<i>iuris</i>	<i>moralis</i>	- - -> "Involuntario" (ἀκούσιον)

1.2.3. La distinción entre objeto y reglas de imputación

1. A los temas anteriores puede añadirse ahora otro logro en la evolución de las doctrinas de la imputación. Considero como un hito la diferenciación entre el *objeto* (el "hecho" y el título con arreglo al cual se atribuye, mérito o demérito) y las *reglas* de imputación. A finales del s. XVIII dirá Kant que el hecho es una acción que "se somete a las leyes...". El "hecho" no sólo se considera *del* agente, se atribuye, se imputa, sino que además se mide con arreglo a leyes. Se trata de dos operaciones diversas: la de imputación y la de su medición. Aunque, en la praxis, el dominio de la idea de la subsunción como supuesto paradigma del Derecho puede hacer pensar que se trata de "aplicar la ley", no es ésta la única ni la principal operación que domina nuestras relaciones en la vida en sociedad. En ésta se hallan presentes, sin duda, reglas de conducta. Pero las reglas carecerían de sentido en cuanto tales si no pudieran emplearse, además de para guiar la conducta, también para la medición de lo obrado. La norma, al definir mediante tipos cuáles son las conductas prohibi-

das, prescritas o permitidas, aporta al destinatario pautas de comportamiento en la prospectiva (configuración de sus acciones futuras). Y, a la vez, la norma ofrece al sujeto que efectúa la imputación un baremo o escala de medición, al enfrentarse en la retrospectiva (atribución de responsabilidad por lo realizado) con el objeto de imputación⁵⁹. Es entonces cuando entra en juego el juicio de imputación. Éste permite afirmar de lo obrado que se trata de un "hecho", es decir que su agente es identificado como racional, en cuanto se rige por pautas. Lo cual hace posible la comunicación misma, en la medida en que lleva consigo "atribución de sentido", del concreto sentido de que aquello en lo que el agente se ve envuelto constituye expresión (exteriorización) de reglas de conducta. A continuación, es el hecho lo que se somete a las reglas de conducta, ahora empleadas para medir, "sopesar", lo obrado.

2. Lo dicho tiene especial valor por destacar que la imputación no es una operación de mera comparación entre lo realizado y la ley. Esto es, en cambio, lo que se efectúa en la llamada *applicatio legis ad factum*. En los juicios de imputación, en la medida en que consisten en *atribuir* al agente, se realiza algo distinto. En las operaciones de imputación se trata de establecer una conexión, de trazar una vinculación entre los dos términos del juicio de imputación (sujeto y acción). En el juicio de imputación del hecho (*imputatio facti*) dicha conexión deriva de la "identificación" de la *causa libera* que constituye el origen de un nuevo hecho. Para poder afirmar de alguien que es *causa libera*, es preciso dar entrada a dos criterios, que operarían como sendas reglas de imputación: el artífice ha de conocer lo que hace y ha de tener control sobre su entorno inmediato. Así, constituye una regla de imputación el que no sea posible imputar aquello que el sujeto

⁵⁹ Cfr. HRUSCHKA, *IyDP*, pp. 28-29; próximo, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Fráncfort d.M., 1989, pp. 29-34.

no puede evitar porque tiene su origen en un factor diverso, pues entonces la causa no es *libera* en cuanto origen-*radical*, sino eslabón en una cadena de causas. Como también es preciso, para hablar de *causa libera*, el conocimiento de las circunstancias por parte del artifice.

3. En segundo lugar, aun en casos de ausencia de dolo, no procede excluir la imputación en ciertos casos. La trasgresión no dolosa puede, a pesar de ello, imputarse, como “*simple culpa*” —expresa el propio Kant⁶⁰. Antes de Kant, plantea

⁶⁰ Cfr. *MdS*, AA, VI, p. 224_{4,7}: mientras que la trasgresión realizada con dolo se imputa en cuanto tal, la “realizada *sin dolo*, que, no obstante, puede ser imputada, se llama *simple culpa*” (r.t.). El uso por Kant de la expresión “*Verschuldung*” (culpa) se aparta de su sentido, más amplio [como endeudamiento, infracción, falta, demérito...: cfr. J. y W. GRIMM, *Deutsches Wörterbuch*, 25 [continuado por E. Wülcker *et al.*, orig., Leipzig, 1956], Múnich, 1984, *passim* [col. 1179]]: se trataría, por tanto, de un significado estricto de la expresión buscado a propósito.

La posibilidad de imputar algo que no constituye el propio hecho del agente se plantea también por KANT, *RGV*, AA, VI, pp. 31-32 (también, *ibidem*, pp. 37_{9,11}; 38_{1,4}; 41_{15,17}), cuando se pregunta si es posible imputar al ser humano la propensión a obrar mal en sentido moral: su argumentación es que, si bien no es posible imputar sino sólo los hechos, se nos podría imputar con base en un hecho anterior, originario, como causa de la que derivan los hechos posteriores. Una argumentación algo semejante se deja sentir cuando se pregunta por la imputación de los hechos realizados por costumbre: cfr. en *MPh-Collins*, AA, XXVII.1, pp. 292₂₉-293₄. Más claro resulta aún lo que se recoge en *MdS-Vigilantius*, AA, XXVII.2.1, p. 563₃₂₋₃₈, a propósito de la imputación al agente de su propia incapacidad de obrar: “Jedoch ist diese Impotenz zu handeln oder eine Handlung zu unterlassen, die hier als absolut angenommen wird, nur dann nicht imputabel, insofern der Handelnde nicht causa libera dieser Impotenz ist, oder sie nur durch eine Bedingung entstand, die in ihm lag. Causa causati est causa causae. Mit aller Vorsicht hätte er z. B. den Erfolg einsehen können, — die nächste Ursache war zwar zufällig, aber die entfernte lag in ihm.” Y también en *MdS-Vigilantius*, AA, XXVII.2.1, pp. 565₃₆-566_{1,7}: “Daher trifft auch die Imputation auf jede Wirkung, die in einer *verschuldeten* Unwissenheit oder Unvermögenheit ihren Grund hatte. Der Handelnde war ja unter Umständen, wo er die Folgen der Handlung durch Hinwegräumung des Hindernisses oder Unterlassung dessen, wodurch er sich es zuzog, übersehen konn-

Pufendorf la posibilidad de la imputación aun en casos de ausencia de dolo⁶¹. De este modo, la función de dichas reglas de imputación no se agota en ese papel funcional que permite establecer la conexión sujeto-acción, los dos términos del juicio de imputación (*facti*). Dichas reglas permiten también superar la imposibilidad de imputar cuando el propio sujeto ha provocado su defecto de imputación. Esto abre la posibilidad de distinguir entre las reglas de imputación de carácter *consecutivo* y las de carácter *adversativo*.

4. Califico como reglas de carácter *consecutivo* aquellas que permiten enlazar dos términos como consecuencia lógica: uno de los términos es consecuencia del otro. Así, en la medida en que el hecho requiera la existencia de una *causa libera*, lo que se entienda por ésta condiciona la imputación. Inversamente, lo que se entienda por *causa libera*, lo que ésta requiera, podrá ser empleado para rechazar la imputación cuando no se constaten dichos requisitos. Desde antiguo se viene estudiando la acción humana como *voluntaria*, y presentando frente a ésta, aquellos supuestos en los que falta la voluntariedad. En particular, la fuerza y la ignorancia, como

te. z. E. durch Trunk leidet Jemand an der Gicht, und diese macht ihm zum Amte unfähig; oder es fehlt Jemand wegen Unwissenheit eines Gesetzes, dessen Kenntniß zu dem Geschäfte nöthig war. Dies gilt von allen Handlungen, sie mögen erlaubt oder unerlaubt, merita oder demerita, seyn, insoweit als sie unter dem Gesetz stehen” (r.t.).

Sin necesidad de indagar difíciles estructuras de imputación, ya el argumento empleado por Kant en otro lugar y contexto, en el conocido pasaje en el que responde a la pregunta “¿Qué es la ilustración?”, es un recurso a la imputación al agente de su propia imposibilidad (culpable) de servirse del propio entendimiento.

⁶¹ Cfr. PUFENDORF, *DeJNetG*, lib. I, cap. V, § VIII (en *GW*, 4.1, Böhling [ed.], pp. 62-63), para los supuestos de ignorancia; también para casos de imposibilidad de actuar (cfr. *ibidem*, p. 60₃₃). Sobre el tema, cfr. el documentado estudio de HRUSCHKA, *IyDP*, pp. 55-88, que es muestra de una serie de trabajos (al menos, desde *Id.*, “Methodenprobleme bei der Tatzurechnung trotz Schuldunfähigkeit des Täters”, *SchwZStr*, 90 [1974], pp. 48-77) que pretenden poner en claro cuáles son las reglas de imputación empleadas en casos de defecto del propio agente.

expresa Aristóteles: involuntario es "lo que se ignora, o no se ignora pero no depende de uno, o se hace por fuerza"⁶².

5. Por reglas de carácter *adversativo* entiendo aquellas que permiten imputar a pesar de no darse los elementos que fundamentan la imputación de manera directa, consecutiva⁶³. También en la doctrina anterior a Kant se encuentran reglas de este carácter; y con cierta elaboración. El origen de estas reglas y estructuras de imputación es antiguo: se remonta, al menos, a Aristóteles, que emplea algunas en la *Ética nicomáquea*; su elaboración prosigue con Tomás de Aquino⁶⁴; se desarrolla en las doctrinas del Derecho natural y llega hasta la legislación de nuestros días⁶⁵. También en la doctrina científica, donde se perciben cuando los autores se plantean la responsabilidad del agente por sus propios defectos de imputación. Uno de los textos en el que de forma más clara se plantea esta cuestión, se halla en el libro III de la *Ética nicomáquea*⁶⁶. Se distingue ya entre la ignorancia sin más, y la ignorancia que tiene en el agente su causa⁶⁷. Así, la exclusión de la voluntariedad, y

⁶² EN, 1135a₃, 1135b₁.

⁶³ Con otras palabras, lo que Hruschka denomina *imputación extraordinaria*, frente a la ordinaria (cfr. HRUSCHKA, *IyDP*, pp. 35, 56-64; *infra*, X.2.4). En su opinión, sería conveniente tratar como "*actiones liberae in causa*" —como lo que son— no sólo los casos de embriaguez, sino también los de imprudencia: cfr. *ibidem*, pp. 35-36 y 60.

⁶⁴ Cfr. *infra*, nota 67.

⁶⁵ Basta con recordar lo previsto en los arts. 14.1, 14.3 y 20.1 CP español. Sobre el origen de algunas de estas estructuras, en concreto referido a la *actio libera in causa*, cfr. HRUSCHKA, *FS-Link*, pp. 687-704; ya antes, *Id.*, "Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Puffendorf. Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von *actio libera in se* und *actio libera in sua causa*", *ZStW* 96 (1984), pp. 661-702 (= *IyDP*, pp. 55-88); *Id.*, *SchwZStR* 90 (1974), pp. 55-61.

⁶⁶ Referido a la moralidad de la acción humana. Aristóteles se refiere, más que a lo que después se denominaría imputación, a lo que caracteriza la acción como voluntaria o involuntaria.

⁶⁷ "Todo ello parece estar confirmado, tanto por los individuos en

por tanto de la imputación, no impide que se pueda atribuir al agente precisamente esa exclusión de voluntariedad⁶⁸ si estaba en su mano el evitar la situación⁶⁹.

6. También en el pasaje paralelo del comentario (*In decem libros ethicorum Aristotelis ad Nicomachum Expositio*, 1270-1272) de Tomás de Aquino⁷⁰, se avanza en la doctrina ante-

particular, como por los propios legisladores: efectivamente, ellos castigan y toman represalias de los que han cometido malas acciones sin haber sido llevados por la fuerza o por una ignorancia *de la que ellos mismos no son responsables*, y, en cambio, honran a los que hacen el bien, para estimular a éstos e impedir obrar a los otros. [...] Incluso castigan el mismo hecho de ignorar, si el delincuente parece responsable de la ignorancia; así, a los embriagados, se les impone doble castigo; pues el origen está en ellos mismos, ya que eran dueños de no embriagarse, y la embriaguez fue la causa de su ignorancia. Castigan también a los que ignoran *ciertas materias legales que deben saberse* y no son difíciles; y lo mismo en los casos en los que la ignorancia parece tener *por causa la negligencia*, porque estaba en su poder no ser ignorantes, ya que eran dueños de poner atención", 1113b₂₃-1114a₃ (cursiva añadida); cfr. también, 1110b₂₀₋₂₅; 30-34; 1114a₂₉₋₃₂. Y en el texto de la versión latina de Guillermo de Moerbeke, que parece ser el empleado por Tomás [cfr. *infra*, nota 70]: "His autem videntur testificari et propria quae a singulis et ab ipsis legislatoribus. Puniunt enim et cruciant facientes mala quotquot non vi, aut propter ignorantiam cuius non ipsi causa. Bona autem operantes honorant, velut hos quidem provocantes, hos autem prohibentes. [...] Etenim ipso ignorante puniunt, si causa videatur esse ignorantiae. Puta ebrius duplices increpationes. Principium enim in ipso: dominus enim est eius quod est non inebriari: hoc autem ignorantiae causa. Et ignorantes aliquid eorum quae in legibus, quae oportet scire et non difficilia sunt, puniuntur. Similiter et in aliis quaecumque propter negligentiam ignorare videntur, ut in ipsis existente non ignorare. Eius enim quod est diligentes esse, domini sumus" (cfr. 3ª ed., Marietti, a cargo de Spiazzi, Turin, 1964, p. 141).

⁶⁸ Cfr. también *Magna moralia*, libro I, cap. 33 (1195a, final).

⁶⁹ De nuevo se recurre —como no podía ser de otra manera— a la idea de causa y origen en el agente (cfr. *supra*, I.2.1): la imputación, mediante estas reglas adversativas, o con las consecutivas, requiere la identificación de la *causa libera*.

⁷⁰ Se sigue aquí la traducción castellana cit. *supra*, nota 50 (TOMÁS

rior y se sistematiza⁷¹. Es preciso diferenciar según la ignorancia tenga o no su causa en el agente⁷². Con sus propias

DE AQUINO, *In decem libros ethicorum Aristotelis ad Nicomachum Expositio*, 1270-1272, trad. directa del latín según Ludovico Vivès, obras completas, XXV, París, 1875, cotejada con la ed. Marietti de la misma obra, Turín, 1964, y con la ed. Leonina de *Sententia libri ethicorum*, Obras Completas, t. LXVII, vols. 1-2, Roma, 1969), citando por el número de parágrafo. "En cuanto a los escritos éticos de Aristóteles, a finales del s. XII se disponía de una traducción de los libros 2 y 3 de la *Ética nicomáquea*. Esa traducción había sido hecha sobre el texto griego (posiblemente era obra de Boecio), y se la conoció como *Ethica Vetus*, mientras que una traducción más tardía (del libro 1) fue conocida por *Ethica Nova*. Una traducción completa, atribuida comúnmente a Roberto Grosseteste [...], cuyos tres primeros libros son una recensión de la *Ethica Vetus* y la *Ethica Nova*, se hizo entonces sobre el texto griego": cfr. COPLESTON, *Historia de la Filosofía*, 2, trad., García Borrón, Barcelona, 1978, p. 209 (cfr. también SARANYANA, *Historia de la Filosofía medieval*, Pamplona, 1999, p. 203). Ya Alberto Magno había escrito un Comentario a la *Ética nicomáquea* durante su magisterio en Colonia (1248-1254) (SARANYANA, p. 207), que bien pudo conocer Tomás. Además, el de Aquino había comenzado a familiarizarse con los textos y doctrina de Aristóteles durante sus estudios en la Universidad de Nápoles; después en la de Colonia, es indudable que se viera influido por el magisterio de Alberto Magno, dado que hacía años que éste había iniciado sus paráfrasis a Aristóteles: cfr. SARANYANA, p. 227. Sobre las concretas traducciones empleadas por Tomás, cfr. LÉRTORA MENDOZA, "Estudio preliminar" a la traducción castellana, *ibidem*, pp. XVIII-XIX, donde se recoge cómo pudo haber empleado la versión latina de Guillermo de Moerbeke, pero también otras.

Por otra parte, la primera traducción al castellano de la *Ética nicomáquea* es la del Príncipe de Viana (*La filosofía moral del Aristótil: es asaber Ethicas, Polithicas y Economicas. En Romance*), Zaragoza, 1509, sobre la base de la versión latina de Leonardo Aretino. Cfr. LLEDÓ ÍÑIGO, Introducción a ARISTÓTELES, *Ética nicomáquea. Ética eudemia*, p. 124.

⁷¹ Cfr. sobre la doctrina de Tomás de Aquino sobre el acto humano y su moralidad, A.M. GONZÁLEZ, *Moral, razón y naturaleza. Una investigación sobre Tomás de Aquino*, 1998, 2ª ed., Pamplona, 2006; BROCK, *Acción y conducta*, 2000; GLÄSER, *Zurechnung bei Thomas von Aquin*, 2005.

⁷² Cfr. también en Aristóteles una segunda distinción: entre lo obrado por ignorancia y lo obrado con ignorancia (*EN*, 1110b₂₆), que enlaza

palabras: "Pero la ignorancia causa lo involuntario, como ya se ha dicho. Sin embargo, si somos la causa de la ignorancia, ésta será una ignorancia voluntaria y, entonces, por ella seremos castigados. Pero el hombre puede ser causa de su ignorancia de dos modos. De uno, directamente haciendo algo: como se ve en los que se emborrachan y, por esto, se vuelven ignorantes. [...] De esta manera, el hombre es la causa de su ignorancia. De otro modo, el hombre es causa indirectamente de su ignorancia porque no hace lo que debe hacer. Esta ignorancia, de lo que debe saber y puede, es considerada voluntaria y, por ella, los hombres son castigados. [...] Pues son dueños de sí y tienen en su poder el ser diligentes y no negligentes"⁷³. Contemporánea al *Comentario* es la segunda

con la idea de que el propio agente sea responsable de la fuerza o la ignorancia que sobre él opera ("por la fuerza o por una ignorancia de la que ellos mismos no son responsables", 1113b₂₆₋₂₇; para la ignorancia, también 1113b₃₀-1114a₄). Además, "cuantos errores se cometen no con ignorancia, sino también por ignorancia, son perdonables; pero, cuando la ignorancia no es la causa, sino que es debida a una pasión que no es ni natural ni humana, no son perdonables" (1136a₆₋₉).

⁷³ *CEN*, Nm 335 ("Ignorantia autem involuntarium causat, ut supra dictum est: si tamen nos sumus ignorantiae causa, erit ignorantia voluntaria, et pro ea puniemur. Potest autem homo esse causa suae ignorantiae dupliciter. Uno modo directe aliquid agendo; sicut patet de his qui se inebriant, et ex hoc redduntur ignorantes: qui sunt dupliciter increpandi. Primo quidem quia se inebriaverunt. Secundo quia ex ebrietate aliquod peccatum fecerunt. Principium enim ebrietatis est in potestate ipsius hominis, quia homo est dominus eius, quod non inebrietur, idest in sua potestate hoc habet: ebrietas autem est causa ignorantiae. Et sic per consequens est homo ignorantiae causa. Alio modo homo est causa ignorantiae indirecte per hoc quod non agit id quod agere debet. Propter hoc ignorantia eorum quae scire tenetur et potest, reputatur voluntaria, et propterea homines puniuntur. Et hoc est quod dicit quod legislatores puniunt ignorantes ea quae sunt lege statuta, quae omnes scire oportet; sicut quod non est furandum; et non difficilia iuris quae non tenentur omnes scire, quia nec possent. Et idem etiam in aliis quaecumque homines videntur ignorare propter negligentiam; quia in potestate eorum erat, ut non ignorarent. Domini enim sunt sui; et in

parte de la *Summa Theologiæ* (1268-1272), donde la terminología varía sensiblemente, pero se mantienen las reglas de imputación⁷⁴.

7. Sobre lo involuntario por *ignorancia*, sistematiza Tomás de Aquino tres diferenciaciones⁷⁵. Establece, en primer lugar, en función de la forma de vinculación de lo ignorado a la voluntad, una diferenciación entre *nolle* y *non velle*⁷⁶: una cosa es lo contrario a la voluntad (involuntario) y otra lo ajeno a la voluntad (no voluntario), que es universalmente no voluntario, porque la voluntad no se mueve en estos casos por un objeto, ya que no se percibe el bien. Así, aunque en ambas ni se conoce ni se obra con voluntad⁷⁷, conviene distinguir aquello que, al percibir que se ha errado, es objeto de tristeza y pesar (a lo que considera involuntario en cuanto *contrario a la voluntad: nolle*), de aquello que no produce tal tristeza (a lo que considera involuntario en cuanto *ajeno a la voluntad: non velle*)⁷⁸. Según alcanzo, lo *ajeno a la voluntad* excluye hasta

potestate sua habent, ut sint diligentes et non negligentes.”, r.t.). Cfr. sobre este pasaje HRUSCHKA, *FS-Link*, p. 693, que resalta la distinción entre el hecho de embriagarse y lo realizado en situación de embriaguez para la operatividad de la estructura de *actio libera in causa*. Cfr. el estudio de GLÄSER, *Zurechnung bei Thomas von Aquin*, pp. 186-195.

⁷⁴ Así, en *STh*, IIa-IIæ, q 76, a 4c, se distingue entre la ignorantia “directe et per se voluntaria” de la “ignorantia indirecte et per accidens voluntaria”, *apud* HRUSCHKA, *FS-Link*, p. 694.

⁷⁵ Cfr. HRUSCHKA, en *FS-Welzel*, pp. 115-149. Sobre la distinción entre el obrar *en* ignorancia y el obrar *por* ignorancia en Aristóteles, cfr. Vigo, “Incontinencia, carácter y razón según Aristóteles”, *AF*, 32 (1999), pp. 59-105, 63-80, 73, en donde remite a *Id.*, *Zeit und Praxis bei Aristoteles*, 1996, pp. 119 ss.

⁷⁶ Cfr. *supra*, nota 50.

⁷⁷ “Non enim potest actus voluntatis ferri in id quod est penitus ignoratum, cum obiectum voluntatis sit bonum cognitum” (“No puede realizarse el acto de la voluntad en lo que es enteramente ignorado, cuando el objeto de la voluntad es el bien conocido”). Cfr. *CEN*, Nm 256.

⁷⁸ Tengo dudas sobre la relevancia de esta tristeza subsiguiente al

lo más básico a imputar, un hecho; mientras que *lo contrario a la voluntad* no excluiría, sino que presupone, imputar algo al menos como hecho.

En segundo lugar, la diferenciación, atendiendo a la causa de la que procede, entre hacer algo por ignorancia y hacerlo ignorando: se obra *ignorando* cuando no es causado lo ignorado (como el colérico o el ebrio), sino que se trata de una ignorancia concomitante y no causal; mientras que se obra *por ignorancia* cuando es ésta lo que lleva a obrar⁷⁹. A mi modo de ver, esta dualidad se corresponde con los casos en los que no cabe la imputación (*ignorando*), frente a los que la mantienen para hacer responsable al agente de su propio defecto de imputación (*por ignorancia*)⁸⁰.

En tercer lugar, la diferenciación según el ámbito al que se refiere la ignorancia: así puede referirse a lo que corresponde hacer, o bien a determinados elementos o condiciones particulares *de lo que se hace*; en esta última se excluye la voluntariedad, mientras que no en la referida a *lo que corresponde hacer*⁸¹. Este tercer binomio se correspondería con la distinción ya expuesta (I.2.2) de *ignorantia facti/iuris*.

hecho. No me parece que Tomás se esté refiriendo a lo que después se ha dado en llamar elemento subjetivo de las causas de justificación –aunque posiblemente haya tenido que ver con su exigencia por parte de la doctrina (cfr. sobre dicho elemento, JESCHECK/WEIGEND, *AT*, § 31.IV)–, pues expresamente recoge el ejemplo de quien piensa estar recibiendo plata y recibe estaño, y viceversa. En opinión de HARDWIG, *Die Zurechnung*, p. 16, dicha idea, en Aristóteles, no puede desplegar función alguna en materia de imprudencia, pues se trata de un sentimiento, por tanto subjetivo, del que no cabe derivar un juicio sobre la conducta. Según entiendo, dicha apelación a la tristeza del agente, podría referirse a la constatación (una “regla de prueba”, más bien) de voluntariedad o no-voluntariedad de la conducta.

⁷⁹ Cfr. *CEN*, Nm 257. Sobre este tema, cfr. también HRUSCHKA, en *FS-Welzel*, pp. 137-138.

⁸⁰ Cfr. Vigo, *AF* 32 (1999), p. 73, respecto a las acciones *en* ignorancia.

⁸¹ Y considera que “tal ignorancia no causa lo involuntario porque, para un hombre que tiene uso de razón, esta ignorancia no puede pro-

Según alcanzo, en esta triple diferenciación (lo no voluntario frente a lo involuntario; lo obrado ignorando y por ignorancia; tanto en materia de hecho como de Derecho) se encierra un panorama de los casos que pueden, hoy día, englobarse bajo la denominación de *defectos de imputación por ignorancia* de los que es *responsable* el propio sujeto. Aunque parezca una contradicción, pero empleando las mismas palabras del *Comentario*, se trata de la llamada *ignorantia voluntaria* (*ignorantia directe voluntaria*)⁸². Cuando se trata de ignorancia no concomitante, se reputa voluntaria por haber sido causada o no evitada, directa o indirectamente, por el propio sujeto; por lo que se entiende que lo realizado en situación de ignorancia directamente buscada se considere plenamente voluntario⁸³.

venir sino de su negligencia. Pues cada cual debe poner solicitud para saber lo que le corresponde hacer o evitar." (CEN, Nm 258). Sin embargo, téngase en cuenta que por lo que se refiere al error respecto a lo jurídico, la minuciosidad de una regulación puede excluir la responsabilidad: cfr. CEN, Nm 335.

⁸² Cfr. *ibidem*, Nm 258 y 335. Ésta sería después, en la *STh*, Ia-IIæ, también en *De malo*, clasificada bien como *ignorantia directe voluntaria* (o *ignorantia affectata*), bien como *indirecte voluntaria*: cfr. HRUSCHKA, en *FS-Welzel*, p. 143; GLÄSER, *Zurechnung bei Thomas von Aquin*, p. 82, nota 100. Al parecer, *De malo* habría sido escrito (con excepción de *De malo* 16) después de marzo de 1266, y publicado en 1270; y la *STh*, Ia-IIæ, en 1271 (cfr. GLÄSER, *ibidem*, p. 84, nota 105, que se basa en la cronología establecida por Torrell, 1995).

⁸³ Así, no es de extrañar, por tanto, que la provocación directa de dichos defectos de imputación se atribuya sin paliativos como plenamente imputable. Pienso que es lo que puede suceder en ciertos casos de *dolus eventualis*: en éstos, el "desafío" por el agente de las reglas básicas de experiencia sobre su propia capacidad de evitación de un resultado de daño le harían responsable de éste (a quien, no conociendo suficientemente el uso y funcionamiento de armas de fuego, manipula una pistola, posiblemente se le impute obrar a título de dolo eventual, si el arma "se dispara"). Algo semejante puede apreciarse –en el ámbito del desconocimiento de la prohibición– en los casos denominados como "ceguera ante el Derecho" ("Rechtsblindheit"), enemistad hacia

8. Cuando se trata de supuestos de *necessitas*, intervienen estructuras de imputación paralelas: el defecto de imputación no impide en algunos casos la responsabilidad. Se trata, entonces, de la atribución de responsabilidad a un momento en el que sí existió voluntad, y, por tanto, responsabilidad (*actio libera in sua causa*). Esta estructura se emplea ya por Tomás de Aquino, cuando se plantea la responsabilidad en casos de enfermedades o pasión que suprimen la razón en el agente (*actus voluntarium secundum se*)⁸⁴. La posibilidad de atribuir responsabilidad por el defecto de imputación, en definitiva, opera en general, tanto para casos de *ignorantia*, como de *necessitas* (o *vis*)⁸⁵, pues pasa a ser una estructura de imputación general para supuestos de responsabilidad por el defecto. Con qué sanción se responda en cada caso, podrá depender de muy diversos factores, históricos y culturales, pero la base que permite atribuir al sujeto sus propios defectos de imputación parece ser común: reglas de imputación a pesar de existir un defecto en el agente⁸⁶.

9. El recurso a tales reglas, sin embargo, no es uniforme

el Derecho, indiferencia frente al Derecho, que designan la conducta absolutamente desconsiderada de un agente por las reglas básicas de prudencia y socialidad, y que en ocasiones se imputa a título de plena responsabilidad, aunque el sujeto carezca de conocimiento del concreto curso lesivo de su acción sobre terceros (JESCHECK/WEIGEND, *AT*, § 41.II.2.a), *in fine*) o de su antijuridicidad.

⁸⁴ Se distingue, entonces, entre el *actus voluntarium secundum se* y *secundum suam causam*. Sobre la recepción de la estructura de la *actio libera in causa*, cfr. HRUSCHKA, *FS-Link*, pp. 687-704; sobre esta estructura en Tomás de Aquino, cfr. *ibidem*, pp. 688-689; GLÄSER, *Zurechnung bei Thomas von Aquin*, pp. 186-198.

⁸⁵ Cfr. ya en ARISTÓTELES, *EN*, 1113b₂₆₋₂₇. Y en PUFENDORF, *DeJNetG*, lib. I, cap. V, § VIII (en *GW*, 4.1, Böhlting [ed.], p. 60₃₃), para los casos de imposibilidad de actuar; y en pp. 62-63, para los de ignorancia.

⁸⁶ Interesante cfr. la evolución de la estructura de *actio libera in causa*, en la recepción de Aristóteles por parte del Humanismo (cfr. HRUSCHKA, *FS-Link*, pp. 696-697), y su desarrollo posterior (cfr. *ibidem*, pp. 697-701; Id., *LyDP*, pp. 55-88).

ni sistemático. No es uniforme, no sólo porque se perciben diferencias entre autores y épocas, sino también porque en ocasiones se rechaza implícitamente tal planteamiento. Así sucede cuando se da entrada para la imputación a la categoría de culpa como mero estadio paralelo al dolo⁸⁷. Según este modo de proceder –habitual en la doctrina del Derecho común⁸⁸, y que se perpetúa en la doble distinción de imprudencia consciente e inconsciente como estadios inmediatamente subsiguientes a los del dolo⁸⁹– la culpa es un *aliud*, y no un *non-dolus*. El planteamiento de las reglas adversativas es otro: se acepta que a quien obra sin dolo no se le puede imputar su hecho, pero *a pesar de ello*, se procede a imputárselo. Es lo que claramente reconoce Kant para la imputación de la infracción no dolosa, y antes que él había quedado plasmado por Aristóteles, Tomás de Aquino y Pufendorf, al menos.

Sin embargo, tampoco parece que se dé un recurso sistemático a tales reglas. La existencia misma de la llamada “pena extraordinaria”, como vía de atenuación de la sanción, para casos de tentativa, imprudencia y participación⁹⁰, pone de relieve cómo se hallan poco diferenciadas esas reglas, hasta el punto de que quizá su operatividad quede encubierta bajo la apariencia de meras vías de determinación de las penas.

⁸⁷ Sobre este tema, cfr. SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren*, pp. 146-155.

⁸⁸ Cfr. SCHAFFSTEIN, *ibidem*, pp. 146-147; Eb. SCHMIDT, *Einführung*, § 162.

⁸⁹ Sin embargo, la triple distinción de *culpa lata*, *levis* y *levissima*, propia de la doctrina italiana del Derecho común (cfr. SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren*, pp. 151-153), no se corresponde con la que después se generaliza de culpa consciente e inconsciente, distinción cualitativa que sería propuesta por Feuerbach, en lugar de los grados cuantitativos del Derecho común (cfr. JESCHECK/WEIGEND, *AT*, § 54.I.1, nota 29).

⁹⁰ Frente a la pena ordinaria, era posible fijar una pena (extraordinaria) según el arbitrio judicial en casos de imprudencia, no consumación, “participación”. Cfr. al respecto, SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren*, pp. 39-43; Eb. SCHMIDT, *Einführung*, § 155.

En efecto, más que reglas, parecen concebirse como vías de atenuación, sin más consideraciones⁹¹, cuando, en realidad, la atenuación de la pena y la culpa son cuestiones diversas⁹². Es decir, como vías para atenuar la sanción correspondiente a una conducta cuya responsabilidad no se pone en duda⁹³. El modo de operar las reglas de imputación adversativas es otro: hay motivos para negar la imputación misma, pero *a pesar de ello* se mantiene de forma excepcional, porque el agente es responsable del propio defecto de imputación⁹⁴. Sin embargo, es preciso señalar que en esa misma doctrina

⁹¹ Las reglas adversativas de imputación no prejuzgan la pena, atenuada o no, que corresponda, sino que son pautas para determinar la imputación misma. Que luego se sancione de una manera o de otra, no es algo que venga determinado por dichas reglas sino por decisión del legislador. Así, la propia embriaguez puede entenderse como motivo para agravar la pena (hasta duplicarla, según el ejemplo que aduce Aristóteles, del legislador Pittakos de Mitilene, en *Política*, 1274b₂₀, *apud* HRUSCHKA, *FS-Link*, p. 693, nota 19) o para atenuarla.

⁹² La atenuación de la pena no es algo esencial a la cuestión de la imprudencia en términos estructurales, por mucho que repugne sancionar (en términos valorativos) con la misma pena que en los casos dolosos. Que hay casos de error sancionados como dolosos puede reconocerse a partir de algunos supuestos del llamado “dolo eventual”, ciertamente, por ejemplo, aquellos en los que el agente es consciente de que se halla en un error y a pesar de ello obra. Cfr. *supra*, nota 83.

⁹³ Cfr., sin embargo, la observación que sobre la opinión de Engelmann expone SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren*, p. 109, nota 1: la pena atenuada en casos de *dolus praesumptus*, sería, en realidad, una forma de sanción por *culpa lata* (más sobre el mismo tema, *ibidem*, p. 139, nota 2, que prosigue en p. 140). De ser así, esa vía para atenuar la pena podría encubrir una regla adversativa de imputación. Para los casos de *dolus indirectus* había quien proponía la sanción con pena extraordinaria (cfr. *ibidem*, p. 117).

⁹⁴ Y en este punto sí parecen entenderse algunas reglas, en materia de *error iuris*, de ciertos autores del Derecho común como reglas adversativas (los casos de *ignorantia affectata*, que “*scientiae aequiparatur*”; o los de *ignorantia crassa seu supina*, que posibilitaban la atenuación): cfr. SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren*, p. 138, para la opinión de Ayer (1614); también, para la de Gilhausen (1662), p. 137; y en p. 141, para

que resulta algo confusa en cuanto a tales reglas, se conoce también la irrelevancia misma del error. Y ello es muestra, quizá inconsciente, de emplear ciertas reglas (adversativas) de imputación. Me refiero, en concreto, a la escasa relevancia que se da en la doctrina del Derecho común⁹⁵ al *error iuris*. Ello pone de relieve que, si a esa misma doctrina no le eran extraños los supuestos de *error facti*, como es el caso⁹⁶, defender la irrelevancia de aquel defecto es hacer uso de reglas adversativas: es decir que, *a pesar de* que concurre un *error*, se mantiene la imputación.

10. El paralelismo entre dolo y culpa, y la ordenación gradual de las formas de ambos, constituye –según me parece– una muestra de la confusión entre reglas de imputación y objeto de la imputación. Lo que se imputa, el hecho, se diferencia así según sea hecho doloso o culposo. Pero esa bifurcación supone pasar por alto que el hecho, o es doloso, o no es. Luego todo hecho es, por definición, doloso⁹⁷. Lo cual presupone un objeto de la imputación (el hecho) y una regla de imputación, al menos (“imputar exige dolo”). Pero si el sujeto se halla en error, carece de dolo, por lo que no existe hecho. Si, a pesar de ello, se imputa es porque entra en juego otra regla de imputación (que podría expresarse así: “a pesar del error vencible se imputa”). Se hace, entonces, preciso dar con un objeto de imputación: y se encuentra en el hecho previo del que depende el error. Obviamente, esto pone de relieve que la misma expresión “dolo” no es la más idónea para identificar lo que aquí se exige. En todo caso, debería exigir únicamente la mera conciencia de la realización del hecho.

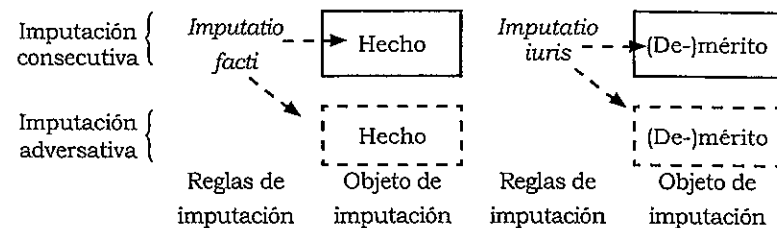
lo expuesto por Ziegler (1774). Que la opinión de este último diera a menudo lugar a la irrelevancia del error (p. 142) no quita que el planteamiento dé entrada a elementos de imputación *a pesar* del error.

⁹⁵ Cfr. el resumen que expone SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren*, p. 145.

⁹⁶ Cfr. SCHAFFSTEIN, *ibidem*, pp. 131-134.

⁹⁷ En este sentido, la teoría final de la acción supone un gran acierto doctrinal: reconoce lo que el hecho es. Cfr. *infra*, IX.2.1, párr. 2.

Cuadro 3: Reglas de imputación y objeto de la imputación



I.3. PLANTEAMIENTOS POSTERIORES

1. Imputar no consiste en aplicar una ley. Imputar no es sancionar. Imputar no es tampoco constatar algo. La imputación se presenta como un juicio en virtud del cual se establece la responsabilidad de un agente por lo realizado. Este planteamiento va más allá de calificar la imputación como una operación de juzgar al autor, como podría entenderse en sentido vulgar. El juicio que la operación de imputación encierra, y que llevamos a cabo en nuestras cotidianas relaciones humanas, posibilita estas mismas relaciones; es más: las establece. La imputación se planteaba ya en Aristóteles como una operación necesaria, constitutiva de lo humano. En ella, lo legal, la cuestión de cómo prevé el legislador la imputación, era un aspecto más, no el esencial. Por supuesto que imputar requiere reglas, pautas de conducta. Pero imputar no es aplicar éstas, sino *emplear*-las. Emplear esas reglas, exige, en concreto, un baremo de medición de lo hecho. Y para posibilitarlo, es preciso contar con un “hecho”. Considerar un proceso humano como “hecho” es imputar. Como imputar es también dirigir después a su artífice un “reproche”, o alabanza, en su caso. Ambas operaciones exigen un “poner” algo por parte del sujeto imputante. Si se me permite la expresión, imputar exige “crear”⁹⁸, es decir, constituir lo que se

⁹⁸ Por supuesto, que este hacer surgir el hecho en la imputación no puede entenderse en sentido arbitrario y al margen del contexto en el que se emite. Se trataría de una creación en sentido débil.

imputa: el “hecho” y el “hecho culpable”. Este planteamiento se desarrollará en la parte IV de este trabajo. Antes (partes II y III) me parece oportuno repasar la conceptualización que de la imputación se ha trazado en la doctrina desde finales del s. XVIII.

2. Para el positivismo, en cambio, lo ya “constituido” es la ley, ésta es lo existente, el punto de partida y de llegada. Quizá por ello el positivismo no puede entender la imputación como la consideraban los autores de los que aquí se ha tratado. Más bien, si se entiende el proceso de aplicación del Derecho como interpretación, la imputación puede quedar reducida, o bien a subsunción de un hecho bajo la ley, o bien a declaración de que existe una conexión causal –entendida como concatenación causal– entre el agente y lo que vendría a denominarse hecho. Queda al descubierto que un análisis de la conducta humana (es decir, moral) que no supere la visión causal-mecanicista propia del positivismo no será capaz de hablar de la acción, pues la libertad se le escapa. Ante las conductas humanas caben, sin duda, otras visiones: es posible la explicación de la conducta como un suceder de etapas en un proceso causal, que da en regreso *ad infinitum*; cabe también una explicación circular. Pero cabe también la posibilidad de romper ese círculo o cortar esa regresión al infinito⁹⁹. Ésta es la opción propia de la doctrina de la imputación.

3. En la medida en que el jurista, o el filósofo moral, considere que, puesto que la certeza de las ciencias naturales es inalcanzable en las operaciones de imputación, ésta ha de reducirse a meras aproximaciones, se ha cerrado la posibilidad de entender la imputación como la comprendieron los autores de siglos anteriores. Se percibe así, precisamente en los autores de la primera codificación penal, que frente a la

⁹⁹ La idea aquí expresada es la del “trilema del barón de Münchhausen” que expone H. ALBERT en su *Traktat über kritische Vernunft*. Sobre el tema, brevemente, en JOERDEN, *Strukturen*, pp. 26-27.

doctrina de la imputación se levantan reservas y recelos, al entenderse ésta como una excusa para apartarse del texto de la ley y hacer vana la pretensión del poder legislativo¹⁰⁰. Es algo que se constata en el pensamiento de Feuerbach y Grolmann, por citar sólo a la doctrina jurídico-penal en el momento del paso al s. XIX. Pero es ésta una cuestión que merece un estudio aparte (cfr. cap. V). Este proceder vuelve a hacerse presente con el positivismo (científico y jurídico, a los que se dedica otro capítulo, el VII), que sirve de puente hacia las teorías del delito de la actualidad. De interés es también referirse a una serie de autores antagónicos respecto a Feuerbach y a Kant: los denominados hegelianos (cap. VI).

4. Lo ahora expresado pone de manifiesto que se enfrentan dos modos de entender la imputación, la declaración de responsabilidad jurídica (y moral): aplicar (proyectar) el Derecho sobre una acción, o bien, imputar la acción como hecho. La primera acaba por entender la función del jurista como subsunción de unos hechos bajo la ley; la segunda concibe la labor del jurista como una actividad prudencial. Esta segunda opción tiene por delante, no obstante, la tarea de racionalizar la operación de enjuiciamiento de la imputación. Dicha operación es, en efecto, un juicio. Y así es entendida por Kant, pero también por autores contemporáneos y anteriores (cfr. *infra*, II.2).

I.4. CONCLUSIÓN

1. Lo que hoy en día entendemos como imputación incluye una gran variedad de contenidos, que tienen su origen mucho tiempo atrás. Conocer estos orígenes ayuda a entender la actual referencia a la imputación. La doctrina actual del

¹⁰⁰ Claramente en v. BAR, *Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*, Berlin, 1882 (2ª reimpr., Aalen, 1992), § 61: por lo que tanto Feuerbach como Grolmann se esfuerzan en rehuir la imputación moral y buscar nuevos fundamentos para la responsabilidad jurídica.

Derecho penal se inserta en una larga tradición de pensamiento, de la que es deudora. Las teorías de la imputación expresan, al menos, tres logros. Éstos pasarían, aunque con diversas denominaciones y acepciones, a las teorías jurídicas del delito que más tarde se elaborarán.

2. En primer lugar, el planteamiento de la imputación como basada en el origen, y éste en la libertad. Que la imputación exige identificar al agente como origen es algo que se encuentra en la tradición que llega hasta nuestros días. Imputación es identificación de ese punto de partida; se halla así asociada a un sujeto que se toma por el origen de lo imputado. La identificación de ese origen es posible con base en la *libertad*. Es ésta lo que permite superar la mera sucesión causal de fenómenos, el *regresum ad infinitum* de la causalidad mecanicista, y comenzar en el agente.

En segundo lugar, la diferenciación de *dos niveles* o estadios de imputación: la de la acción como "hecho" y la de ese hecho como "(de-)mérito". En la reflexión sobre la moralidad de la acción se ve muy pronto necesario (al menos, desde Aristóteles) recurrir a distinciones que permitan atender a las peculiaridades del caso. Así, se procede a diferenciar entre la *vis absoluta* y otras formas de *vis*; entre la *ignorantia* referida a elementos fácticos, y la que recae sobre materias legales. Más aún, la reflexión sobre la moralidad de la acción se ha visto obligada a crear términos nuevos para poder distinguir en materia de imputación. Dichas diferenciaciones pueden ordenarse en dos niveles de imputación (*imputatio facti* e *imputatio iuris*). Ambos niveles, a su vez, se diferencian de una operación de medición o comparación del hecho con la regla que ha de regir la conducta (*applicatio legis ad factum*).

En tercer lugar, la diferenciación entre el *objeto* (el "hecho" y el título con arreglo al cual se atribuye, mérito o demérito) y las *reglas* de imputación. La imputación es expresión del empleo de reglas en virtud de las cuales se establece la conexión entre los dos términos del juicio de imputación (sujeto y acción). Se emplean, así, reglas de imputación de carácter *consecutivo* y de carácter *adversativo*. Las primeras permiten considerar lo actuado como "hecho" y atribuírselo a su

artíifice a título de culpa o de mérito. Las segundas, las de carácter adversativo, permiten imputar a pesar de no darse los elementos que fundamentan la imputación de manera directa. El origen de estas reglas y estructuras de imputación es también antiguo. El recurso a tales reglas, sin embargo, no es uniforme ni sistemático. Pero en algunos autores de las teorías de la imputación y de la filosofía moral se encuentran ya planteamientos elaborados.

3. La imputación se presenta como la operación en virtud de la cual se identifica un sujeto como artífice de un hecho. Pero dicho juicio no es meramente declarativo, sino constitutivo de nuestras relaciones sociales. Dicho planteamiento, sin embargo, no se mantendrá de igual forma en la doctrina jurídico-penal desde los inicios del s. XIX, por lo que dejará sentir su influencia en las teorías del delito. Las cuales derivan hacia planteamientos inadecuados en los que la operación de imputación se ve desplazada o sustituida.