

Doctrina clásica de la imputación: un camino alternativo

JOSÉ IGNACIO DESTÉFANIS

Personal Investigador Predoctoral en Formación
Universidad de Navarra

RESUMEN

Es común considerar a la moderna teoría del delito como la primera construcción –dogmática y sistemática– que permite atribuirnos responsabilidad (penal). Será objeto de estas líneas mostrar que, en la evolución del pensamiento humano, podemos hallar una doctrina previa –con categorías propias de la filosofía moral– que también permite hacer responsable a un artífice (Urheber) por su hecho (Tat). El trabajo comienza con una breve introducción con fin de presentar las ideas básicas. Luego avanza hacia el desarrollo de los presupuestos y las categorías de la doctrina clásica de la imputación. Sigue un análisis de las posibles similitudes, así como también divergencias, con la actual teoría del delito. Más tarde, se presentan las principales críticas que esta doctrina ha recibido y se ofrecen respuestas. Finalmente, a modo de conclusión, se comparten algunas reflexiones sobre los aportes que puede proporcionar una mirada integral e interdisciplinaria del fenómeno penal.

Palabras clave: *Filosofía moral, Derecho penal, doctrina de la imputación, teoría del delito.*

ABSTRACT

It is common to consider the modern Theory of Crime as the first dogmatic and systematic construction that allows for the attribution of criminal responsibility to ourselves. The aim of this paper is to show that in the development of human thought, we can find a previous doctrine –with typical categories of moral philosophy– that permits to make an agent (Urheber) responsible for their deed (Tat). The article begins with a brief introduction to present the basic ideas. Later, it is expounded on the presuppositions and categories of the Classic Doctrine of Imputation. Subse-

quently, an analysis about its possible similarities and differences with the current Theory of Crime is carried out. After that, this research paper presents the main critiques that the doctrine has received, and it offers some answers back. Finally, as a conclusion, some reflections about the contributions that an integral and interdisciplinary view of the criminal phenomenon can offer are shared.

Keywords: Moral Philosophy, Criminal Law, Doctrine of Imputation, Theory of Crime.

SUMARIO:–1. Introducción.–2. Doctrina clásica de la imputación. 2.1 Presupuestos: persona y libertad. 2.2 Reglas de comportamiento y reglas de imputación. 2.3 Categorías: *imputatio facti*, *applicatio legis ad factum* e *imputatio iuris*. 2.4 Imputación ordinaria y extraordinaria. 2.5 Resumen.–3. Doctrina clásica y teoría del delito. 3.1 Similitudes. 3.2 Diferencias.–4. Críticas y réplicas. 4.1 Doctrina asistemática. 4.2 Formalista. 4.3 Misión. 4.4 *Obliegenheiten*.–5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

A fines del siglo XIX se iniciaba una nueva etapa, una nueva era del Derecho penal(1). Sin embargo, no debemos creer que las ideas causalistas, representadas en buena medida por Franz von Liszt y Ernest von Beling, son las que dan inicio al pensamiento jurídico-penal(2). Ello,

(1) Paul Johann Anselm von Feuerbach es quien inicia la ciencia del derecho penal en sentido moderno, con las características de una conceptuosidad nítida y una sistemática clara (cfr. WELZEL, H., *Derecho Penal Parte General*, Depalma, Buenos Aires, 1956, p. 17). Sin embargo, el concepto científico de delito tal como hoy lo entendemos tiene su origen en la segunda mitad del siglo XIX, desde el momento en que el naturalismo sustituye al punto de vista moral globalizante, característico del pensamiento anterior, por un punto de vista ontológico y distintivo. Es entonces cuando se conforma el llamado sistema tripartito de Von Liszt/Beling/Radbruch (SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.^a ed., Montevideo/Buenos Aires, 2010, pp. 590 ss.). Este se transformará en cuatripartito con la célebre obra de BELING, «Die Lehre vom Verbrechen» (1906): «El delito es la acción típica antijurídica y culpable sometida a una conminación penal adecuada y sujeta a las condiciones de esta» (BELING, E. L., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, Stuttgart, 1906, p. 7).

(2) Cabe recordar que durante fines del siglo XIX la dogmática penal alemana atravesó lo que se recuerda como «lucha de escuelas» entre el positivismo normativista de Binding y el de corte naturalista de v. Liszt. Partimos aquí del sistema de Liszt y Beling, por ser pues el que se terminó imponiendo en la época. Sin embargo,

además ser de una afirmación errónea, implicaría desperdiciar siglos y siglos de construcción de conceptos y teorías con implicancia penal.

Para comprender –y juzgar el rendimiento– de la moderna teoría del delito, merece la pena dar vuelta la página, pero esta vez hacia el pasado. Un repaso por la historia de las ideas nos permitirá afirmar que las teorías del delito son deudoras de una doctrina de la imputación que se fue forjando durante siglos en la filosofía moral(3). Esa doctrina, según creo, encuentra su origen en el pensamiento aristotélico(4), mientras que su desarrollo es obra de Samuel Pufendorf, Christian Wolff y Joachim Georg Daries en los siglos XVII y XVIII(5). Mas tarde, recibió grandes aportes de la Escuela de Jena(6) y de

somos deudores de un Karl BINDING, que nos dejó mucho más que su extraordinaria obra «Die Normen und ihre Übertretung» (1872).

(3) SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, Bdf, Montevideo/Buenos Aires 2008, p. 409. En términos similares, SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, Atelier, Barcelona, 2014, p. 41.

(4) Aristóteles (385 a. C. - 323 a. C.). El Estagirita es el primero que presenta la noción de acción teleológica: «Se habla de causa como el fin (τὸ τέλος), esto es, el «aquello-para-lo-cual» (τὸ οὐ ἕνεκα), como la salud es causa del pasear. «¿Para qué pasea?» Decimos: «para estar saludable» y diciendo así creemos haber aducido la causa» (ARISTÓTELES, *Física*, II 3, 194b32-35). Especial interés para el abordaje de la doctrina clásica de la imputación merece el estudio de las distinciones que planteaba ARISTÓTELES entre lo «no-voluntario» y lo «involuntario». Al respecto véase ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, L III. Cito por la edición *Ética a Nicómaco*, Tecnos, Madrid, 2009.

(5) De gran trascendencia para la doctrina clásica, es la idea de imputación extraordinaria de la que Samuel PUFENDORF (1632-1694) trata en su «Elementorum Jurisprudentia Universalis» (1660). Allí, distingue entre hechos imputables ordinariamente, extraordinariamente y ni ordinaria, ni extraordinariamente (salvo que esta terminología no es literalmente propia de Pufendorf sino de Joachim Hruschka, quien la introduce en su interpretación de aquel, puede verse en HRUSCHKA, J., «Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf. Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von actio libera in se und actio libera in sua causa», *ZStW* 96, 1984, pp. 661 ss. (una versión traducida por Nuria PASTOR MUÑOZ se puede hallar en HRUSCHKA, J., *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, 2.ª ed., Montevideo/Buenos Aires, 2009, pp. 51 ss.). En el caso de Christian WOLFF (1679-1754), como contribuciones a la doctrina clásica podemos mencionar su «Philosophia Practica Universalis» (1738) en la que se opone a la identificación de *imputatio* con *applicatio legis ad factum*. Por su parte, Joachim Georg DARIÉS (1714-1791), en sus «Institutiones Jurisprudentiae Universalis» (1740), ya tiene en claro que es necesario diferenciar dos niveles de imputación: *imputatio facti* e *imputatio iuris*, y que ambos juicios de imputación poseen una naturaleza diversa a la *applicatio legis ad factum*.

(6) Por Escuela de Jena entiendo aquella corriente de pensamiento que, durante el siglo XVIII y en la facultad de Derecho de la Friedrich-Schiller-Universität (Jena), se dedicó al estudio y desarrollo de la doctrina clásica de la imputación. Entre sus principales autores cabe mencionar a Lehmann (1709-1740), Köhler (1720-1737), Schierschmid (1737-1743), Daries (1736-1763), Engau (1726-1755), entre otros.

Immanuel Kant(7), para luego pasar al olvido por más de un siglo en las bibliotecas occidentales, hasta que el profesor alemán Joachim Hruschka(8) la trajera en el siglo pasado nuevamente al centro de la discusión de la dogmática penal. Cabe señalar, que las contribuciones del maestro de Erlangen han sido ampliadas y pulidas por el Catedrático español Pablo Sánchez-Ostiz(9) quien ha despertado nuevamente el interés por el pensamiento clásico.

Pareciera que esta tradición culmina con Feuerbach quien arriba a Jena en 1792 y ejerce la docencia hasta 1799. Si bien este último bebe de fuentes kantianas, sacará a relucir una tendencia que acompaña desde entonces y hasta nuestros tiempos a la dogmática penal: la de relegar a datos empiristas la determinación de la responsabilidad. Al respecto, LESCH, H., *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1999, pp. 57 ss. (hay una traducción de Juan Carlos Gemignani disponible en LESCH, H., *El concepto de delito. Las ideas fundamentales de una revisión funcional*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2016).

(7) La filosofía moral de Immanuel KANT (1724-1804), la cual merece la calificación de humanista, proporciona una fundamentación sólida a las categorías de la doctrina clásica. En particular merece atención su concepción de persona, libertad, delito e imputación; categorías que podemos hallar en su introducción a «Die Metaphysik der Sitten» (1797). El concepto de persona como sujeto dotado de dignidad se desprende, en cambio, de la obra «Grundlegung zur Metaphysik der Sitten» (1785). A estos conceptos dedicaré la sección 2.1.

(8) En el caso de Joachim HRUSCHKA (1935-2017), si bien no es el «creador» de la doctrina clásica de la imputación, no creo errado afirmar que es quien la redescubre y sistematiza. Entre las obras en las que el autor retoma los conceptos fundamentales de la doctrina clásica de la imputación se destacan: «Strukturen der Zurechnung» (1976), «Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf. Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von actio libera in se und actio libera in sua causa» (1984), «Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven I» (1987), «Rechtfertigungs und Entschuldigungsgründe: Das Brett des Carneades bei Gentz und bei Kant» (1991), «Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln» (1991), «Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen» (1998), «Der Einfluß des Aristóteles und der Aristóteles-Rezeptionen auf die Bildung heutiger Rechtsbegriffe am Beispiel der actio libera in causa» (2003). Una colectánea de obras del Prof. HRUSCHKA sobre la doctrina de la imputación han sido traducidas al español bajo el título «Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación» (1.ª ed. 2005 y 2.ª ed. 2009). No es posible dejar de mencionar su particular –por el método inductivo que utiliza– manual de parte general «Strafrecht nach logisch-analytischer Methode» (1.ª ed. 1983 y 2.ª ed. 1988) y dos obras en coautoría con su esposa Sharon BYRD: «Kant and law» (2006) y «Kant's Doctrine of right: a commentary» (2010). Para el lector interesado en conocer la vida y obra académica del maestro de Erlangen recomiendo, SÁNCHEZ-OSTIZ, P., «Joachim Hruschka (1935-2017) - In memoriam», *InDret* (1), 2018, pp. 1-5.

(9) El enfoque del Prof. SÁNCHEZ-OSTIZ proporciona cuanto menos un soplo de aire fresco a discusiones con frecuencia petrificadas. Si no me equivoco, el Catedrático de la Universidad de Navarra, buen conocedor de que la solidez del pensamiento jurídico-penal no puede depender exclusivamente de su coherencia interna, busca ampliar el espectro de estudio y abrir la puerta de la dogmática a la filosofía

En las páginas que siguen, no busco emprender el estudio de la doctrina clásica de la imputación como un mero trabajo de erudición historicista, pues no se trata de hacer arqueología de ruinas antiguas o filología de apolillados textos clásicos, sino más bien como un ejercicio de dogmática jurídica(10). En consecuencia, la propuesta consiste en acercarse al pasado con la pretensión de dar respuestas a los problemas actuales que desafían a la dogmática penal.

Anticipando una parte de las conclusiones podría decirse que, si bien con la doctrina clásica de la imputación no estaba todo dicho, tampoco todo es nuevo con la moderna teoría del delito, pues al fin de cuentas las estructuras son las mismas y es posible enriquecer a esta última con la amplia dosis de *racionalidad* que proporciona aquella anterior.

2. DOCTRINA CLÁSICA DE LA IMPUTACIÓN

Atribuirnos responsabilidad pertenece al conjunto de operaciones de conocimiento y valoración de la realidad humana(11). A diario efectuamos juicios de imputación, por tanto, estos no son exclusivos del Derecho penal, ni siquiera del Derecho, pues tienen lugar también en otros órdenes normativos. Al imputar entran en juego conceptos tales como «acción», «persona», «libertad»..., es por ello que los fun-

(moral). Por lo demás, esta manera de entender la ciencia penal no es novedosa pues hace varios años Fletcher afirmaba: «Criminal Law is a species of political and moral philosophy» (FLETCHER, G., *Rethinking Criminal Law*, Oxford University, New York, 1978, preface). En el caso de SÁNCHEZ-OSTIZ, es posible hablar de una *saga* de su autoría, en la que el hilo conductor es el estudio de la imputación (penal) desde una perspectiva moral. En esta serie de trabajos, encontramos: «Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo» (2008), «La Libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación» (2014) y «Víctimas e infractores, cumplidores y héroes. La culpabilidad en clave de imputación» (2018). A ellos cabe agregar, la coordinación de la traducción de los trabajos del profesor HRUSCHKA en «Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación» (2009).

(10) Soy partidario de una dogmática penal que asuma tres misiones: i) indagar acerca de las estructuras del sistema jurídico-penal de normas; ii) Realizar reflexiones ético-normativas que den respuesta acerca de qué conductas son merecedoras de pena y cuales no; y iii) trabajar y comentar el Derecho penal vigente (HRUSCHKA, J., «Das Strafrecht neu durchdenken! Überlegungen aus Anlaß des Buches von George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1981, p. 237). A estas tareas de la dogmática me referiré en el punto 4.2.

(11) SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Víctima e infractores, cumplidores y héroes. La culpabilidad en clave de imputación*, Bdef, Montevideo/Buenos Aires, 2018, p. 13.

damentos de una operación de esta naturaleza no provienen de la ciencia penal, sino que se encuentran en otro ámbito del saber: la filosofía(12).

La doctrina clásica de la imputación consiste en un conjunto de categorías que durante siglos se han venido elaborando desde la filosofía moral para atribuirnos responsabilidad. Como ya se podrá apreciar, el concepto de *imputación* ocupa un lugar central en ella. Por tanto, resulta necesario definir qué se entiende por tal. En la introducción a su «Metafísica de las costumbres», Kant afirma:

«Imputación (*imputatio*) en sentido moral es el juicio en virtud del cual alguien es considerado como artífice (*causa libera*) de una acción, que a partir de entonces se llama hecho (*factum*) y se somete a las leyes; dicho juicio se llama imputación con validez jurídica (*imputatio iudiciaria s. valida*) si lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas de este hecho, si no, solo una imputación dictaminadora (*imputatio diiudicaria*). Aquella persona (física o moral) que tiene la capacidad de imputar con validez jurídica se llama juez o tribunal (*iudex s. fórum*)»(13).

Si imputar significa «hacer-responsable» y el Derecho penal pretende, mediante lo que se denomina teoría del delito, decir qué es un

(12) Dirá Couture: «La más grande de las desdichas que le puede ocurrir a un estudioso del Derecho, es la de no haber sentido nunca en su disciplina un estado de ansia filosófica. O mejor aún: un estado de ansia por no haber comenzado por una plena formación filosófica para llegar, después de ella, al trabajo menudo de su ciencia», véase COUTURE, E. J., Prólogo, en GOLDSCHMIDT, J., *Problemas generales del Derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1944, p. 9. En similar sentido Welzel afirma: «Yo creo que se podría demandar de todo jurista que adquiriera, por lo menos durante sus estudios, las bases de cualquier otra disciplina, en particular conocimiento de economía nacional psicología, psiquiatría, medicina y teología. La ciencia penal guarda a su vez gran relación con la filosofía. El Derecho penal fue desde siempre, una puerta de ingreso para la filosofía y la actual situación científica estimula una profunda fundamentación filosófica de los conceptos penales básicos» (WELZEL, H., *Vom Bleibenden und vom Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft*, Elwert, Marburg, 1964, pp. 27-28).

(13) El texto en alemán reza: «Zurechnung (*imputatio*) in moralischer Bedeutung ist da Urteil wodurch jemand als Urheber (*causa libera*) einer Handlung, die alsdann That (*factum*) heißt und unter Gesetzen steht, angesehen wird; welches, wenn es zugleich die rechtlichen Folgen aus dieser That bei sich führt, eine rechtskräftige (*imputatio iudiciaria, s. valida*), sonst aber nur eine beurteilende Zurechnung (*imputatio diiudicatoria*) sein würde. -Diejenige (physische oder moralische) Person, welche rechtskräftig zuzurechnen de Befugnis hat, heißt der Richter oder auch der Gerichtshof (*iudex s. fórum*)» (KANT, I, *Die Metaphysik der Sitten*, F. Nicolovius, Königsberg 1803, p. XXIX). En este trabajo he seguido, por considerar más acertada, la traducción expuesta en SÁNCHEZ-OSTIZ, P. *Imputación y teoría del delito, op. cit.*, p. 63, la cual difiere de la de Adela CORTINA ORTS y Jesús CONILL, (KANT, I., *La Metafísica de las costumbres*, Altaya, Barcelona, 1993, p. 35), en la que el término *Urheber* se traduce como «autor» y *That* como «acto».

delito y hacer responsable al autor por su hecho, no podrá prescindir de (es más, le será productivo recurrir a) una doctrina que esté en condiciones de proporcionar una sólida fundamentación filosófica a la cotidiana operación –humana y social– que llamamos imputación.

No es posible abordar aquí la evolución de una doctrina que se ha desarrollado durante siglos, pero sí es preciso decir, de forma preliminar, que Aristóteles es quien, a través de sus consideraciones sobre los conceptos de voluntad y voluntariedad de la acción, ha puesto las semillas sobre las que luego trabajarán los pensadores clásicos. A su vez, el desarrollo de esta doctrina mucho debe a la filosofía de la ilustración que va desde Pufendorf hasta Kant pasando, entre otros, por Christian Wolff(14). Precisamente Kant es quien recibe la herencia de los autores del Derecho natural racionalista que le preceden(15) y formula de manera particular los presupuestos y condicionantes de toda imputación. Me refiero a dos de los conceptos que se encuentran en la base de la doctrina clásica: «persona» y «libertad», a ellos aludiré de inmediato (2.1). Al decir que alguien que ha obrado, ya sea contra, conforme o incluso más allá de una regla, indirectamente se está afirmando que esa persona se hallaba afectada por una norma(16). La distinción entre reglas de conducta y reglas de imputación –uno de los grandes méritos de la doctrina clásica–, se abordará posteriormente (2.2). Una vez presentados los presupuestos estaremos en condiciones de desarrollar sus categorías, es decir, analizar los dos niveles de imputación (*imputatio facti* e *imputatio iuris*) y el juicio de valoración o medición que se encuentra entre ellos (*applicatio legis ad factum*) (2.3). En base a los textos de Hruschka describiré las ideas fundamentales de la imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf (2.4) para finalmente concluir el apartado con un *racconto* de lo expuesto (2.5).

2.1 Presupuestos: persona y libertad

Si asumimos la definición de Kant y, por tanto, imputación es un juicio en el que se declara al artífice (*Urheber*) como *causa libera* de su hecho (*factum*), el cual luego se someterá a las leyes, surgen de

(14) Sobre la influencia de la filosofía de la ilustración en la ciencia penal véase, entre otros, SCHAFFSTEIN, F., *Die allgemeinen Lehre vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Rechts*, Aalen Scientia-Verlag, Berlin, 1973, pp. 87 ss.

(15) El legado de los autores del Derecho natural racionalista ha sido expuesto en WELZEL, H., *Introducción a la filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material*, F. Aguilar, Madrid, 1957, pp. 133 ss.

(16) Así, SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, op. cit., 2008, p. 388.

inmediato al menos dos interrogantes: ¿quién puede ser artífice de un hecho? ¿Qué se entiende por libertad?

Definiciones de *imputatio* similares a la que presenta Kant en su metafísica son posibles hallar en autores que le preceden(17), pero si se pretende indagar sobre los presupuestos de ella y redescubrir la doctrina clásica de la imputación en base a un humanismo racionalista fundado en la autonomía del sujeto, ¿qué mejor que recurrir a quien es posible atribuir el mérito de ser el pensador de la dignidad por antonomasia?(18) Según Kant, «persona» es el sujeto cuyas acciones son imputables, mientras que una cosa es algo no susceptible de imputación(19). Con esta sola afirmación nos bastaría para responder una de las preguntas iniciales de este apartado. Sin embargo, es necesario brindar mayores precisiones sobre el concepto de persona en el criticismo kantiano. Para Kant, la operación de imputación es expresión de una causalidad inteligible del sujeto y no de su *empiria*, es decir, se somete a juicio a un sujeto pensante, a un *homo noumenon*. Persona como *homo noumenon* es un ser inteligible, racional *en sí*, moral(20). La otra dimensión que posee el ser humano es la fenoménica, la cual solo permite describir a un empírico ser instintivo, a un *homo phaenomenon*(21). Se puede observar que se nos presentan dos dimensiones distintas: una empírica y otra inteligible, dos mundos que conjugan en un mismo sujeto, el de la sensibilidad y el de la razón(22). Lo relevante en la operación de imputación no es la dimensión fenoménica, la cual es posible predicar también de los animales, sino más bien la nouménica, en tanto que el hombre como ser racional muestra la experiencia de la capacidad de elegir de acuerdo con la ley o en contra de la

(17) Por ejemplo, en WOLFF: «Et iudicium, qua causa libera declaratur agens actionis suae, vel ejus, quod ex ea sequitur, sive boni, sive mali, imputatio appellatur. Quamobrem non imputari possunt nisi actiones liberae, quatenus liberae sunt, attamen ab actione quadam libera praecedente dependent», WOLFF, C., *Institutiones juris naturae et Gentium, in quibus ex ipsa hominis natura continuo nexu omnes obligationes et jura Omnia*, 1750, pp. II-26.

(18) En profundidad, GONZÁLEZ, A. M., «La dignidad de la persona, presupuesto de la investigación científica. Concepciones de la dignidad», en Ballesteros J. y Aparisi Miralles A. (eds.), *Biotecnología, dignidad y derecho: bases para un diálogo*, EUNSA, Pamplona, 2004, pp. 17-41.

(19) «*Sache ist ein Ding, was keiner Zurechnung fähig ist*» (KANT, I., *Die Metaphysik der Sitten, op. cit.*, 1803, p. XXIII).

(20) «The homo noumenon is the human being as an “intelligible being”, a “moral being”, in contrast to the human being (the homo phaenomenon) as (merely) a “being with reason”...». Al respecto, BYRD, S./HRUSCHKA, J., *Kant's Doctrine of Right. A Commentary*, Cambridge University Press, New York, 2010, pp. 283 ss.

(21) En detalle, LESCH, H., *Der Verbrechensbegriff, op. cit.*, 2016, p. 27.

(22) En este sentido, LLANO CIFUENTES, A., *Fenómeno y trascendencia en Kant*, 2.ª ed., EUNSA, Pamplona, 2002, pp. 256 ss.

ley(23). Esa *capacidad* que ostentan los seres racionales *en sí* es lo que posibilita considerarlos *causa libera* de un hecho, es decir, no a título de mera causación de un efecto sino como origen radical de ese *factum*. Asimismo, ello es lo que permitirá, en el segundo nivel de imputación, juzgar ese hecho como meritorio (*meritum*) o demeritorio (*demeritum*). En otras palabras, los dos mundos –fenoménico y nouménico– convergen en un mismo sujeto y posibilitan la imputación, en el sentido de que esta solo es posible sobre una *causa libera* nouménica, la cual a su vez presupone la capacidad (empírica) de obrar. De modo que «deber implica poder»(24). De lo dicho se desprende que la diferencia entre el hombre y los demás seres naturales (y desde luego artificiales) no es una mera diferencia cualitativa, pues las cosas tienen valor, mientras que las personas –y solo ellas– tienen dignidad(25).

Concebir a la persona en estos términos implica, siguiendo a Hruschka, un cambio en el concepto de humanidad(26), el cual, según creo, ha sido la llave en las historias de las ideas para escapar a ese mecanicismo que desde el siglo XVI ha pretendido irrumpir como teoría filosófica(27). No es propio de un trabajo de estas características profundizar sobre los conceptos antes vertidos, pero no es posible obviar una importante consecuencia del planteo: una noción de persona como la que aquí se ha expuesto, no solo tiene implicancia a la

(23) Según el texto en alemán: «Nur das Können wir wohl einsehen: daß, obgleich der Mensch, als Sinnenwesen, der Erfahrung nach ein Vermögen zeigt, dem Gesetze nicht allein gemäß, sondern auch zuwider zu wählen...» (KANT, I., *Die Metaphysik der Sitten*, op. cit., 1803, p. XXVII).

(24) Así, SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, op. cit., 2008, pp. 179-180.

(25) «The human being's dignity results from the fact "that he stands above all other beings in the world, which are not human... and thus above all things". By not being relative, dignity distinguishes itself from price. A Price determines the relative value of a thing, whereas dignity means "absolute internal value"...» (BYRD, S./HRUSCHKA, J., *Kant's Doctrine of Right*, op. cit., 2010 p. 287).

(26) BYRD, S./HRUSCHKA, J., *Kant's Doctrine of Right*, op. cit., 2010, p. 286.

(27) Esta es la idea que saca a relucir Ana Marta GONZÁLEZ cuando afirma: «El proceso por el cual el hombre contemporáneo ha llegado a familiarizarse con tal autocomprensión dualista de sí mismo es largo y complejo, pero tiene que ver con la paulatina asimilación de un modo de acercarse a la naturaleza supuesto por la ciencia moderna que irrumpe con fuerza en el siglo XVI, y que tomó cuerpo de teoría filosófica en pensadores como Bacon o el propio Descartes: el mecanicismo. Que la avanzada de la ciencia contemporánea haya venido a desmentir el mecanicismo como teoría general de la naturaleza⁴ es algo que sólo lentamente irá calando en las conciencias europeas» (GONZÁLEZ, A. M., «Naturaleza y dignidad personal desde el pensamiento de Robert Spaemann», en Sarmiento A. et al. (eds.), *El Primado de la persona en la moral contemporánea: XVII Simposio Internacional de Teología de la Universidad de Navarra*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1997, pp. 215-224).

hora de atribuirnos responsabilidad, sino también en el momento imponer una pena. Kant dirá:

«La pena judicial (*poena forensis*), distinta de la natural (*poena naturalis*), por la que el vicio se castiga a sí mismo (...) no puede nunca servir simplemente como un medio para fomentar otro bien, sino que ha de imponérsele solo porque ha delinquido; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otros ni confundido entre los objetos del derecho real (*Sacherech*)»(28).

En síntesis, los juicios de imputación son solo posibles respecto de personas. De acuerdo con la filosofía kantiana estas tienen dos dimensiones: una fenoménica y otra nouménica. Su inteligibilidad es lo que la diferencia de los otros seres de la naturaleza, fundamenta la capacidad de elección y posibilita someterla a juicios de imputación. El solo hecho de afirmar que un agente es *causa libera* de ese *factum* nos lleva a referirnos al segundo presupuesto: la «libertad».

Recientemente el filósofo argentino del Derecho Andrés Rosler ha recordado con Montesquieu que no hay palabra que haya recibido significados más diferentes que «libertad»(29). Consciente de la polisemia del término y de la vasta doctrina en la materia, me limitaré tan solo a exponer el sentido de libertad como presupuesto de la doctrina clásica, y más en concreto, aludiré a la función que se le ha asignado en ella.

En su definición de imputación, Kant indica que el artífice de un hecho es considerado su *causa libera*. La expresión *causa libera* ya había sido adoptada previamente por Pufendorf –y luego por Wolff–, y expresa que una persona no es el autor del hecho en un sentido mecanicista de causa-efecto, sino como punto de partida, causa originaria; en fin, como origen radical de ese hecho en la medida que procede con libertad. Wolff, siguiendo esta línea, emplea términos similares, pues entiende por libertad el obrar del hombre que no depende sino de sí mismo y que es independiente de la voluntad de

(28) «Richterliche Strafe (*poena forensis*), die von der natürlichen (*poena naturalis*), dadurch das Laster sich selbst bestraft und auf welche der Gesetzgeber gar nicht Rücksicht nimmt, verschieden, niemals bloß als Mittel, ein anderes Gute zu befördern, für den Verbrecher selbst, oder für die bürgerliche Gesellschaft, sondern muß jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, weil er verbrochen hat; den der Mensch kann nie bloß als Mittel zu den Absichten eines anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden...» (KANT, I., *Die Metaphysik der Sitten*, op. cit., 1803, p. 226).

(29) ROSLER, A., *Razones públicas, seis conceptos básicos sobre la república*, Katz, Buenos Aires, 2016, p. 32.

cualquier otro(30). Esta es la tradición con la que se encuentra Kant y que parece haber influido en su definición de imputación. En la introducción de la metafísica afirma:

«[...] solo conocemos la libertad (tal como se nos manifiesta ante todo a través de la ley moral) con una propiedad negativa en nosotros; es decir, la propiedad de no estar forzados a obrar por ningún fundamento sensible de determinación»(31).

La libertad se nos presenta por los autores de la doctrina clásica como autonomía de la voluntad(32), en el sentido de que el agente lleva a cabo un hecho que depende de la voluntad del ser humano como *causa libera*, en la medida que no tiene lugar sin su determinación producida por un acto de la voluntad previo conocimiento del intelecto(33). Esta noción de libertad, en la que confluye un elemento volitivo y otro cognitivo, ha sido profundizada recientemente por Sánchez-Ostiz, quien distingue entre libertad básica (o mínima) y libertad plena (o específica). Como se verá, ambas tienen gran trascendencia en las categorías de la doctrina de la imputación. Brevemente, a continuación, desarrollaremos la propuesta del catedrático español, siendo conscientes de que ella va mucho más allá de lo que aquí es posible desarrollar(34). De este modo, solo nos limitaremos a los aportes que luego nos permitan comprender cuál es el papel de la «libertad» en los juicios de imputación.

«Volición» y «voluntariedad» son, para Sánchez-Ostiz, dos formas distintas de referirse a la libertad. La primera tan solo designa la libertad más básica, la mínima requerida para afirmar que algo constituye un hecho, mientras que la segunda apunta a una libertad plena, necesaria para afirmar que alguien ha obrado bien o mal(35). En otras palabras, para afirmar que alguien ha obrado, resulta necesario que el

(30) Una breve y precisa referencia a la evolución de la noción de *causa libera* en PUFENDORF y WOLFF puede hallarse en SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, op. cit., 2008, pp. 78 ss.

(31) «... die Freiheit (so wie sie uns durchs moralische Gesetz allererst kundbar wird) kennen wir nur als negative Eigenschaft in uns, nämlich durch keine sinnliche Bestimmungsgründe zum Handeln genötigt zu werden» (KANT, I., *Die Metaphysik der Sitten*, op. cit., 1803, p. XXVII).

(32) Esta es la interpretación que se desprende de GONZÁLEZ, A. M., *La dignidad de la persona*, op. cit., 2004, pp. 17-41.

(33) Así, SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, op. cit., 2008, p. 79.

(34) Sobre la noción de libertad y sus incidencias en el Derecho penal, según SÁNCHEZ-OSTIZ, véase SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, op. cit., 2008, pp. 439-448, mismo autor, *La libertad del Derecho penal*, op. cit., 2014, pp. 179-208 y *Víctima e infractores, cumplidores y héroes*, op. cit., 2018, pp. 15-35.

(35) Así, SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Víctimas e infractores*, op. cit., 2018, p. 42.

agente haya tenido la capacidad de elegir. En este sentido, hablar de elección implica tener al menos una alternativa, contar con un campo de posibilidades reales(36). En concreto, volición significa aquí capacidad mínima, contar con al menos una opción, por pobre y limitada que sea. A su vez, todo querer viene precedido por un «conocer», por lo que esta libertad básica también se ve integrada por el «conocimiento». Al aspecto cognoscitivo, lo llamaremos simplemente «conocer». Este consiste en captar la realidad fáctica que se nos presenta, la cual será luego objeto de volición(37). En efecto, para hablar de una conducta de homicidio es preciso acreditar que el autor «conocía» que le disparaba a su víctima y no a un espantapájaros. Ahora bien, la libertad básica, tal como se dijo, es la que nos permite determinar si existe o no un hecho, pero, en cambio, no hace posible valorar a ese hecho como bueno o malo, meritorio o demeritorio; ello será posible a la luz de lo que se entiende por libertad plena.

Un obrar voluntario –y por ende libre– solo es predicable de quién actúa con volición y además con voluntariedad. La capacidad de decisión articulada por motivos o razones es la que posibilita al artífice optar por lo que es efectivo y ello es a lo que denominamos «voluntariedad»(38). Así como la volición debe venir precedida del conocimiento para configurar la libertad mínima, la libertad plena requiere de voluntariedad y de un elemento cognitivo: el «saber». Este último se diferencia del mero «conocer» en tanto que no se relaciona con la realidad fáctica objeto de su actuar, sino más bien con captar el sentido o significado normativo de esa realidad. En otros términos, no solo basta con que el sujeto mate, sino que «sepa» que matar está prohibido.

Recapitulando, la libertad en un sentido positivo como autonomía, y en sentido negativo como no-condicionamiento, sería la síntesis del pensamiento kantiano en la materia. En una posición cercana, pero que presenta sus particularidades propias(39), se propone distinguir dos maneras de referirse a la libertad: una básica y otra plena. Si un

(36) Cfr. WEINBERGER, O., *Alternative Handlungstheorie*, Böhlau, Wien, 1996, p. 106.

(37) SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Víctimas e infractores*, op. cit., 2018, p. 24.

(38) Para esa libertad básica se propone el término «volición», que designa el mero acto de la voluntad por un objeto, y que no incluye todavía la consideración del sentido pleno del obrar. Cuando damos entrada, en cambio, a este último, la libertad se puede designar mejor con el término «voluntariedad», expresión que se propone para resaltar el *compromiso* del artífice por el objeto de su obrar percibido como bien. En detalle, SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, op. cit., 2008, p. 443.

(39) En concreto: «Dicha libertad se hallaría a mitad de camino entre la libertad como mera opción (arbitrariedad, el aspecto «negativo» de la definición kantiana),

agente obra conociendo la realidad fáctica objeto de su conducta y cuenta con al menos una opción, entonces se dice que actuó con volición y conocimiento, es decir, con una libertad mínima (básica). Ese acto no es aún pleno, pues para ello se requiere que el agente sepa que su obra es lícita (o ilícita), buena (o mala) y que perciba el objeto de su obrar como un bien, es decir, que actúe movido de acuerdo con motivos que lo inclinan hacia él. En este último caso se aprecia una libertad plena, que se forma de voluntariedad + saber.

En los párrafos precedentes se ha intentado poner de manifiesto que una operación de imputación solo es posible respecto de personas. Estas, al igual que otros seres (naturales y artificiales), cuentan con una dimensión fenoménica, pero además poseen una dimensión nouménica, que los convierte en seres inteligibles capaces de razón. Luego se demostró que el obrar humano es mínimamente libre si cuenta con volición y conocimiento, y que es pleno si también posee voluntariedad precedida por el saber. Es turno ahora de avanzar hacia el estudio de la distinción entre reglas de comportamiento y de imputación.

2.2 Reglas de comportamiento y reglas de imputación

Los autores de la doctrina clásica lograron distinguir entre el objeto de un juicio de imputación, esto es un hecho (*factum*) –que conforme a la definición kantiana luego se somete a las leyes–, y las reglas de imputación las cuales permiten al juez atribuir responsabilidad.

La persona como «ser racional» no actúa al igual que los «seres instintivos», sino que es capaz de regirse según pautas. Toda imputación es un juicio sobre una acción, en tanto que ella ha surgido de la libertad de la persona, en relación con ciertas reglas prácticas. Por ello, en la imputación debe haber una acción libre y una ley: un hecho es una acción libre que queda subsumido bajo una ley(40). Con todo, efectuar una operación de imputación presupone la existencia de una regla dirigida a un destinatario capaz de cumplirla(41) e implica una posterior subsunción de ese hecho en la norma. Nos estamos refi-

y la libertad entendida como autonomía (aspecto «positivo» de la definición Kantiana)» (SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, op. cit., 2008, p. 446.

(40) Así surge de KANT, I., *Vorlesung zur Moralphilosophie*, 1777. Cito por la ed. Stark, Walter de Gruyter, 2004, p. 87 23-24.

(41) Advierten –Byrd y Hruschka– que el célebre «Ought implies can» que se le atribuye a Kant, es en realidad mucho más antiguo y que posiblemente se remonta a Wolff. Luego habría sido ironizado por Schiller con el no menos conocido «Du kannst, den du sollst» (puedes, puesto que debes). En profundidad, BYRD, S./HRUSCHKA, J., *Kant's Doctrine of Right*, op.cit., 2010, pp. 294 ss.

riendo aquí a las reglas de comportamiento (*Verhaltensregeln*)(42), las cuales poseen una doble función: de configuración de conducta y de medición(43). Las reglas de conducta como modelo de comportamiento apuntan a influir, guiar, en definitiva, conformar la vida de los destinatarios(44). Estas reglas consisten en mensajes normativos deónticos dirigidos a potenciales sujetos concretos, poseen una función en prospectiva y pueden establecer prescripciones o prohibiciones, pero también pueden ser de tipo permisivas(45). Las reglas prohibitivas indican a los receptores un «no deber hacer». Por ejemplo: «¡No debes matar!, ¡No debes robar!» En cambio, las reglas prescriptivas imponen al destinatario un deber hacer determinado. Por ejemplo: en caso de que tu prójimo se encuentre desvalido, «¡Debes prestarle auxilio!» Las reglas de comportamiento no solo tienen contenido de deber u obligación, sino también de facultad. A estas últimas se las llama facultativas (o permisivas) y son pautas que guían al sujeto respecto de lo que les está permitido hacer o no hacer: «¡En una situación de legítima defensa te está permitido matar al agresor, si ello es necesario para rechazar la agresión!»

Un sistema de reglas carecería de sentido si ellas solo pudieran emplearse para guiar la conducta de los ciudadanos, mas no para la medición de lo obrado. De modo que, junto con la función de configuración de futuras acciones, las reglas de conducta cumplen una función de baremo o escala de medición(46). Aquí ya no se trata de prohibiciones, prescripciones o reglas permisivas, sino de «tipos»

(42) En el ámbito angloamericano Paul ROBINSON ha despertado el interés por el estudio de las reglas de conductas (*the rules of conduct*) y su relación con el *Model Penal Code*. Véase ROBINSON, P., *Structure and Function in Criminal Law*, Clarendon Press, Oxford, 1997, pp. 143-156.

(43) Una reivindicación del alcance (prohibitivo) de las reglas de comportamiento puede verse en: FUENTE HULAUD DE LA, F., *¿Qué prohíben las normas de comportamiento?: una reflexión sobre las normas de conducta de los delitos resultativos. A la vez, un comentario crítico a la Teoría Analítica de la Imputación*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2019, *passim*.

(44) HRUSCHKA, J., *Imputación y Derecho penal*, 2009, p. 13. A su vez, MAÑALICH dirá que las normas de comportamiento son «razones para la acción» (cfr. MAÑALICH, J. P., «La exculpación como categoría del razonamiento práctico», *InDret*, (1), 2013, p. 2.

(45) Kant hablaba de ley preceptiva, prohibitiva o permitida: «Weil aber Verbindlichkeit nicht bloß praktische Notwendigkeit (dergleichen ein Gesetz überhaupt aussagt) sondern auch Nötigung enthält, so ist der gedachte Imperativ entweder ein Gebot –oder Verbot– gesetzt, nachdem die Begehung oder Unterlassung als Pflicht vorgestellt wird. Eine Handlung, die weder geboten noch verboten ist, ist bloß erlaubt, weil es in Ansehung ihrer gar kein die Freiheit (Befugnis) einschränkendes Gesetz und also auch keine Pflicht gibt» (KANT, I., *Die Metaphysik der Sitten*, *op. cit.*, 1803, p. XXI).

(46) SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, *op. cit.*, 2008, p. 33.

delictivos (comisivos u omisivos) o de justificación. Las reglas de comportamiento en función de medición actúan en retrospectiva dirigiéndose al *iudex* para que valore los hechos *ex post facto*. Las reglas prohibitivas se transforman en tipos comisivos, las prescriptivas en tipos omisivos y las facultativas en tipos de justificación. Siguiendo los ejemplos anteriores la regla «¡No debes matar!» se convierte en el tipo delictivo homicidio, la regla prescriptiva que establece «¡Debes prestar auxilio!» en un tipo omisivo, omisión de auxilio o abandono de persona, mientras que la regla permisiva que faculta a matar si ello es necesario para repeler una agresión ilegítima, se transformaría en el instituto de la legítima defensa como tipo de justificación.

Es preciso aclarar que no hay reglas de comportamiento que solo cumplan una función de configuración de conducta y otras que solo puedan ser utilizadas como baremo de medición. En realidad, son dos caras de una misma moneda(47), un conjunto, una unidad. Tan absurdo sería un sistema de reglas que indique a las personas que pueden hacer o dejar de hacer mas luego no permita afirmar si el agente actuó conforme o contra la regla, como aquel que solo cuente con reglas en función de medición sin precisar pautas que orienten al virtual agente sobre lo que debe o puede hacer u omitir.

Las reglas de comportamiento permiten guiar la conducta de las personas y medir lo obrado conforme a la norma en cuestión, pero no hacen posible imputar una acción como hecho ni juzgarlo como meritorio o demeritorio, para ello es necesario contar con un sistema de reglas distinto, es aquí donde entran en juego las reglas de imputación (*Zurechnungsregeln*). Estas solo poseen una función en retrospectiva y se dirigen primariamente a quien debe juzgar una conducta *ex post* que, en el ámbito del Derecho penal, será el juez(48). Las reglas de imputación establecen los requisitos que permiten atribuir una acción como hecho, o un hecho como meritorio o demeritorio, cuándo no se puede hablar de hecho o cuándo no cabe reprochar al sujeto lo realizado. En otros términos, estas reglas enuncian las condiciones de las cuales depende la imputabilidad de la falta de omisión, de la acción respectivamente prohibida o la falta de ejecución de la acción respectivamente ordenada como una contradicción de la correspondiente

(47) HRUSCHKA, J., «Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln», *Rechtstheorie* 22 (1991), pp. 449 ss. (este artículo ha sido traducido por Francisco BALDÓ LAVILLA y se encuentra en HRUSCHKA, J., *Imputación y Derecho penal*, op. cit., 2009, pp. 14-29).

(48) Es preciso señalar que las reglas de imputación son a su vez reglas de comportamiento para el juez, en tanto que lo guiarán para decidir si un acontecimiento debe ser o no imputado como hecho o si el hecho antijurídico le debe ser o no reprochado al agente.

norma de prohibición o de mandato(49). A este sistema de reglas pertenecen, por ejemplo, los preceptos que establecen el régimen del error de tipo, la enajenación mental, la embriaguez, entre otras(50).

Así como las reglas de conductas pueden ser prohibitivas, preceptivas o permisivas, las reglas de imputación son consecutivas o adversativas. Con todo, las reglas de carácter consecutivo son aquellas que permiten «enlazar» dos términos como consecuencia lógica: uno de ellos es consecuencia del otro. Por tanto, si se afirma que la libertad básica es la requerida para que un acto humano constituya un hecho y, estamos frente a una conducta realizada con volición y conocimiento, la consecuencia lógica será considerarla como *factum*. Dichas reglas consecutivas son las que se emplean en sede de imputación ordinaria. Por otro lado, aquellas reglas que permiten imputar «a pesar de» no darse los elementos que fundamentan la imputación de manera directa, es decir consecutiva, se las denomina de carácter adversativo(51). Se trata de reglas que operan en la imputación extraordinaria permitiendo atribuir un acto como hecho o reprochar el mismo al artífice pese a la presencia de un defecto (*actio non libera in se*). En efecto, su función es la de restablecer la imputación: una conducta, que no fue libre en el momento decisivo (*in se*), puede que lo haya sido en un momento anterior (*actio libera in sua causa*), mediante reglas adversativas es posible formular imputación (extraordinaria) en caso de que ese defecto provenga del propio agente.

Las ideas aquí esbozadas son tan solo parciales y serán completadas al desarrollar las categorías de la doctrina clásica. Por el momento es preciso reiterar que la imputación solo es posible respecto de personas que actúan con libertad y según reglas que hacen posible esta operación. Las reglas de comportamiento son pautas que orientan la conducta de los destinatarios y, a la vez, baremos de medición para el juez, de modo que tienen una función en prospectiva y otra en retrospectiva. Por su parte, las reglas de imputación se dirigen al juez, actúan en retrospectiva e indican cuándo hay un hecho, o bien si es posible atribuir responsabilidad al agente por el mismo(52). Estas

(49) Así, MAÑALICH, J. P., «La exculpación como categoría del razonamiento práctico», *op. cit.*, 2013, p. 8.

(50) SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *La libertad del Derecho penal*, *op. cit.*, 2014, p. 58. A los ejemplos mencionados podríamos agregar las reglas relativas a la vencibilidad o no del error, aquellas sobre la minoridad, criterios de evitabilidad en la culpabilidad, etc.

(51) En detalle, SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, *op. cit.*, 2008, pp. 35 ss. Sobre las reglas de imputación de carácter adversativo véase también SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *La libertad del Derecho penal*, *op. cit.*, 2014, pp. 146 ss.

(52) KINDHÄUSER ha sintetizado la cuestión así: «La construcción dogmática del hecho punible descansa en la aplicación de dos clases de reglas: de normas por una

últimas son de carácter consecutivo al permitir enlazar dos términos de manera lógica o de carácter adversativo haciendo posible efectuar el juicio a pesar de la presencia de un defecto que impide la imputación directa (u ordinaria).

2.3 Categorías: *imputatio facti, applicatio legis ad factum e imputatio iuris*

La doctrina clásica de la imputación contiene categorías propias de la filosofía moral que se han venido elaborando durante siglos para atribuirnos responsabilidad. Según entiendo, es con Hruschka que las estructuras se restauran, ordenan y adquieren especial interés para el público penalista. En efecto, las categorías que se presentarán a continuación son las que Pufendorf, Gundling, Wolff, Lehmann, Daries, y tantos otros, desarrollaran durante siglos, luego ordenadas (y sistematizadas) por Hruschka en el siglo pasado y reinterpretadas por Sánchez-Ostiz en el último tiempo⁽⁵³⁾.

La doctrina clásica, gracias a los aportes de la filosofía, ha sacado a relucir que atribuirnos responsabilidad, ante todo, pertenece al conjunto de operaciones de conocimiento y valoración de la realidad humana y que, en definitiva, imputar y valorar son juicios comunes en el análisis de la «agencia»⁽⁵⁴⁾. Esta doctrina sostiene que para atribuir responsabilidad a un agente deben efectuarse dos juicios de imputación y una operación de valoración. La imputación se presenta en dos niveles: *imputatio facti e imputatio iuris*. Por otra parte, la *applicatio legis ad factum* es un juicio que se encuentra imbricado entre aquellos, pero posee una naturaleza diversa: no de atribución sino de medición o valoración. Por tanto, la secuencia sería: *imputatio facti, applicatio legis ad factum e imputatio iuris*. En otros términos, en primer lugar, se imputa una acción como hecho (*factum*), el hecho luego se somete a las leyes, y finalmente se le atribuye responsabilidad al artífice a título de mérito o demérito.

parte, que en tanto enunciados de deber designan las condiciones bajo las cuales un comportamiento ha de verse como antijurídico, y de reglas de imputación por otra, con arreglo a las cuales se determina si el destinatario de una norma, en atención a sus capacidades efectivas, puede ser hecho responsable por un comportamiento antijurídico, incluidas sus consecuencias» (KINDHÄUSER, U., «El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva», *InDret*, (4), 2008, p. 2.

(53) Un resumen del desarrollo de las categorías de la doctrina clásica puede verse en HRUSCHKA, J., *Imputación y Derecho penal, op. cit.*, 2009, pp. 88 ss.; también en SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito, op. cit.*, 2008, pp. 13 ss.

(54) Se desarrolla dicho tema como tesis principal en SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Víctimas e infractores*, 2018, *op. cit.*, pp. 13 ss.

En el primer nivel de imputación, *imputatio facti*, se juzga si un suceso en el que alguien se ve inmerso es un hecho (*factum, Tat*) o si, en cambio, se trata de la mera causación de un efecto que no permitiría imputación alguna. Es un juicio por el que se considera al agente como la *causa moralis* de una acción, que, a partir de entonces, se la denominará hecho (*factum*) y se la someterá luego a las leyes(55). Ser la *causa moralis* o *libera* de un hecho significa que el autor, al obrar, ha contado con una alternativa distinta de la realizada, en el sentido de que efectivamente estaba en sus manos omitir el hecho comisivo o bien ejecutar el hecho omisivo. A su vez, implica afirmar que el agente no es una causa más de ese hecho sino su causa originante(56). Ahora bien, cabe realizar una distinción entre acción (*Handlung*) y hecho (*Tat*). La acción sería el objeto de este primer nivel de imputación, entendiéndose por tal un mero evento o suceso en el que se ve inmerso un ser humano, mientras que hecho (*factum, Tat*), sería el resultado del juicio sobre esa acción y que, en base a reglas de imputación, expresa que el mismo proviene de un artífice que es su *causa libera*(57).

La *imputatio facti* exige que el agente obre con libertad, concretamente, la acción se concibe como hecho si el artífice procedió de acuerdo con lo que hemos descrito como libertad básica (2.1). En efecto, hablar de hecho presupone la existencia tanto de volición, es decir, el agente tuvo al menos una opción, como de conocimiento, en el sentido de que su «querer» vino precedido del «conocimiento» de la realidad fáctica(58). Con todo, los componentes de la libertad mínima, esto es, «conocer» y «volición», deben estar presentes para imputar el acontecimiento como hecho. Antes de avanzar sobre las causas de exclusión de este nivel de imputación, es importante dejar

(55) Nuevamente aquí «Zurechnung (imputatio) in moralischer Bedeutung ist da Urteil wodurch jemand als Urheber (causa libera) einer Handlung, die alsdann That (factum) heißt und unter Gesetzen steht, angesehen wird...» (KANT, I., *Die Metaphysik der Sitten*, op. cit., 1803, p. XXIX).

(56) Karl LARENZ, conocedor del pensamiento clásico, afirma: «La imputación no significaba otra cosa que el intento de diferenciar el propio hecho de los sucesos causales. Cuando yo afirmo que alguien es el autor de un suceso, quiero decir que este suceso es su propio hecho, con lo que quiero decir que para él no es la obra de la casualidad, sino de su propia voluntad» (LARENZ, K., *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927, Deichert, Leipzig, p. 61).

(57) Así, SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 82-83.

(58) No es posible extenderse en la relación que existe entre «el querer» y «el conocer», pero sí cabe señalar que para HRUSCHKA el elemento volitivo estaría subordinado al elemento cognitivo. Al respecto, HRUSCHKA, J., «Über schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes», en *Strafverfahren im Rechtsstaat: Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag*, Beck, München, 1985, p. 193.

en claro que la operación de la que aquí hablamos, como juicio que es, afirma algo sobre la realidad, pero no se trata de un juicio de tipo descriptivo, sino más bien «constitutivo», ya que consiste en un acto realizativo o performativo, en cuanto que, al emitirse, se está haciendo algo, instaura lo que afirma(59). En otros términos, constituye lo que se imputa: el hecho. Como veremos luego, la *applicatio legis ad factum* posee características diversas.

Si la imputación de primer nivel exige que el agente conozca las circunstancias de su obrar, esto es, la realidad fáctica, y que tenga capacidad mínima de acción, es decir, al menos una alternativa distinta, surge a las claras que no es posible imputar una acción como *factum* si media falta de volición o desconocimiento. Nos encontramos ante casos de *necessitas physica seu absoluta* en los que la libertad (básica) se ve afectada por *vis absoluta* o bien por *ignorantia facti*. Veámoslo en ejemplos: «*E* no comete una agresión, al menos *prima facie*, si *F* empuja con una compulsión física irresistible el codo de *E* hacia la cara de otra persona»(60). En este caso, *E* se halla bajo un estado de violencia (*vis absoluta*) que anula su volición, lo cual impide considerarlo *causa libera* (originante) del suceso y, en definitiva, nos permite afirmar que aquí no hay *hecho* alguno, sino un simple «acontecimiento físico». Del mismo modo, podríamos decir que «*A* no comete un hurto, si toma la cartera de *B* ignorando que la misma no es de su propiedad sino de *B*». En este supuesto, *A* actúa «desconociendo» la realidad fáctica, por ende, tampoco habría imputación de primer nivel en los términos expuestos, pues el aspecto cognoscitivo de la libertad básica se ve anulado a causa de la *ignorantia facti*. En este primer de nivel de imputación, es posible advertir algo que ya se encontraba en Aristóteles: la violencia y la ignorancia son causas de exclusión de lo voluntario(61).

(59) Lo advierte SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *La libertad del Derecho penal*, op. cit., 2014, p. 63.

(60) El texto original dice: «... similarly E does not commit a battery, at least, prima facie, when F, with irresistible physical compulsion pushes E's elbow into the face of another individual» (HRUSCHKA, J., «Imputation», *BYU L. Rev.* 669, [V], 1986, p. 682).

(61) «La virtud se refiere a todo lo que uno siente y a las acciones, y mientras que las voluntarias generan aprobación o reproches, las involuntarias a su vez indulgencia o, a veces, compasión. Lo voluntario y lo involuntario, es necesario, distinguirlo de igual modo cuando sobre la virtud se reflexiona; y es provechoso también para los que hacen las leyes en vista a los honores y los castigos. Parece entonces que son involuntarias las que se producen por violencia o por ignorancia...», véase ARISTÓTELES, *EN*, 1109b1.

El juicio que permite imputar una acción como un hecho recibe por la doctrina clásica el nombre de *imputatio facti*. En este primer nivel de imputación se afirma un hecho si el agente contó con al menos una alternativa previo conocimiento del intelecto. En este caso, al autor se lo concibe como artífice, en el sentido de *causa libera* (origen-radical) de ese hecho. De manera contraria, ante la ausencia de opciones (falta de volición) o mediando desconocimiento de la realidad fáctica (falta de conocimiento), no habrá *factum* por presentarse supuestos de *necessitas physica seu absoluta*, los que, en principio, impedirían realizar juicio alguno posterior. Efectuada esta primera operación de imputación y, obteniendo como resultado la existencia de un hecho, será necesario medirlo con arreglo a las leyes. En ello consiste la *applicatio legis ad factum*.

Las operaciones de imputación no deben ser confundidas con las de valoración. Los juicios de imputación consisten en la atribución de un suceso como hecho (1er nivel) y en el reproche al agente (2.º nivel). En cambio, un juicio de valoración, como lo es el de la *applicatio legis ad factum*, consiste en medir el hecho imputado con arreglo a una regla de comportamiento en función retrospectiva. Resulta que el acto de aplicación de la ley precede a la imputación de segundo nivel y sigue a la imputación de primer nivel(62), es decir, no es una operación propiamente imputativa pero presupone una *imputatio facti* y posibilita la *imputatio iuris*.

Hemos dicho que las reglas de comportamiento poseen una función de configuración y otra de baremo o medición (2.2). La *imputatio facti* resulta posible en la medida que el agente cuente con una regla en prospectiva que oriente su actuar, ahora bien, esa misma regla en retrospectiva es la que permite medir el hecho imputado conforme a tipos comisivos, omisivos o de justificación, siendo esta la operación que la doctrina clásica denomina *applicatio legis ad factum*. Se trata pues de un juicio de características diversas a los imputativos, estos son constitutivos, en el sentido de que al emitirse se está haciendo algo, se constituye un hecho, o un estado: la culpabilidad o inocencia, esto es lo que los define como «judicativos». En verdad, los juicios de valoración serían también constitutivos, en la medida de que afirman, por ejemplo, que un hecho constituye un hurto, pues esta operación da existencia al tipo (hurto). Sin embargo, serían un género especial de dicha rama. El sujeto imputante, al considerar el hecho como típico o

(62) Dirá Hruschka: «Soy firmemente de la opinión de que el acto de aplicación de la ley precede a la imputación de segundo nivel y sigue a la imputación de primer nivel» (HRUSCHKA, J., «*Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf*», *op. cit.*, 1984, p. 674.

atípico, efectúa un acto de tipo «ejercitativo» en cuanto que toma una decisión respecto a que cierto estado de cosas debe ser de determinada manera(63). En definitiva, las operaciones de la doctrina clásica tendrían carácter constitutivo: los juicios de imputación serían judicativos mientras que la *applicatio legis ad factum* posee un carácter ejercitativo.

Al confrontar un hecho con la regla de conducta en su función de baremo o medición, se realiza un juicio de valoración del hecho como antijurídico o no. El resultado de dicha comparación, valoración o medición puede ser que el hecho se halle dentro de lo exigido por la norma; se hablará entonces de conductas ajustadas, como, por ejemplo, en el caso de los comportamientos justificados. En cambio, cuando divergen con la norma estamos frente a conductas desajustadas, sea por defecto (o injustas si se quiere), sea por exceso (o supererogatorias)(64). Nuevamente podemos recurrir a ejemplos para verlo con mayor claridad: asumiendo que *A* se está ahogando y que *B* es su posible salvador, *B* hace más de lo que la ley le exige si pone en riesgo su vida para salvarlo; *B* cumple con su obligación legal si interrumpe su paseo de la tarde para salvarlo; mientras que *B* no cumple su deber si no salva a *A* pese a que estaba a su alcance interrumpir su paseo de la tarde para hacerlo. Este ejemplo muestra un primer hecho que «excede» lo dispuesto por la regla, ya que el deber de auxiliar a otro no exige poner en riesgo la propia vida, un segundo comportamiento «ajustado» a la ley y un tercer comportamiento que queda por «debajo» de lo exigido por la norma. Vayamos ahora a un supuesto de regla de comportamiento permisiva que, en función retrospectiva, se transforma en un «tipo de justificación». Tal sería el caso de lo que conocemos como legítima defensa: partiendo de que por regla está prohibido matar a otro ser humano, en determinadas situaciones, como lo es en defensa propia, ello está permitido. Bajo esta regla, *D* no cumple con la norma si mata a *C* mientras no actúe en defensa propia. *D* cumple con la regla si no mata a *C* en cualquier situación normal, pero si en defensa propia. Mientras que *D* hace más de lo que la ley le exige si no mata a *C* a pesar de que en una situación particular le estaría permitido hacerlo (en defensa propia)(65).

(63) Así surge de SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, op. cit., 2008, pp. 471 ss.

(64) SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Víctimas e infractores*, op. cit., 2018, p. 45.

(65) El ejemplo original reza: «Assume that A is drowning and B is his possible rescuer. B does more than the law requires if he risk his own life to save A. B fulfills his legal obligation if he interrupts an afternoon walk to save A. B does not fulfill his duty if he does not save A even though he would only have to interrupt his afternoon walk to do so. Second, it is generally forbidden to kill other human beings, although

De lo expuesto se aprecia que, una vez medido el hecho conforme a la regla, pueden presentarse tres supuestos: i) puede ocurrir que el hecho sea contrario a la regla al quedar por debajo de lo exigido por ella. Esto hará que avancemos al segundo nivel de imputación para determinar si el hecho es reprochable o no; ii) el hecho exceda lo dispuesto por la norma, pudiéndose imputar como meritorio o supererogatorio; o bien iii) el hecho coincida con lo dispuesto por la norma en cuestión, y en ese caso no proceda imputación alguna a título de mérito o demérito(66).

La *applicatio legis ad factum* es un juicio de valoración que sigue el procedimiento de *subsunción* del objeto (hecho) en la norma y ha sido caracterizado como un acto de tipo ejercitativo. Si sometemos un hecho a reglas de comportamiento en función de baremo (o medición), necesariamente debemos presumir que existe un *factum*, de modo que la *applicatio legis ad factum* sucede –y presupone– una *imputatio facti*. Al sopesar ese hecho con una regla de conducta en retrospectiva puede resultar contrario a la norma, por exceso o defecto, o bien ajustado a ella. En los primeros dos supuestos será necesario realizar un juicio de «merecimiento» (lo que comprende méritos y deméritos) –en terminología de la doctrina clásica: *imputatio iuris*–; mientras que la conducta ajustada a la norma no será objeto de reproche o alabanza por ser ni más ni menos que el comportamiento «debido».

Por medio de la *imputatio facti*, un suceso en el que alguien se ve inmerso se considera hecho. Ese hecho se mide con arreglo a tipos (comisivos, omisivos o permisivos) en la operación que hemos llamado *applicatio legis ad factum*. Si el hecho realizado por el agente se ajusta a lo que la regla en cuestión exige, este no le será atribuido al agente como meritorio o demeritorio, pues al ser el debido, conservará el *status* de mero hecho(67). En efecto, la *imputatio iuris* es un juicio que supone la valoración del hecho con arreglo a las normas y requiere que el resultado de esa operación sea que el *factum* contraría a la pauta

in certain situations, e.g., in self-defense killing may be permissible. Under this law, D does not fulfill his duty if he kills C while not acting in self-defense. He fulfills his duty if he does not kill C in any normal situation. He does more than the law requires if he does not kill C even though in the particular situation he would be permitted to do in self-defense» (HRUSCHKA, J., «Imputation», *op. cit.*, 1986, p. 678).

(66) KANT dirá: «Was jemand pflichtmäßig mehr tut, als wozu er nach dem Gesetze gezwungen werden kann, ist verdienstlich (*meritum*); was er nur gerade dem letzteren angemessen tut, ist Schuldigkeit (*debitum*); was er endlich weniger tut, als die letztere fordert, ist moralische Verschuldung (*demeritum*)» (KANT, I., *Die Metaphysik der Sitten*, *op. cit.*, 1803, p. XXIX).

(67) Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Víctimas e infractores*, *op. cit.*, 2018, p. 25.

de conducta, ya sea por quedar debajo de lo establecido o por exceder lo dispuesto por ella. Con todo, es posible afirmar que se trata de un juicio sobre la «culpabilidad» del autor o, en otros términos, un juicio en virtud del cual se atribuye al artífice el hecho antijurídico a título de demérito o, en su caso (si el hecho va más allá del deber), a título de mérito. En la primera hipótesis planteada, la consecuencia será una *poena* mientras que en la segunda un *praemium*(68).

Se ha dicho que la operación de imputación comprende dos niveles y en ambos se expresa algo acerca de la libertad con la que obró el autor. Así como la *imputatio facti* exige una mínima libertad (volición y conocimiento) en el agente para afirmar que su acción constituye un hecho, en el segundo nivel de imputación, en el que se resolverá sobre la antijuridicidad del hecho con sentido de reproche(69), se exige una libertad específica o plena. La *imputatio iuris*, como acto a través del cual se determinan los méritos que corresponden al *Urheber* por su hecho, exige determinar si el agente obró libremente, esto es, si tuvo una capacidad de decisión articulada por motivos o razones (voluntariedad), y si pudo captar el sentido o significado valorativo –normativo– de su conducta, de modo que llegó a «saber» que su hecho era antijurídico. En concreto, el hecho contrario a la norma, ya sea por realizar una conducta prohibida, omitir la debida, o exceder la permitida, no le será atribuido al agente a título de demérito en los siguientes casos: i) cuando este desconoce (no sabe) la antijuridicidad del hecho, esto es por *ignorantia iuris* (también deben incluirse supuestos de defectos de conocimiento por enfermedad mental); y ii) cuando, aun conociendo la norma, no le es posible obrar conforme a ella por existir un contramotivo que le impide el cumplimiento de su deber, esto se daría en los casos de *vis compulsiva* aunque también en supuestos de enfermedad o trastorno psíquico en los que el sujeto no obra conforme a la norma(70). Veámoslo a través de ejemplos: dentro de las causas de exclusión que indicamos bajo el punto i), encontraríamos que *A* y *B*, por cuestión de honor, deciden batirse a duelo «sin saber» que dicha práctica se encuentra prohibida(71); o bien, *C*, quien

(68) Así puede observarse en el texto kantiano: «Der rechtliche Effekt einer Verschuldung ist die Strafe (*poena*); der einer verdienstlichen That Belohnung (*praemium*) (...); die Angemessenheit des Verfahrens zur Schuldigkeit hat gar keinen rechtlichen Effekt» (KANT, I., *Die Metaphysik der Sitten*, op. cit., 1803, p. XXIX).

(69) SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Víctimas e infractores*, op. cit., 2018, p. 44.

(70) Los supuestos de exclusión del juicio de imputación de segundo nivel son así agrupados en SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, op. cit., 2008, p. 491.

(71) Recurro al delito de duelo para ejemplificar, ya que, del otro lado del Río de la Plata, en Uruguay, desde 1920 los duelos por cuestiones de honor, bajo determinadas reglas eran permitidos, e incluso se trataba de una práctica común en el vecino

padece una «enfermedad mental», le causa lesiones a *D*. En estos dos supuestos, el juicio de merecimiento queda excluido porque el que agente no es «capaz» de conocer la norma, es decir, obra sin conocimiento de la antijuridicidad de su hecho. De la misma manera quedan incluidos en el punto ii), casos como los siguientes: *E* siendo coaccionada a punta de pistola, le causa la muerte a *F*; o bien, alguien encontrándose tras un naufragio junto con un enemigo en una delgada tabla que no soporta el peso de dos personas, lo arroja al mar (§ 35 StGB); incluso, alguien que, hallándose en un estado de intoxicación total (de tal forma que le impide actuar conforme a derecho), comete un robo. En los casos anteriores, si bien el agente *sabe* que su hecho contraría una norma, no le es posible obrar conforme a ella por existir un «contramotivo» comprensible que se lo impide.

Puede observarse que las causas de exclusión del juicio de reproche se encuentran relacionadas con los dos elementos que componen la denominada libertad plena: voluntariedad y saber. Ellos se ausentan en los casos *de vis moralis* o *compulsiva*(72) y en los supuestos de *ignorantia iuris*. Estos serían, a su vez, los opuestos de las causas de exclusión del primer nivel de imputación: *vis absoluta e ignorantia facti*. En fin, no caben dudas que estamos frente a una simetría nada casual.

Un suceso en el que se ve inmerso un agente es considerado hecho si este obra con mínima libertad (conocimiento y volición). A continuación, ese hecho es medido de acuerdo con reglas de conducta. El resultado puede ser: quedar por debajo de lo exigido, exceder lo dispuesto por la pauta, o bien, ajustarse a lo establecido en ella. En el último caso la conducta será meramente debida y no requerirá un juicio de merecimiento posterior. Pero si el hecho resulta contrario a la regla de comportamiento en función retrospectiva será necesario efectuar un juicio de culpabilidad. En él entra en juego nuevamente la libertad. Pero ahora nos referimos a una libertad más bien plena (voluntariedad y saber). Este segundo nivel de imputación es el que hará posible atribuir el hecho al artífice a título de mérito o demérito. La *imputatio iuris* es un juicio adscriptivo por el que se dirige un

país. Durante la década de 1970, antes y después del comienzo de la dictadura cívico-militar argentina (1973-1985), se desarrollaron algunos de los duelos más recordados, los cuales involucraron a influyentes personalidades de la época: Manuel Flores Mora («Maneco») ante el Dr. Julio María Sanguinetti; el mismo Manuel Flores Mora ante el Dr. Jorge Battle Ibáñez; Danilo Sena ante Enrique Erro; y el General Líber Seregni ante el General Juan Pedro Ribas. En la década de los noventa se deroga la Ley 7.253 que autorizaba los duelos en la República Oriental del Uruguay.

(72) Sobre la diferencia entre *vis absoluta* y *vis compulsiva* véase HRUSCHKA, J., «Die Nötigung im System des Strafrechts», *JZ* 1995, pp. 737-745.

reproche al agente por su hecho, el cual, en principio, quedará excluido por desconocimiento de la antijuridicidad; o bien, en casos en los que pese conocer la norma, el artífice es incapaz de obrar conforme a ella.

Lo dicho hasta aquí sobre los juicios de imputación resulta incompleto, ya que resta desarrollar el modo en que la doctrina clásica resuelve los supuestos en los que la «falta de libertad» es atribuible al propio agente; es decir, cuando el sujeto por su propia culpa «se coloca» en una causa de exclusión de imputación. Es momento de distinguir entre imputación ordinaria y extraordinaria.

2.4 Imputación ordinaria y extraordinaria

Los dos niveles comprendidos en la operación de imputación, esto es, *imputatio facti* e *imputatio iuris*, pueden verse afectados por causas de exclusión que impiden considerar a un acontecimiento como hecho o reprochárselo al agente a título de culpabilidad. Con todo, se presentan como defectos de imputación en el primer nivel los supuestos agrupados bajos los términos *vis absoluta* e *ignorantia facti* y *vis moralis* e *ignorantia iuris* en el segundo. Una síntesis de ello sería: no es posible efectuar un juicio de imputación en circunstancia de ausencia de libertad. Ahora bien, es preciso señalar que la falta de libertad en los supuestos de exclusión que hemos mencionado implica una ausencia de libertad «actual», es decir, acciones o hechos no libres *in se* (en sí mismos) y, estas *actiones non liberae in se* excluyen lo que se denomina imputación ordinaria. Por tanto, se propone llamar a la imputación de un suceso o de una inactividad «imputación ordinaria», cuando la persona en cuestión, en el momento decisivo, está en condiciones de evitar la producción del suceso o de realizar la acción en cuestión⁽⁷³⁾. De manera contraria, queda excluida la imputación ordinaria cuando no existe libertad al momento de obrar (*in se*).

Queda en claro que la imputación de la que hemos hablado hasta al momento es la que se ha caracterizado como ordinaria, en la que el foco se encuentra en si la acción es libre o no en sí misma, es decir, en el momento presente y en la situación actual en la que la persona obra. Sin embargo, desde Aristóteles (luego Tomás de Aquino y más tarde Pufendorf), se ha puesto en duda si no es posible también efectuar un juicio de imputación ante defectos o supuestos de falta de

(73) Se ordenan conceptos que ya estaban en PUFENDORF, véase HRUSCHKA, J., «Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf», *op. cit.*, 1984, *passim*.

libertad que tienen su causa en el propio agente(74). Si bien la terminología le pertenece a Hruschka, la distinción entre imputación ordinaria y extraordinaria es un legado de Pufendorf. En sus *Elementa* dice:

«No solamente pueden ser imputados aquellos sucesos respecto a los cuales esté a nuestro alcance en el momento presente el que acontezcan o no, sino también aquellos cuya producción estuvo en un momento anterior en nuestro radio de acción, en caso de que hayamos perdido esa posibilidad por nuestra propia culpa»(75).

Este axioma permite afirmar que la imputación es aún posible en supuestos de ausencia de libertad, siempre y cuando dicho defecto provenga del propio agente. Al ser este el responsable de las razones que impiden la imputación ordinaria, se le atribuye igualmente la acción como hecho o se efectúa el reproche(76). En concreto, la imputación extraordinaria opera en aquellos supuestos en los que se da en el sujeto un defecto que impide la imputación (ordinaria), pero esta se restablece en ciertas ocasiones: en aquellas en las que hacemos responsable al propio sujeto del defecto en cuestión(77). En efecto, en los casos de *vis (absoluta/moralis)* o de *ignorantia (factiliuris)* será posible restablecer la imputación si el artífice es quien por su propia

(74) SÁNCHEZ-OSTIZ examina las bases sobre las cuales los autores clásicos construyen la imputación extraordinaria y afirma que PUFENDORF se refiere a una sanción, no por haber obrado contra la justicia sino contra la prudencia, mientras que TOMÁS DE AQUINO alude a la negligencia a la igual que ARISTÓTELES, quien recurre a ella para justificar el castigo en los casos de defectos que excluyen la imputación (ordinaria). En detalle, SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, op. cit., 2008, pp. 535 ss.

(75) «Possunt (...) imputari non ea tantum quae pro praesenti tempore ut fiant vel non fiant in nostra sunt potestate, sed etiam, quorum perficiendorum facultas nobis adfuit, nostra autem culpa est amissa; seu quae pro praesenti quidem statu sunt impossibilia alicui, ut tamen ipse in culpa fuerit, quo minus ea jam praestare possit», (PUFENDORF, S., *Elementorum Jurisprudentiae Universalis*, 1660, L. II, axioma I § 7. HRUSCHKA alude a este pasaje en «Imputation», op. cit., 1986, p. 689 y en «Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf», op. cit., 1984, p. 663.

(76) «... si él es responsable precisamente de esta circunstancia, él ha cometido el hecho voluntariamente en la causa. Por tanto, una conducta imputable ordinariamente en ambos niveles de la imputación (como hecho y a la culpabilidad) es caracterizada como libre, ya en sí misma (*actio libera in se*), y, en cambio, una conducta solo extraordinariamente imputable es caracterizada como libre solo en la causa (*actio libera in causa*)», así SCHUHR, J. C., «La teoría de la imputación en Hruschka. Un esbozo», en *Enfoques penales*, CRIMINT, 2018, p. 18.

(77) En este sentido, SÁNCHEZ-OSTIZ, P., «¿Incumbencias en Derecho Penal? Depende», *InDret*, (1), 2015, p. 7.

culpa se coloca en el defecto, tal como sucede, dirá Tomás de Aquino, con los que se emborrachan y por eso se vuelven ignorantes(78).

Así como las reglas de imputación de carácter consecutivo son las que permiten efectuar la imputación ordinaria, la posibilidad de imputar (extraordinariamente) a pesar de la falta de libertad (*in se*) es posible mediante reglas adversativas (2.3). En esta línea, si la imputación (ordinaria) queda excluida por falta de libertad en el momento de realizar la conducta, pero, por ser esta libre *in sua causa*, es factible restablecer la imputación y hacer responsable al propio agente por su defecto, el fundamento de la imputación extraordinaria no habrá que buscarlo en la norma prohibitiva o prescriptiva, sino más bien en una norma previa (o secundaria) que posibilite el cumplimiento del deber. Aquí es donde entran en juego las *Obliegenheiten*(79). El destinatario de una regla de conducta no solo tiene el deber de cumplir con ella, sino que también le «incumbe» mantenerse en condiciones de cumplir con lo prescripto o prohibido(80), de modo que si existe una norma que prohíbe matar, los destinatarios no deben matar, pero además les incumbe evitar todas las condiciones que, contempladas *ex ante*, podrían conducirlos al delito. La acción provocada por una fuerza física irresistible no es posible imputarla ordinariamente como hecho, pero sí extraordinariamente: cuando el agente por su «culpa» se colocó en la posición de ser instrumentalizado, pues al él le incumbía evitar esa situación(81). De igual manera, quien, debido a su estado de embriaguez, «no conoce» que el bolso que toma es ajeno, no cabe atri-

(78) Así en TOMÁS DE AQUINO, *Comentario a la Ética a Nicómaco*, L. III, L. XI, Nm. 505. Cito por la edición *Comentario de la Ética a Nicómaco*, trad. MALLEA, A. N, CIAFIC, Buenos Aires, 1983. HRUSCHKA pone de manifiesto que el ámbito de aplicación de la *actio libera in causa* no debe quedar limitado a los casos de embriaguez, proponiendo un concepto más amplio de este instituto. En detalle, HRUSCHKA, J., «Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf», *op. cit.*, 1984, pp. 668 ss.

(79) Una posición que pone en duda la aplicación de las *Obliegenheiten* la podemos hallar en MONTIEL, J. P., «¿Existen las Obliegenheiten en el Derecho penal?», *InDret*, (4), 2014, pp. 1-29. La crítica que allí se realiza será analizadas posteriormente (4.4).

(80) SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, *op. cit.*, 2008, p. 541.

(81) Por ej.: «Si A con violencia física irresistible hace que el codo de B golpee el vidrio, queda excluida la posibilidad de imputar el suceso ordinariamente a B como una acción de daños. Sin embargo, todavía es posible una imputación extraordinaria. Esta última tiene lugar, a pesar de la circunstancia de que B mismo ha sido víctima de un uso de la violencia, en el caso de que deba hacerse responsable a B de la situación en la que, mediante violencia, se ha hecho golpear su codo contra el vidrio, por ejemplo, porque por «petulancia o curiosidad» se ha metido en una pelea», el ejemplo proviene de HRUSCHKA, J., «Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf», *op. cit.*, 1984, p. 664.

buirle el suceso de manera ordinaria (por *ignorantia facti*), pero resulta posible restablecer la imputación (extraordinaria) si, por ejemplo, la propia persona es la que se colocó en estado de ebriedad, pues a ella le incumbía evitar las circunstancias que pueden llevarla a delinquir.

Las incumbencias como fundamento de la imputación extraordinaria permiten restablecer el juicio de imputación «a pesar de» la falta de libertad (*in se*). De esta manera aquellos casos de *ignorantia (facti o iuris)* que tiene su causa en el agente –hoy hablaríamos de error venible–, o una circunstancia de *vis (absoluta o moralis)* que es provocada por el mismo autor –podríamos incluir tanto a la inimputabilidad como a las causas de exculpación–, serán imputables al agente por ser él la causa del error, de la incapacidad o de la inimputabilidad(82).

En definitiva, es posible distinguir entre: i) *actio libera in se*, la cual puede ser imputada ordinariamente; ii) *actio non libera in se sed tamen in sua causa libera*, que impide la imputación ordinaria pero no la extraordinaria; y iii) *actio neque in se neque in sua causa libera*, que, por no ser libre en sí misma ni en su causa, queda excluida de toda imputación(83).

2.5 Resumen

La doctrina clásica de la imputación se ha desarrollado durante siglos en el ámbito de la filosofía moral. A través de estructuras permanentes y con una fundamentación racional permite atribuir responsabilidad a un agente por su hecho. La imputación solo es posible respecto de personas, las cuales, según una visión kantiana, son seres racionales que gozan de autonomía y que, a diferencia de las cosas que tienen precio, poseen dignidad. La doctrina clásica pone en el centro de atención el concepto de libertad: no hay hecho ni culpabilidad en las acciones que no son libres en sí mismas ni en su causa (*actio neque in se neque in sua causa libera*). Toda operación de valoración e imputación requiere de reglas, siendo preciso distinguir entre aquellas que orientan y miden las conductas (*Verhaltensregeln*), de las que hacen posible la imputación (*Zurechnungsregeln*)(84). Existen dos niveles

(82) SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, op. cit., 2008, pp. 546 ss.

(83) Explica HRUSCHKA: «The distinction was between *actio libera in se* (act free in itself), *actio non in se, sed tamen in sua causa libera* (act not free in itself but free in its cause), and *actio neque in se, neque in sua causa libera* (act neither free in itself nor free in its cause)». Véase HRUSCHKA, J., «Imputation», op. cit., 1986, p. 688.

(84) SÁNCHEZ-OSTIZ estima que la distinción entre el objeto y las reglas de imputación constituye uno de los mayores logros de la doctrina clásica de la imputación (cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 32 ss.).

de imputación y una operación de valoración que se encuentra entre ambos. Un suceso del mundo exterior se imputa como hecho si el agente cuenta con al menos una alternativa que previamente es conocida por el intelecto (*imputatio facti*). Ese hecho luego es medido conforme a normas que lo rigen en retrospectiva (*applicatio legis ad factum*) y si resulta contrario a lo establecido por la regla será imputado como meritorio o demeritorio en razón de que sabía lo que hacía y contaba con voluntariedad para hacerlo (*imputatio iuris*). La falta de libertad en el momento de obrar impide su imputación ordinaria, pero si el defecto tiene su causa en el agente le será igualmente atribuido, pues existió libertad en la causa (imputación extraordinaria).

Lejos de haber agotado el tema en análisis, pero ya con un panorama más claro acerca del alcance de la llamada doctrina clásica, resulta necesario concluir con este apartado y avanzar hacia la confrontación de dicha doctrina con la moderna teoría del delito.

3. DOCTRINA CLÁSICA Y TEORÍA DEL DELITO

Al comienzo de este trabajo se afirmó que el estudio de la doctrina clásica de la imputación no quedaría limitado a exponer una evolución histórica de estructuras desarrolladas por filósofos morales. Para cumplir con tal promesa resulta necesario juzgar dicha doctrina a los ojos de la modernidad. Una dogmática penal que respete su objeto de estudio, esto es, el concepto de lesión imputable del deber (*zurechenbare Pflichtverletzung*) y no se deje llevar por leyes que vienen y van(85), debe apartarse de la idea de que la solidez del pensamiento jurídico-penal depende exclusivamente del Derecho positivo vigente, pues su fundamentación, en realidad, se halla en las corrientes generales del pensamiento humano(86). La propuesta que se ofrece en lo que sigue no consiste en abandonar la teoría del delito como criterio de atribución de responsabilidad penal, sino más bien en mostrar que la «acción humana», la «libertad», la «imputación», son conceptos sobre los que

(85) El Prof. SANZ MORÁN parece tener también una mirada crítica en cuanto a limitar a la dogmática penal al estudio del derecho positivo, al respecto ha dicho «... hacer del derecho positivo el objeto de estudio de la dogmática jurídica ha supuesto tradicionalmente, como es notorio, el mayor obstáculo para su caracterización como verdadera ciencia» (SANZ MORÁN, Á. J., «Algunas consideraciones sobre la ciencia del Derecho penal y su método», en García Valdés *et al.* (coords.), *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Madrid, 2008, p. 640).

(86) Así, ZAFFARONI, E. R., *Tratado de Derecho penal parte general*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1981, p. 10.

se ha venido trabajando durante siglos por una doctrina clásica que le puede proporcionar a la teoría general del delito, una cierta dosis de racionalidad necesaria para afrontar sus problemas actuales(87).

En primer término, se expondrá una serie de similitudes entre la doctrina clásica y la teoría del delito (3.1). Luego, se intentará mostrar que, en verdad, esas semejanzas son meramente aparentes y que existen diferencias significativas entre ambas (3.2).

3.1 Similitudes

Al confrontar la doctrina clásica de la imputación con la moderna teoría del delito, en una primera aproximación se advierte que ambas son instrumentos útiles para atribuir responsabilidad a una persona por lo hecho. La teoría general del delito como manifestación más característica y elaborada de la dogmática del Derecho penal(88), consiste en una ordenación tópica y sistemática(89) de categorías que permiten determinar si una acción es punible o no. La ciencia penal, en particular la dogmática jurídico-penal, ha transitado a lo largo de su historia por un constante ir y venir en cuanto al método de estudio del fenómeno penal. No es lugar aquí para referirse a las etapas de evolución de la moderna teoría del delito(90), pero sí cabe señalar que, tanto causalistas, neokantianos, finalistas como funcionalistas, concuerdan en que todo delito tiene cuatro elementos comunes:

(87) Una buena síntesis sobre el estado actual de la dogmática jurídico-penal, su problemáticas y principales puede verse en SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Medio siglo de dogmática penal alemana. (Un punto de vista iberoamericano)», en *Cuadernos de conferencias y artículos*, núm. 46, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 9-71.

(88) MIR PUIG, S., *Derecho Penal Parte General*, 10.^a ed., Reppertor, Barcelona, 5. I.2.

(89) Afirma JESCHECK: «Los elementos del concepto general de delito no permanecen desconectados entre sí (ordenación tópica), sino que mantienen una relación interna conformada según las leyes lógicas de la anteposición y la subordinación, así como por las de la regla general y la excepción (ordenación sistemática)» (JESCHECK, H.-H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal Parte General*, 5.^a ed., Comares, Granada, 2002, § 21. III.1).

(90) Sobre los rasgos generales de evolución de la teoría del delito, entre otros, véase SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit. 2010, pp. 79-115, MIR PUIG, P., *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, 2.^a ed., Bdef, Montevideo/Buenos Aires, 2013, pp. 176-239, JESCHECK, H.-H./WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal PG*, op. cit., 2002, § 22, MEZGER, E., *Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 14-77, PÉREZ DEL VALLE, C., *Estudios sobre los fundamentos del Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 107-125.

acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; siendo mucho más discutido el presupuesto de punibilidad(91). Con una mirada reduccionista del fenómeno, podríamos afirmar que existen numerosos puntos de contacto entre las categorías desarrolladas por la doctrina clásica y los elementos que componen la teoría del delito. Al buscar paralelismo entre ambos enfoques, cabría decir que lo caracterizado como *imputatio facti* se asemeja a la actual categoría «acción», la *applicatio legis ad factum* comprendería lo que la teoría del delito llama «tipicidad» y «antijurídicas», mientras que la *imputatio iuris* podría asimilarse con la «culpabilidad»(92).

No solo sería posible vincular las categorías de ambos modelos, sino también las causas que excluyen la imputación. La *vis absoluta*, que de acuerdo con la doctrina clásica impide imputar un suceso como hecho por falta de volición, guardaría un paralelismo con la que la dogmática moderna llama «fuerza física irresistible» como causa de exclusión de la acción(93). El juicio de imputación de primer nivel también se ve afectado ante supuestos de desconocimientos de las circunstancias relevantes de la conducta. Se trataría aquí de una *ignorantia facti*, la cual puede relacionarse con el llamado «error de tipo» que en la teoría del delito ubicamos en la tipicidad. El agente puede conocer la norma que guía su conducta, pero verse incapacitado para seguirla debido a un contramotivo comprensible que le impide cumplir con su deber, estos serían casos en los que la *imputatio iuris* queda excluida por *vis moralis* y que en la terminología de la teoría del delito incluiría un amplio abanico de causas de exclusión: supuestos de «miedo insuperable»(94), «inimputabilidad», «estado de necesidad exculpante», entre otros. Cuando el agente desconoce la antijuridici-

(91) Así en ROXIN, C., *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, t. I, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 1997, pp. 193-194. Un reciente trabajo de SÁNCHEZ-OSTIZ arroja un poco de luz sobre el alcance de la «punibilidad», véase SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *A vueltas con la Parte Especial (Estudios de Derecho penal)*, Atelier, Barcelona, 2020, pp. 123-150.

(92) Esta equiparación de categorías puede encontrarse también en SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, op. cit., 2008, pp. 452-501, mismo autor, *La libertad del Derecho penal*, op. cit., 2014, pp. 41-48 y *Víctimas e infractores*, op. cit., 2018, p. 47 ss.

(93) Así puede verse en MIR PUIG, S., *Derecho Penal PG*, op. cit., 8. IV.1. JAKOBS, por ejemplo, prefiere continuar utilizando el término *vis absoluta* para referirse a supuestos de falta de acción por empleo de una fuerza que anula la volición del sujeto, véase JAKOBS, G., *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.^a ed., 1997, Marcial Pons, Madrid, p. 181.

(94) El Código Penal Español (Ley Orgánica 10/1995), por ejemplo, incluye expresamente el miedo insuperable como causa de exclusión de la responsabilidad criminal (art. 20 inc. 6.º).

dad de su hecho, la imputación de segundo nivel desaparece por *ignorantia iuris*, pudiendo identificarse con el «error de prohibición» que en la teoría del delito estudiamos en la culpabilidad.

En el intento de compatibilizar la doctrina clásica con la teoría del delito, si bien algo forzado, cabría decir también que existe cierta similitud entre las reglas de conducta de tipo permisivas que se emplean en la *applicatio legis ad factum* para determinar, por ejemplo, que un hecho es ajustado (o debido), con las «causas de justificación» que excluyen la antijuridicidad. En esta dirección se podría decir que las reglas prohibitivas en función de baremo son análogas con los «tipos delictivos comisivo» y las prescriptivas con los «tipos omisivos», ambos con incidencia en la denominada imputación objetiva desarrollada por la dogmática penal en el marco de la tipicidad.

Desde esta perceptiva podríamos afirmar que las teorías del delito no son más que un producto evolucionado de la doctrina clásica, sin embargo, a continuación, se expondrán una serie de diferencias que nos lleva a adoptar una posición completamente contraria: las similitudes expuestas son fruto de una mirada superficial y reduccionista que busca una correspondencia entre modelos que son más bien caminos paralelos irreconciliables(95).

3.2 Diferencias

La doctrina jurídico-penal moderna, y, en particular, la teoría general del delito resulta ser inconscientemente heredera y sucesora de una doctrina que se ha venido forjando desde antaño por la filosofía moral. Es turno de preguntarnos: ¿estamos frente a ordenaciones sistemáticas identificables? ¿La doctrina clásica de la imputación es un estadio previo de la moderna teoría del delito? ¿La doctrina de la imputación tiene algo que decir a la actual teoría del delito?

La doctrina de la imputación contiene un conjunto de categorías que se han venido desarrollando a partir del estudio de la acción humana, esto es, la «agencia», durante siglos para atribuirnos responsabilidad por lo hecho. Resulta natural compararla con la teoría general del delito, pues no solo parecen tener el mismo objeto(96), sino

(95) Partiendo de la postura escéptica de Hruschka respecto a las posibilidades de compatibilizar la teoría del delito con la doctrina clásica de la imputación, Sánchez-Ostiz llega a pensar que los caminos son más bien paralelos e irreconciliables. Así se ha expuesto en SÁNCHEZ-OSTIZ, P., Conferencia: «La doctrina clásica de la imputación y las teorías del delito: ¿compatibilidad?», 2019, p. 3.

(96) Afirma Hruschka: «La doctrina jurídico-penal actual es, inconscientemente heredera y sucesora de la *Jurisprudentia et Philosophia Practica Universalis*

que incluso ha sido un penalista, el mentado Hruschka, quien reconstruyera y ordenara las categorías de la imputación para luego mostrar los beneficios que la filosofía de la ilustración está en condiciones de ofrecer a la dogmática. En esta pretensión de compatibilizar ambas estructuras, una mirada más detallada nos permitirá identificar, por encima de las similitudes expuestas, importantes diferencias.

En primer lugar, se advierte el origen diverso de una y otra. La doctrina clásica es fruto del estudio que los filósofos morales han realizado durante siglos sobre la teoría general de la acción humana. Desde Aristóteles hasta Kant, los grandes valores del pensamiento cristiano y los autores de la escuela racionalista del derecho natural desarrollaron una doctrina que permite imputar un hecho a su agente y valorarlo como meritorio o demeritorio en base a juicios de imputación constitutivos que se fundan en el concepto de libertad. En cambio, la moderna teoría del delito surge hacia finales del siglo XIX de la mano de un penalista: Franz von Liszt(97). Luego se inicia un derrotero de cambios impulsados por neokantianos, finalistas y, desde los años setenta, por los nuevos vientos funcionalistas. Se trata de una teoría de origen penal, que, partiendo de los postulados del derecho positivo, fija condiciones de punibilidad(98). Las divergencias se incrementan y saltan a la vista: i) la doctrina clásica opera en el Derecho penal, en otras ramas del Derecho e incluso en otros órdenes normativos, que van desde la ética a la cortesía y los juegos, mientras que

de los siglos XVII y XVIII, lo cual significa, sobre todo, que tiene el mismo objeto de estudio» (HRUSCHKA, J., «Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?», *JZ* 1985, p. 9 (existe una traducción a cargo de Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ disponible en HRUSCHKA, J., *Imputación y Derecho penal*, *op. cit.* 2009, pp. 333-368).

(97) Es cierto que Feuerbach y luego los penalistas hegelianos ya habían desarrollado una teoría del delito, pero prefiero referirme al modelo de von LISZT por ser este el que da comienzo a la «moderna» teoría del delito, la cual, con su desarrollo posterior, es la que ha llegado hasta nuestros días. Véase nota 1.

(98) El apego del jurista por la ley no es algo nuevo, sino que basta recordar la importancia que tuvo el positivismo jurídico en la segunda mitad del siglo XIX, MIR PUIG ha dicho al respecto: «El positivismo que triunfó hacia los años setenta del pasado siglo supuso algo más que el estudio del derecho positivo: negó la licitud de introducir juicios de valor o referencias a la realidad metajurídica en la tarea dogmática» (MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, *op. cit.*, 2013, p. 188). Incluso en nuestros tiempos la tarea del dogmático queda limitada al estudio e interpretación de derecho positivo. Por ej., Roxin define a la dogmática penal jurídico-penal como «la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y elaboración y desarrollo de las *disposiciones legales* y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal». Y, continúa «su referencia al *Derecho vigente* y por sus métodos se diferencia de la historia del Derecho penal y del Derecho penal comparado, pero también de la política criminal...» (la cursiva me pertenece). Véase ROXIN, C. *Derecho Penal PG*, t. I, *op. cit.*, 1997, p. 192.

el ámbito actuación de la teoría del delito se encuentra restringido a la atribución de responsabilidad de tipo penal; ii) la teoría del delito ha venido mutando en cuanto al contenido de sus categorías no solo a partir de los descubrimientos de la dogmática, sino también al compás del siempre cambiante derecho positivo. A diferencia de ello, la doctrina clásica es una ordenación sistemática «ahistórica» elaborada al margen de lo que establezca un Código Penal determinado(99); iii) en la evolución de la teoría del delito no ha faltado oportunidad para asociar el juicio de imputación con la mera «constatación» de una realidad, es decir, reducirlo a una operación de comprobación o subsunción(100). Por su parte, de acuerdo con las categorías de doctrina clásica, es posible distinguir los juicios propiamente imputativos (*imputatio facti e iuris*) con los de índole valorativa (*applicatio legis ad factum*). Los primeros consisten en actos constitutivos, realizativos o performativos que instauran lo que afirman, de modo que conciben la imputación como un medio de atribución de sentido, esto es, de manera normativa, mientras que los segundos son de naturaleza diversa: de subsunción, en los que se mide –o sopesa– un hecho conforme a una regla de conducta en función retrospectiva; iv) distinguir el objeto de la imputación con las reglas de esta y a su vez las reglas de imputación con las de conducta, es algo propio de la doctrina clásica que no se advierte en la teoría del delito. Es más, si la dogmática penal hubiera mantenido esa tradición, nunca se habría planteado la posibilidad de incluir el error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, como error de prohibición(101), ya que las reglas de conducta permisivas se encuentran en el mismo nivel que las

(99) «... la parte general del actual Código Penal alemán no es el objeto de la doctrina general del delito... debemos primero, una vez más, tener presente que las leyes penales vienen y van, mientras que ciertos problemas, conceptos, grupos de casos y reglas con las que trabajamos, han perdurado siglos –milenarios, se podría decir sin exageración–. ¡Piénsese en la problemática del estado de necesidad y en la del error, que ya fueron abordadas por Aristóteles y la escolástica! La regla *lex speciales derogat legi generali* es asimismo muy antigua, por supuesto en lo que se refiere a su contenido, pero también incluso a su formulación. Y también desde hace mucho tiempo se habla sobre casos de *dolus generalis*...» (HRUSCHKA, J., «Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?», *op. cit.*, 1985, p. 8).

(100) Así, SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *La libertad del Derecho penal*, *op. cit.*, 2014, p. 52.

(101) Me refiero aquí al tratamiento del error de tipo permisivo (*Erlaubnistatbestandsirrtum*) por la llamada teoría «estricta» de la culpabilidad. WELZEL ubicaba el error de tipo permisivo como error de prohibición, expresamente decía al respecto: «Un caso de error de prohibición lo constituye la aceptación errónea de un fundamento de justificación. Sea que el autor se equivoque sobre los presupuestos reales a sobre los límites jurídicos de un fundamento de justificación, sea que suponga erróneamente un fundamento de justificación no reconocido por el derecho, en estos

prescriptivas y prohibitivas, de modo que el error, sería aquí de tipo (permisivo).

No solo existen diferencias «sustanciales», sino que incluso aquella correspondencia que trazamos entre *imputatio facti* y acción, *applicatio legis ad factum* y tipicidad e *imputatio iuris* con culpabilidad, no sería tampoco perfecta: a) un hecho, para la doctrina de la imputación, implica que un agente sea el origen de este (su *causa libera*) y que actúe previo conocimiento de las circunstancias fácticas relevante. Pues no basta una conducta externa que provenga de una persona para afirmar que existe un hecho, se exige también conocimiento de esa realidad. Este elemento cognitivo es lo que se viene entendiendo desde hace tiempo como «dolo» (*Vorsatz*), el cual la teoría del delito ha escindo de la categoría de acción para ubicarlo en la de tipicidad (subjctiva). De este modo, la categoría de *imputatio facti* sería más amplia que la de acción y además ubicaría el dolo en el lugar que corresponde, como elemento identificador del «hecho»; b) la tipicidad comprende lo que se conoce como «imputación objetiva»: juicio en el que se constata la creación de un riesgo prohibido de lesión y la concreción de ese riesgo en el resultado(102). Esta definición pone de manifiesto que la teoría del delito entiende por imputación algo diverso a lo que entiende por ella la doctrina clásica, pues para aquella consiste en una operación de interpretación y subsunción(103), mientras que los autores clásicos hace siglos distinguieron la operación de valoración con la de imputación. Así las cosas, más propio es hablar de aplicación de la ley que de imputación objetiva; c) por último, la *imputatio iuris* tampoco es plenamente equiparable a la culpabilidad. En efecto, la culpabilidad en la teoría general del delito a menudo se entiende como una mera operación de constatación, de una enfermedad psíquica o de un estado de embriaguez, por ejemplo, que impiden la imputación(104). Nuevamente aquí la doctrina clásica ofrece un

casos se equivoca acerca de la antijuridicidad de su concreción dolosa del tipo» (WELZEL, H., *Derecho Penal Parte General*, op. cit., 1956, pp. 178-179).

(102) Así puede verse en ROXIN, C., *Derecho Penal Parte General*, t. I, op. cit., 1997, pp. 365 ss.

(103) Respecto a esta forma diversa de entender la operación de imputación por la teoría del delito véase SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, op. cit., 2008, pp. 482 ss. y, el mismo autor, *La libertad del Derecho penal*, op. cit., 2014, pp. 45 ss.

(104) Por ejemplo, FRISCH entiende no a la culpabilidad, sino a la teoría del delito como una operación de constatación de *condiciones necesarias de punibilidad* partiendo de la idea del delito como realidad «gegenständlich» (cfr. FRISCH, W., «*Strafe, Straftat und Straftatsystem im Wandel*», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2015, p. 4).

mejor argumento –más racional– para explicar los supuestos que excluyen la imputación: no es posible reprochar un hecho al agente cuando este «desconoce» la antijuridicidad de su comportamiento o cuando pese a conocer la norma es «incapaz» de seguirla por existir un contramotivo de peso que se sobrepone al motivo que prevé la prescripción o prohibición. Esto quiere decir que padecer una enfermedad psíquica, desconocer la prohibición o actuar en estado de necesidad, constituye tan solo el sustrato, el cual no da una razón por sí solo a la exclusión de imputación(105), pues el elemento determinante es la ausencia de libertad (plena) que se manifiesta en el desconocimiento de la antijuridicidad o la incapacidad de seguir la norma, por ello el agente es «disculpado».

En suma, la doctrina clásica no ha de presentarse como una mera cuestión de evolución histórica, los caminos no son idénticos, sino paralelos e irreconciliables. En este sentido, la doctrina de la imputación merecería ser estudiada más bien como una «alternativa sistemática» a la teoría del delito que como un antecedente suyo.

4. CRÍTICAS Y RÉPLICAS

En los párrafos precedentes se ha intentado mostrar que la doctrina clásica de la imputación presenta rasgos propios que la distancian de las teorías del delito. Su origen y evolución no ha sido obra de penalistas, sino más bien de la filosofía moral, sin embargo, hacia la segunda mitad del siglo xx arriba al Derecho penal como modelo (alternativo) de imputación. Sus postulados no son, ni mucho menos, doctrina dominante permaneciendo a la sombra de las ideas (post)funcionalistas imperantes en estos tiempos. En este sentido, las próximas líneas están destinadas a comentar las principales críticas que esta construcción ha recibido. Al mismo tiempo se ensayarán respuestas a las objeciones formuladas, con ellas lo que se pretende es demostrar que estamos frente a una propuesta que no merece quedar en el olvido, sino que debe ser empleada para enriquecer –y racionalizar– la dogmática penal moderna.

(105) «La situación psicológica del agente constituye un sustrato que no basta para decidir la cuestión de la imputación. Esta cuestión se expresa en un juicio de imputación en sentido estricto que atiende a si el agente puede comprender las normas y obrar conforme a esa comprensión» (SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *La libertad del Derecho penal*, op. cit., 2014, p. 47).

Entre las críticas recibidas, se ha dicho que la doctrina clásica no es una concepción sistemática (4.1)(106), que posee un carácter formalista (4.2)(107), que su única misión ha sido comprender el delito como obra humana y deslindarlo del mero azar (4.3)(108) y que uno de sus conceptos estelares, como es el de las *Obliegenheiten*, habría sido importado por el Derecho penal sin atender a su origen *iusprivatista* (4.4)(109).

4.1 Doctrina asistemática

En cuanto a la primera de las críticas, esto es, su falta de sistematicidad, cabe decir que sería aceptable respecto al modelo previo a la obra de Hruschka(110), pues el maestro de Erlangen es quien retoma la terminología de los autores que le preceden y somete los conceptos que provienen de la tradición del humanismo (e iluminismo) a una «sistematización» de la que la teoría del delito podría salir beneficiada(111).

(106) En concreto, en referencia a la doctrina clásica, SILVA SÁNCHEZ ha dicho: «Sin embargo, por un lado, en todas las construcciones señaladas nos hallamos ante concepciones escasamente distintivas; y, por otro lado –lo que debe estimarse fundamental– en realidad no se trata de concepciones sistemáticas, sino probablemente, como ha señalado Schild, de aproximaciones retóricas al tema (esto es orientadas a la discusión práctica en el proceso), sin que tenga lugar una estricta ordenación sistemática de los diferentes *topoi* que merezca el nombre de teoría» (SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., 2010, p. 590).

(107) Nuevamente es SILVA SÁNCHEZ quién lanza la crítica: «El formalismo y la abstracción de los enunciados resultantes se manifiesta muy claramente en el hecho de que HRUSCHKA los asimile a los de la geometría. Así, a su análisis y sistematización los denomina dogmática *more geometrico*, siguiendo la idea de la *Philosophia practica universalis, mathematica methodo conscripta* de Christian WOLFF. Por tanto, el objeto de la ciencia del Derecho penal no es material-concreto (no se trata en él del sistema de soluciones justas de los casos del Derecho penal), sino formal-abstracto. En ese marco, los conceptos y los enunciados jurídico-penales se obtienen de modo analítico-deductivo» (SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal», *InDret*, (4), 2019, pp. 5 y ss).

(108) El cuestionamiento se halla en JESCHECK, H.-H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal PG*, op. cit., 2002, § 22. I.

(109) Cfr. MONTIEL, J. P., «¿Existen las *Obliegenheiten* en el Derecho penal?», op. cit., 2014, p. 4.

(110) El autor se ocupa de la sistematicidad de la dogmática jurídico-penal en una conferencia presentada en 1984 en Hamburgo, véase HRUSCHKA, J., «Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?», op. cit., 1985, pp. 1-10.

(111) Acertadamente en SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, op. cit., 2008, p. 402.

Un sistema es la unidad de los diversos contenidos bajo una idea, un todo del conocimiento ordenado según principios(112), de modo que hablar de «sistema» exige un hilo conductor, una estructuración. Precisamente ello es lo que hizo Hruschka con la herencia recibida: restaurar y ordenar conceptos y categorías que ya habían sido descubiertos (*imputatio facti, applicatio legis ad factum e imputatio iuris*), reconstruyéndolos en una doctrina no solo sistemática sino también coordinada y articulada bajo las claves del patrimonio conceptual de la modernidad: persona, imputación, libertad y dignidad(113).

4.2 Formalista

Por otro lado, se ha caracterizado de «formalista» al planteamiento de Hruschka. Particularmente, Silva Sánchez entiende que estamos frente a un «reduccionismo formalista» según el cual la actividad de la dogmática penal tendría tres ámbitos: (i) el análisis de estructuras que subyacen a las reglas de Derecho penal; (ii) estudios de carácter ético-normativos y jurídico-políticos sobre el merecimiento de pena; y (iii) comentarios al derecho positivo vigente(114). A su vez, entre estas «tareas» existirían ciertas relaciones: los enunciados (i) y (ii) serían independientes del derecho positivo, los comentarios del derecho vigente (iii) estarían subordinados a las actividades (i) y (ii) y las consideraciones contenidas en (ii) se subordinarían a las estructuras de (i) teniendo estas últimas un carácter independiente –y primario– a todo lo demás. En concreto, para Silva la actividad (i), esto es, la formulación de los enunciados que operan como estructuras subyacentes al sistema (penal) de reglas –auténtico objeto del Derecho penal–, sería descriptiva: se describen los problemas del Derecho penal, de manera abstracta y completamente formal. Las consideraciones analítico-estructurales (i) formarían la gramática racional del Derecho penal, la cual constituiría el manual de lectura de las leyes penales. Todo ello generaría apartar del objeto de la ciencia penal a las leyes penales y desinteresarse por la búsqueda de soluciones «jurídico-materiales» a los problemas del Derecho penal. En definitiva, siempre según Silva, la propuesta de Hruschka implicaría la reducción del control del discurso valorativo únicamente al respeto

(112) KANT, I., *Kant's Kritik der reinen Vernunft*, Leipzig, 1868, p. 641.

(113) Así, SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *La libertad del Derecho penal*, op. cit., 2014, p. 62.

(114) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal», op. cit., 2019, p. 6.

de las reglas de la lógica y del discurso racional, sin aportaciones de contenido material(115).

Lo primero que hay que decir sobre las observaciones ahora expuestas es que estamos ante una crítica de mayor calado. Lo segundo es que sí, el riesgo de formalismo existe, pero estimo que se podría evitar y, aun cuando ello no se aceptara, las ventajas que se ofrecen son significativas. Los trabajos de los que Silva se vale para caracterizar de formal al modelo clásico son básicamente de la década de los ochenta, por aquellos años dominaba en Alemania un positivismo jurídico inquebrantable (*ungebrochener Rechtspositivismus*) frente al cual Hruschka elabora un modelo que, en verdad no parte de lo establecido por la ley penal, sino de consideraciones teórico-estructurales y ético-normativas (*strukturtheoretischen und normativ-ethischen Überlegungen*) fruto de una tradición del pensamiento construida sobre la bases del trabajo de siglos. Me estoy refiriendo a los aportes procedentes de la filosofía moral, entre los que, por ejemplo, debe destacarse la teorización sobre el estado de necesidad en Aristóteles(116), Tomás de Aquino(117) y más tarde en Kant(118), la comprensión del sentido moral de la acción por la Escuela de Salamanca(119), la distinción entre *ignorantia facti* e *iuris* hecha por

(115) SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal», *op. cit.*, 2019, p. 7.

(116) En el libro III de la *Ética a Nicómaco*, Aristóteles plantea la problemática del estado de necesidad al referirse a las acciones llevadas a cabo para evitar males mayores o para conseguir mayores bienes. Estas tendrían un carácter compuesto: en parte voluntarias y en parte involuntarias, pero se parecerían sobre todo a las acciones voluntarias. Véase ARISTÓTELES, *EN*, 1109B4-6.

(117) A lo que ARISTÓTELES llamaba acciones compuestas de dos modalidades (voluntarias e involuntarias), TOMÁS DE AQUINO ubica en la categoría de *actio mixta*, TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 125, a. 4, c. Más tarde se recoge también en PUFENDORF, S. *De Jure Naturae et Gentium*, 1672, lib. I, cap. IV, § 9 y en DARIES, J. G., *Institutiones Jurisprudentiae Universalis*, 4.ª ed., Ienae, 1751, § 163.

(118) Los aportes de KANT y de su discípulo GENTZ en materia de Estado de necesidad fueron expuestas por HRUSCHKA en su artículo «Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe: Das Brett des Karneades bei Gentz und bei Kant», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1991, pp. 1-10.

(119) Entre otros trabajos, véase DE VITORIA, F., *De actibus humanis*, Advisors, Stuttgart-Bad Cannstatt, 2015, SUÁREZ, F., *Tratado de las Leyes y de Dios legislador*, Instituto de Estudios Políticos, J. R. Eguillor Muniozgueren, S. I., Madrid, 1968, Vol. III (Libro V), Cap. IV, pp. 468 ss., sobre los aportes de COVARRUBIAS véase: GARCÍA SÁNCHEZ, J. y GARCÍA FUEYO, B., *Diego de Covarrubias y Leyva*, *Summa delictis et eorum poenis*, Universidad de Oviedo, Oviedo 2018 y de Alfonso de CASTRO en RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *Origen español de la ciencia del Derecho penal. Alfonso de Castro y su sistema penal*, Cisneros, Madrid, 1959.

los romanos, entre otros(120). Por tanto, frente a leyes penales que vienen y van ¿no resulta «racional» edificar una dogmática penal sobre problemas, conceptos, grupos de casos y reglas sobre los, sin exagerar, hace milenios que se viene trabajando? Personalmente, estimo que sí.

En efecto, estamos frente a un modelo ahistórico, que se enfoca en lo estructural y no en lo arbitrario (como a veces lo es la pluma del legislador), que, según creo, incorpora una «visión material» al construir las categorías de la imputación sobre la idea de libertad, igualdad y dignidad del ser humano. Ello lo haría escapar del formalismo, pero incluso cuando esto último no se comparta, veo mayores peligros en un Derecho penal que, bajo la premisa del espíritu del tiempo (*Zeitgeist*), haga depender sus estructuras de la ley penal de turno, pues es sabido los males que ello ha causado: inflación de leyes penales y, con ello, expansión del Derecho penal a límites impensados(121), inseguridad jurídica(122), incluso reducción del trabajo dogmático a la interpretación de las proposiciones del Derecho penal positivo(123). En definitiva, pienso que es ineludible la tarea de dotar de contenido material a las categorías empleadas por la dogmática, pero sin excluir el aporte lógico-formal de las estructuras.

4.3 Misión

Respecto a la crítica de Merkel, que luego reproducirá Jescheck, sobre la (limitada) misión que tiene la doctrina clásica, esto es, dejar fuera el azar del ámbito de responsabilidad penal, no creo ver allí un punto débil sino más bien uno de sus mayores aciertos. Un delito, ante

(120) Así, en el Digesto, donde se dedica el L. 22, t. VI («Sobre la ignorancia de derecho y hecho»).

(121) Es por demás sugerente la frase con la que SILVA SÁNCHEZ comienza su obra «La expansión del Derecho penal»: «Allí donde llueven leyes penales continuamente, donde entre el público a la menor ocasión se eleva un clamor general de que las cosas se remedien con nuevas leyes penales o agravando las existentes, ahí no se viven los mejores tiempos para la libertad –pues toda ley penal es una sensible intromisión en la libertad, cuyas consecuencias serán perceptibles también para los que la han exigido de modo más ruidoso–, allí puede pensarse en la frase de Tácito: *Pessim republica, plurimae leges*» (SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 17).

(122) Por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum Passionis. Mitigar el dolor del derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 61.

(123) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., 2010, pp. 163 ss.

todo, es una conducta humana, de modo que el Derecho penal, el cual mediante la moderna teoría del delito determina cuándo existe un delito y si el mismo le es imputable al autor, no puede prescindir de los aportes que durante siglos los filósofos morales han realizado sobre la acción humana –la agencia–. He aquí una contribución racional que la doctrina en estudio proporciona a la dogmática penal moderna: el juicio de imputación (*imputatio facti*) instaura lo que afirma: un hecho, pero no como mera causación de un efecto, sino como expresión de la libertad del agente (*causa libera*) y, a su vez, concibe a la persona como sujeto susceptible de imputación(124), que, a diferencia de las cosas que tienen precio, posee dignidad. Este debe ser, en mi parecer, el punto de partida en la reflexión sobre la atribución de responsabilidad penal. En resumen, la doctrina clásica diferencia el acto del hombre de la conducta humana (*libera*), se trata de un desarrollo dogmático que aleja el azar de nuestra materia, esto es, deja fuera a la mera responsabilidad por el resultado(125). No creo que haya palabras más precisas para sintetizar esta propuesta dogmática que las de Gimbernat:

«La dogmática jurídico-penal, pues, averigua el contenido del Derecho penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo de otro, dónde acaba el comportamiento impune y dónde empieza el punible. Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada nada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un Derecho penal del que por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico– se desconoce su alcance y su límite»(126).

(124) Véase nota 24.

(125) Un estudio detallado de la evolución de la responsabilidad por el resultado en Derecho penal se expone en: CARDENAL MURILLO, A., *La responsabilidad por el resultado en derecho penal (estudio histórico-dogmático de sus manifestaciones en el libro I del C. P. español)*, Edersa, Madrid, 1990.

(126) GIMBERNAT ORDEIG, E., «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, 1970, pp. 518-519.

4.4 *Obliegenheiten*

Por último, es necesario responder a la observación que realiza Montiel sobre la utilización de las *Obliegenheiten* como criterio de imputación en materia penal. En concreto, el profesor argentino dirige dos críticas que, según entiendo, no afectan al modelo de la doctrina clásica. Por un lado, achaca el desconocimiento por parte del dogmático penal del origen civilista del instituto y, señala a Hruschka como el principal «agente importador» de un concepto ajeno a nuestra ciencia(127). En segundo lugar, reprueba el empleo excesivo (e inflacionario) que se ha hecho de las incumbencias por los penalistas de los últimos tiempos(128).

Respecto a lo primero cabe replicar que el concepto de incumbencia no ha sido tomado por Hruschka, y sus seguidores, del Derecho privado, sino que en cambio se trata de un término que estaría implícito en las teorizaciones sobre la acción humana realizadas a lo largo de los siglos por los filósofos morales. Por tanto, si bien Aristóteles, Tomás de Aquino, Pufendorf, Kant, entre otros, no utilizan la expresión «incumbencias» (o si la emplean, no es con el mismo contenido), no cabe duda alguna que en ellos está presente la idea de atribución de responsabilidad pese a la presencia de un «defecto» que torne a la conducta *non libera in se*, cuando el propio agente es quien ha causado el defecto, pues la conducta ha sido entonces *libera in causa*(129).

(127) En términos literales MONTIEL dirá: «En lo que sigue podremos ver los innumerables (y, en cierto punto, insuperables) problemas que surgen a partir de importar al Derecho penal un criterio de imputación del Derecho privado...» (p. 4). Y, agrega: «... la incipiente *civilización* del Derecho puede traernos importantes quebraderos de cabeza, como consecuencia de una extrapolación insuficientemente teorizada» (p. 4). Pone ejemplos del Derecho de seguros, Derecho civil y Derecho mercantil (p. 6). Asimismo, Montiel alude a que el Derecho penal ha *importado* este concepto del derecho privado sin modificación y etiqueta a HRUSCHKA como «el más conocido agente importador» (pp. 13-14). Véase MONTIEL, J. P., «¿Existen las *Obliegenheiten* en el Derecho penal?», *op. cit.*, 2014, pp. 4 ss.

(128) Con especial referencia a JAKOBS, MONTIEL critica el uso desmedido de las *Obliegenheiten* al decir que estas habrían sido empleadas en ámbitos tan distintos como: la participación, la responsabilidad por el resultado, en la fundamentación de las medidas de aseguramiento para delinquentes imputables peligrosos, para explicar la tentativa... (p. 6). Luego, agrega «El Derecho procesal penal alemán tampoco ha sido inmune al expansivo uso de la idea de *Obliegenheit*» (p. 8), MONTIEL, J. P., «¿Existen las *Obliegenheiten* en el Derecho penal?», *op. cit.*, 2014, pp. 4-14.

(129) Sobran referencias a esta idea en los autores mencionados, por citar algunos ejemplos: «Los legisladores (...) 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

Respecto a la utilización inflacionaria de las *Obliegenheiten* tampoco veo allí una crítica que afecte a la doctrina clásica. Tal como se expuso anteriormente (2.4) el ámbito propio de las incumbencias sería el de la «imputación extraordinaria» y su función es la de «restablecer» la imputación en los casos en los que el defecto ha sido causado por el propio agente. Así, queda en claro que no es para nada desmedido el empleo del instituto por parte del modelo clásico, sino por el contrario, concreto y definido(130).

5. CONCLUSIONES

En el siglo XIX el modelo positivista irrumpe en el Derecho penal. La moderna teoría del delito comienza a diluir y vaciar de contenido la operación de imputación para, en cambio, poner en el centro de la discusión conceptos tales como el de «imputabilidad». La herencia de la *Jurisprudentia et Philosophia Practica Universalis* se abandona para dar paso a una teoría que desde von Liszt en adelante, trata de ordenar condiciones de punibilidad previstas en el ordenamiento jurídico-penal. Volver al concepto clásico de imputación, ha sido el gran legado que nos deja Joachim Hruschka, quien, a su vez, al poco andar advirtió que la doctrina general del delito se debe ocupar de algo

ignoran ciertas materias legales que deben saberse y no son difíciles... porque estaba en su poder no ser ignorantes» (ARISTÓTELES, 1113b23 – 1114a3 y 1110b20-25; 30-34; 1114a29-32); «... la ignorancia causa lo involuntario, como ya se ha dicho. Sin embargo, si somos la causa de la ignorancia, 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 claro en los que se emborrachan y por eso se vuelven ignorantes. Y entonces son doblemente increpados. Primero, porque se emborracharon. Segundo, por algún pecado que a partir de su ebriedad cometieron...» (TOMÁS DE AQUINO, *CEN*, L. III, L. XI, Nm. 505); «There can also be imputed not merely those things in which it is in our power at the present moment either to do them or not to do them, but also those, the faculty of performing which was formerly in our power, but has been lost by our own fault; or those which, in the present status, indeed, are impossible for a man, in the circumstance, however, that his inability to perform them now is due to his own fault. Thus the man who by his own fault has brought himself to that point (supposing, for example, this to be due to petulance or idle curiosity, where, if he had employed due diligence, he might have foreseen that force would be brought to bear upon him), can have imputed to him those bad actions to which he was forced while in that state» (PUFENDORF, S., *Two books of the Elements of universal jurisprudence*, Liberty Fund, Indianapolis, 2009, p. 289).

(130) Un análisis detallado de las críticas formuladas por MONTIEL puede hallarse en: SÁNCHEZ-OSTIZ, P., «¿Incumbencias en Derecho Penal? Depende», *InDret*, (1), 2015, pp. 1-26.

distinto del Código Penal: mientras las leyes penales son mutables, existen ciertos problemas, conceptos, grupos de casos y reglas con los que los penalistas trabajamos a diario. Tales problemas, conceptos, casos y reglas han perdurado durante siglos, y sobre ellos debemos seguir trabajando. Es en este ámbito de reflexión en el que adquiere sentido nutrirnos de una doctrina sistemática, analítica, ahistórica y transnacional, que saque a la luz el carácter racional del agente, la dignidad del ser humano, la libertad con la que este se desenvuelve y, en definitiva, ponga énfasis en entender y humanizar cada vez más una operación tan cotidiana y natural como es la de «imputar».