

## *Imputabilitas* y teoría de la imputación

Carlos Pérez del Valle

Universitat Abat Oliba CEU

### **Abstract**

*Imputabilitas es capacidad de imputación. Un desarrollo consecuente de esta idea afecta necesariamente a la teoría de la imputación, tanto en lo relativo a la teoría de las normas como al sistema de la teoría del delito. Pero una revisión en ese sentido no sólo requiere el examen del concepto, sino de distintas cuestiones: la denominada "imputabilidad disminuida" o la posible "presunción" de imputabilidad del sujeto. En todo caso, la cuestión a plantear es si los sujetos inimputables (sin imputabilitas) pueden ser considerados, en un principio, sujetos del derecho penal, pues difícilmente puede mantenerse que existen expectativas de cumplimiento de las normas respecto a ellos, que sólo son sujetos de medidas. La conclusión es negativa: el inimputable no puede ser sujeto del deber cuya infracción sanciona el derecho penal y constituye un caso (no el único grupo de casos) de inevitabilidad individual. No es posible el injusto penal de un inimputable; y, por tanto, el análisis sobre la imputación penal de una conducta debe iniciarse con el examen de la imputabilidad penal de su autor.*

*Imputabilitas ist Zurechnungsfähigkeit. Eine daraus folgende Entwicklung dieser Idee beeinflusst notwendigerweise zur Theorie der Zurechnung, denn in der Normentheorie genau wie in das System der Verbrechensbegriff. Aber eine Revision in diesem Sinn erfordert nicht nur die Prüfung der Begriff, aber auch von anderen Fragen: der "verminderte Schuldfähigkeit" oder die mögliche "Vermutung" von Zurechnungsfähigkeit. Folglich wirft sich jetzt die Frage auf, ob die Zurechnungsunfähige (keine imputabilitas) als Subjekte des Strafrechts betrachtet werden können, weil es schwierig aufhalten kann, dass Erwartungen der Ausführung der Normen hinsichtlich ihnen existieren. Sie sind nur Subjekte von Maßnahmen. Der Schluss ist negativ: die Zurechnungsunfähige können kein Subjekt der Pflicht, deren Übertretung das Strafrecht sanktioniert und sie (nicht nur) bilden ein Fall von individueller Unvermeidbarkeit. Es gibt kein Strafunrecht wenn das Subjekt zurechnungsunfähig ist; und daher sollte die Analyse der Zurechnung mit der Prüfung der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit des Subjekts beginnen.*

*Imputabilitas is capacity to be imputable (of criminal responsibility). A logical development of this idea, necessarily affect the theory of imputation, both in terms of the theory of the rules of law and the system of the theory of crime. But a review in this regard requires not only the analysis of the concept, but the consideration of several issues called "diminished accountability" or possible "presumption" of accountability of the subject. In any case, the question to ask is whether the individuals without imputabilitas can be considered, in principle, subject of criminal law, it can hardly be maintained that there are expectations of compliance with respect to them, which are only subject to measures. The conclusion is negative: the inimputabilis subject can't be subject of duty, whose offense punishes the criminal law and constitute a case (not the only group of cases) of individual inevitability. There is no possible the criminal injustice of an unaccountable subject (inimputabilis); and therefore, the analysis of the criminal imputation of the behavior should begin with the examination of the criminal responsibility of the author.*

*Title: Imputabilitas and Theory of Imputation.*

*Titel: Imputatio und Zurechnungslehre.*

*Palabras clave: Imputabilidad, Imputación, capacidad de culpabilidad, trastornos mentales, teoría de las normas, exculpación.*

*Stichwort: Zurechnungsbarkeit, Zurechnung, Schuldfähigkeit, seelische Störung, Normentheorie, Entschuldigung. Keywords: Imputable, Imputation, Insanity, Rules of Law Theory, Exculpation, Excuse.*

## *Sumario*

1. **Introducción: imputatio como aspecto nuclear**
2. **¿Imputabilis como dimensión cuantitativa?**
3. **¿Imputabilidad como presunción?**
4. **Imputabilidad y evitabilidad individual de la conducta**
  - 4.1. **Imputabilidad y “derecho de la subjetividad”**
  - 4.2. **La irrelevancia del inimputable en el juicio de imputación penal**
  - 4.3. **Conclusión: lo individualmente evitable de la imputabilidad como presupuesto**
5. **Bibliografía**

### *1. Introducción: imputatio como aspecto nuclear*

Desde fines del S. XVIII, la teoría del delito en el derecho penal intenta presentarse como teoría de la imputación: ya en sus inicios, indaga no sólo los elementos que permiten considerar un comportamiento determinado como delito, sino también imputarlo como tal<sup>1</sup>. Este planteamiento encuentra, en los últimos años, un amplio desarrollo que no sólo afecta al estudio monográfico de la cuestión<sup>2</sup>, sino también al método del desarrollo de la teoría del delito como sistema<sup>3</sup>. En una aproximación al concepto, puede discutirse si “la función de la imputación jurídico-penal es determinar el caso en que, por causa del comportamiento de una persona, la norma ha de ser confirmada y cognitivamente fundamentada”; pero en todo caso es objeto de las reglas de imputación comprobar cuándo un hecho ha de ser considerado una infracción de la norma de una persona a la que compete una exteriorización pública<sup>4</sup>. En otras palabras: en derecho penal, imputación constituye la pretensión de fijar las condiciones que permiten atribuir el ilícito penal a un sujeto como “su” hecho y, por tanto, la contradicción objetivo-subjetiva a la vigencia del derecho “como derecho”, si se entiende esto como una característica propia del derecho penal y diferente de las medidas que exigen el derecho civil o el derecho administrativo<sup>6</sup>.

De KANT toma la dogmática penal de la modernidad el concepto de persona como centro de imputación en una perspectiva moral y jurídica<sup>7</sup>. Imputación es, para KANT, el juicio por el que

<sup>1</sup> Cfr. por ejemplo, SALCHOW, *Darstellung der Lehre von Strafen und Verbrechen nach gemeinen Rechten*, 1804, p. 45:

<sup>2</sup> Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, en *Imputación y teoría del delito*, 2008, p. 381, quien toma como punto de partida una crítica contundente contra el planteamiento de la teoría del delito, que no considera en sentido estricto como teoría de la imputación; cfr. al respecto mi recensión sobre la obra en *InDret Penal 2/2010*.

<sup>3</sup> JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, en el prólogo, p. 9.

<sup>4</sup> Sobre ambas afirmaciones, JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, pp. 15 y s.

<sup>5</sup> *Ibidem*. Puede observarse lo indicado por SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, p. 51, con bases diferentes: “la imputación se presenta como la operación en virtud de la cual se identifica un sujeto como artífice de un hecho; pero dicho juicio no es meramente declarativo, sino constitutivo de relaciones sociales”. En realidad, el planteamiento de JAKOBS se observa ya en la afirmación de que “la teoría de la imputación desarrolla los conceptos aplicados: comportamiento del sujeto, infracción de la norma, culpabilidad” (*Strafrecht, AT*, 2ª ed., 1991, 6/1).

<sup>6</sup> KÖHLER, *Strafrecht, AT*, 1997, p. 349.

<sup>7</sup> Cfr. las referencias de EISLER en la voz «Zurechnung» de su *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*, 1904, p. 842, que con anterioridad a KANT el concepto de Christian WOLFF (“iudicium, quo agens declaratur causa liberi eius, quod ex actione ipsius consequitur, boni malique vel sibi, vel aliis”, *Philosophia practica universalis*, I § 527), o de Ernst PLATNER (“Der Zurechnung ist eine Handlung fähig, wenn gesagt werden kann, daß nicht allein sie selbst, sondern auch ihr Urheber gute oder böse sey”, *Philosophische Aphorismen*, v. I, 1790, § 1018); no es el autor como

alguien es considerado autor -en el sentido más causal: Urheber (*causa libera*)- de una acción que se denomina hecho (*factum*) y queda bajo la ley<sup>8</sup>. En este mismo texto, KANT explica su idea sobre la imputación en el derecho, y adopta como punto de partida la “imputación en un sentido moral”; en efecto, aquella idea de imputación se convierte en jurídica cuando el hecho implica consecuencias jurídicas, aunque KANT diferencia entre la imputación de las consecuencias en sí (*imputatio iudiciaria*) y el juicio de atribución del hecho mismo (*imputatio diiudicatoria*)<sup>9</sup>. Ciertamente, el texto -por distintas causas, a las que no es ajeno el empleo convencional de las palabras- alude inicialmente a la “imputación” (*imputatio*) y poco después a la “imputabilidad” (*imputabilitas*), y no puede olvidarse que una cierta confusión entre una y otra es elemento característico de la doctrina de aquella época: en ocasiones, se habla de imputación para referirse a la imputabilidad, y en ocasiones se intercambian los conceptos y se habla indistintamente de uno y otro<sup>10</sup>.

Sin embargo, no hay confusión posible entre *imputabilitas* e *inculpabilitas* en KANT: este último término es utilizado cuando alude al excepcional del *ius necessitatis*<sup>11</sup> y precisamente para diferenciarlo de él, con una dura crítica a los juristas de la época: “el acto de supervivencia (de autoconservación) no puede ser juzgado como no sujeto a pena (*unsträflich, inculpabile*), sino como no susceptible de ser penado (*unstrafbar, impunibile*); esta impunidad subjetiva es objeto de una sorprendente confusión con una impunidad objetiva (conforme a la ley) por parte de los profesores de derecho”<sup>12</sup>. Aunque ahora no es posible profundizar en esta última diferenciación entre *impunibilitas* e *inculpabilitas*, sí parece clara la distinción: en lo *inculpabile* y en lo *impunibile* se trata, para KANT, de explicar por qué no hay pena en la actuación de sujetos libres, mientras que

---

*causa libera* (Urheber) lo original en la definición que cita de KANT, sino su vinculación a la ley moral; en efecto, la atribución al carácter inteligible del hombre, que tiene, como ser racional y capaz de imputación (“als eines vernünftigen und der Zurechnung fähigen Wesens”), la disposición a la personalidad (también en p. 841, en la definición del propio EISLER, como “actuación libre de una personalidad) porque la ley moral “lo que nos hace conscientes de la independencia de nuestro libre arbitrio respecto de la determinación de los otros impulsos (de nuestra libertad) a la vez que de la capacidad de imputación de todas las acciones”. Estos últimos aspectos son subrayados por el mismo EISLER en su *Kant-Lexikon-Nachschlagewerk zu Immanuel Kant*, 1930, en la voz «Zurechnung», especialmente con esta última cita literal de *Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft*, 1793, v. I, nota al pie en pp. 25 y s. A mi juicio, PAWLIK no hace sino confirmarlo al indicar que “sobre lo que significa el concepto de imputación, nadie ha dado en el clavo tan significativamente como KELSEN” (cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Burgers*, 2012, p. 256). Precisamente la definición de KELSEN (*Hauptproblemen der Staatslehre*, 1911, p. 72; por tanto, ya en la primera edición) está apoyada en todos los elementos que, según se han indicado, caracterizan el concepto kantiano (“la vinculación entre un tipo del ser y un sujeto realizada sobre la base de una norma”); la diferencia a la que PAWLIK alude en relación con definiciones posteriores puede explicarse, según creo, por dos razones: se trataba de explicar la vinculación entre lo fáctico y lo normativo en un primer momento de su construcción, en el que esta oposición era esencial; y se trataba de fijar la “imputación” en una concepción del Estado en que éste es, precisamente, “punto de imputación” (cfr. sobre ambas cuestiones en la teoría de KELSEN, Erich KAUFMANN, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, 1921, pp. 29 y ss., sobre la contraposición entre lo fáctico y lo normativo; p. 80 sobre el Estado como “Zurechnungspunkt”; críticamente sobre las indeterminación de las definiciones de los neokantianos en general, p. 74, y sobre el formalismo de las definiciones de KELSEN en particular, en pp. 79 y ss.).

<sup>8</sup> KANT, *Metaphysik der Sitten*, Teoría del derecho-Introducción en la Metafísica de la Moral IV, 1797, p. 63 (227). Sobre esta cuestión, véase SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 78 y ss.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> Con ejemplos concretos, Ilva GREVE, *Verbrechen und Krankheit: Die Entdeckung der Criminalpsychologie 19. Jahrhundert*, 2004, pp. 215 y s.

<sup>11</sup> KANT, *Metaphysik der Sitten*, Teoría del derecho-Introducción en la teoría del derecho, anexo II, 1797, p. 73 (235-236), donde explícitamente alude al riesgo para la vida que no procede de un agresor injusto y que ejemplifica en el conocido caso del naufrago de Carneades, que priva al otro superviviente de la única tabla que permite la salvación.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

en la *imputabilitas* la carencia es de ese mismo presupuesto.

La constatación de que la persona es el sujeto de la imputación, tal como se anticipó y se acaba de describir en KANT, marca el desarrollo de la teoría del delito durante el S. XIX<sup>13</sup>, aunque no sin consideración a dos aspectos destacados por RADBRUCH: por una parte, es decisivo el relieve que al mismo concepto de imputación atribuyen GROLMAN y otros autores que se adhirieron a su sistema<sup>14</sup>; por otra, resulta poco cuestionable el mérito de los penalistas hegelianos en la materialización de concepto de acción, cuando puede entenderse que el concepto de acción y de imputación son coincidentes<sup>15</sup>. Respecto a la primera afirmación, que el texto de KANT antes citado sobre la imputación condicionó de forma esencial a GROLMAN, no puede ser puesto en duda, pues lo reproduce casi literalmente en un primer momento<sup>16</sup>, a partir de entonces, no faltó en su obra la referencia constante de la imputación a la libertad del sujeto<sup>17</sup>.

No obstante, la imputación se sitúa como aspecto nuclear del derecho penal en la teoría del delito de los autores hegelianos; éste es el criterio de RADBRUCH cuando les atribuye que hayan situado en el centro de la teoría de la acción<sup>18</sup> y, por tanto, de la imputación<sup>19</sup>: una identificación entre teoría de la acción y teoría de la imputación en un sentido moral y jurídico es, sobre todo, especialmente clara en MICHELET, quien sitúa muy pronto la imputación como punto de partida de la moral<sup>20</sup>: aunque de las determinaciones de la imputación “no pueda derivarse ningún

<sup>13</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ (*Imputación y teoría del delito*, 2008, p. 258), niega que la teoría de la imputación de FEUERBACH sea en sentido estricto kantiana. Aunque al menos en lo metodológico sí creo que lo es, no es ésta la cuestión que se afirma en el texto, sino que KANT marca como centro de imputación en el derecho penal a la persona en un sentido moral.

<sup>14</sup> RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904, pp. 80 y s.; en realidad, lo que interesa a RADBRUCH es que estos autores (entre los que incluye a ROßHIRT o HENKE), “con el concepto de imputación, han incorporado en lo esencial todos los elementos del concepto de acción”. Matizable me parece la referencia de RADBRUCH a HENKE en este aspecto, aunque por otras razones -la diferenciación entre la parte objetiva y la subjetiva- puede ser considerado en el mismo ámbito que GROLMAN: HENKE desarrolla muy pronto (1815) y de forma explícita un concepto de acción como exteriorización de la voluntad; precisamente esta “acción, según los efectos causados en el mundo exterior”, es lo que es imputado por el juez y lo que pone en conexión “la acción objetivamente punible” y el “sujeto que actúa” (*Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft*, 1815, § 34 y ss). No obstante, es verdad que utiliza la palabra “acción” en dos sentidos diferentes, y en una misma frase (la frase citada al final es del § 35) alude a la palabra imputación en alemán y en latín; es más tarde cuando indica que “imputación es el juicio por el que un determinado hecho encuentra su causa en la libertad de un sujeto” (§ 58, p. 50), y reconoce explícitamente que “se entiende por libertad la libertad moral” (p. 51).

<sup>15</sup> RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff*, 1904, pp. 85 y s. La afirmación de la coincidencia es de RADBRUCH (p. 85), aunque la atribuye también a los hegelianos (p. 86); por otro lado, indica que “la acción ha entrado en el sistema del derecho penal a través de la puerta de la imputación” (p. 88).

<sup>16</sup> En efecto, GROLMAN (*Ueber die Begründung des Strafrechts und der Strafgesetzgebung*, 1799, p. 123) reproduce casi literalmente el pasaje citado de KANT en *Metaphysik der Sitten* (ver notas 8 y 9) sólo dos años después de la publicación de aquél.

<sup>17</sup> Con claridad, GROLMAN, *Grundsätze der Criminalwissenschaft*, 1805, § 40, p. 46, que no modifica pese a la alusión en la nota al pie a la separación entre *imputatio facti* e *imputatio iuris*; por el contrario, ésta última se constata cuando “en el sujeto se encuentra la última causa de la que haya acontecido el delito”. De interés, en ese sentido, es el reconocimiento explícito de HENKE en el sentido de que “se entiende por libertad la libertad moral” (*Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft*, 1815, § 58, p. 51).

<sup>18</sup> RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff*, 1904, pp. 86 y ss.

<sup>19</sup> Incluso la reducción frecuente del uso de la palabra “imputación” desde el punto de vista jurídico-penal a la expresión “imputación objetiva” está vinculada a los orígenes hegelianos de esta teoría, pues a partir de HEGEL y de la centralidad del concepto de imputación desarrolla esa teoría LARENZ (*Hegelszurechnungslehre und der Begriff der objektive Zurechnung*, 1927, pp. 50 y ss).

<sup>20</sup> Explícitamente aclara MICHELET que la imputación, como teoría de la acción, es principio (*Prinzip*) y punto de partida (*Anfang*) de la moral. Cfr. en *Die Ethik des Aristoteles in ihrem Verhältnisse zum Systeme der Moral*, 1827, p. 74.

contenido moral”, sin ella toda la moral quedaría en el aire<sup>21</sup>; y en la teoría de la imputación se ha de examinar bajo qué condiciones una acción es humana en un sentido formal, sin afectar al contenido material de la acción<sup>22</sup>. Explícitamente quiere desarrollar estos criterios en una forma aristotélica, y en ese sentido entiende que imputar es atribuir culpabilidad sobre un hecho: “en la medida que el hombre, mediante la realización directa de su voluntad, provoca una modificación en el mundo que le circunda, tiene culpabilidad en ello”<sup>23</sup>. Este presupuesto no sólo es una necesidad de la moral, porque la culpabilidad es la condición fundamental de las propias acciones humanas, y es también la teoría de la imputación “parte principal del delito”, en la medida que fluye de la “libertad subjetiva”; la referencia a ella -a su concepción en las “teorías filosóficas”- no obliga a crear nuevos preceptos en las leyes, pero sí a percibir la racionalidad de los preceptos ya vigentes<sup>24</sup>. En ese sentido, constituye la imputación “una relación de lo subjetivo a lo objetivo, en la medida que aquello reconoce en esto lo suyo”<sup>25</sup>. Esta afirmación traslada directamente “el derecho de la voluntad subjetiva” de HEGEL<sup>26</sup>, a partir del cual LARENZ puede afirmar que “la imputación es, para Hegel, el reconocimiento del sujeto, de su libertad y personalidad por el derecho objetivo; es el «derecho de la voluntad subjetiva»”<sup>27</sup>. En principio, “imputación es la comprobación de que un resultado que emerge externamente es el efecto de la acción de un sujeto”<sup>28</sup>. Esta unidad inmediata entre lo objetivo y lo subjetivo, “donde el agente todavía no es consciente del contraste con la realidad”, es denominada “culpabilidad” o “voluntariedad”, en el sentido de espontaneidad<sup>29</sup>.

---

En ese sentido, y especialmente sobre el significado de la voluntariedad, cfr. CASPERS, *Schuld im Kontext der Handlungslehre Hegels*, 2012, p. 405; con referencia a LOENING, *Die Zurechnung des Aristoteles*, 1906, p. 141.

<sup>21</sup> MICHELET, *Das System der philosophischen Moral*, 1828, pp. 17 y s. MICHELET no diferencia entre imputación moral y jurídica en sentido estricto, sino que defiende la coincidencia en este nivel; de hecho, la imputación que constituye la primera parte del sistema de la moral “es la historia de la imputación de acuerdo con la legislación de los distintos pueblos y las teorías de los juristas sobre ella” (p. 17). Sobre esta primera parte de la imputación, construye la segunda (teoría de los fines o de la felicidad) y la tercera y última (el bien y la conciencia); en ese sentido en *Die Ethik des Aristoteles*, 1827, pp. 75 y ss; y en *Das System der philosophischen Moral*, 1828, pp. 17 y s.

<sup>22</sup> MICHELET, *Das System der philosophischen Moral*, p. 19. En nota al pie, explícitamente en la referencia a Aristóteles; en todo caso, no ha de olvidarse que el propio MICHELET había publicado un año antes *Die Ethik des Aristoteles in ihrem Verhältnisse zum Systeme der Moral*, 1827, obra a la que ya se ha hecho referencia y en la que incluye una crítica a la ética aristotélica, y que publicó más tarde un comentario en latín sobre el texto en griego de la Ética Nicomaquea, en 10 tomos (*Ethicorum Nicomacheorum libri decem*, 1829-1848).

<sup>23</sup> En ese sentido, Britta CASPERS, *Schuld im Kontext der Handlungslehre Hegels*, 2012, p. 406, sobre la afirmación de MICHELET en el sentido de que “culpabilidad” es “condición principal de la acción humana” (*System der philosophischen Moral*, 1828, p. 22).

<sup>24</sup> MICHELET, *Das System der philosophischen Moral*, 1828, pp. 22 y s.

<sup>25</sup> MICHELET, *Naturrecht oder Rechts-Philosophie als die praktische Philosophie*, v. 1, 1866, p. 105.

<sup>26</sup> HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 107; en todo caso, este derecho de la voluntad subjetiva que constituye, con la normativización que implica la conciencia (Gewissen) en HEGEL (*Grundlinien*, § 132) un paso decisivo para entender su teoría de la imputación como una “teoría de la imputación normativa” (LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, 1999, p. 173, y sobre la conciencia, en p. 149).

<sup>27</sup> LARENZ, *Hegelszurechnungslehre*, 1927, p. 50.

<sup>28</sup> ABEGG, *Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft*, 1836, p. 123. Se trata, como se ve, de una referencia muy genérica: en todo caso, MICHELET no reconoce en ABEGG una expresión de su teoría de la imputación, a diferencia de lo que sucede con KÖSTLIN (cfr. sus referencias a este autor en *Naturrecht*, v. 1, 1866, p. 105); y, por lo genérica, tampoco es necesario entrar ahora en la diferenciación de posiciones de los penalistas hegelianos del XIX sobre la consideración de la infracción del derecho en el juicio de imputación a la que alude RADBRUCH (*Der Handlungsbegriff*, 1904, p. 87).

<sup>29</sup> MICHELET, *Naturrecht*, v. 1, 1866, pp. 105 y s.; una referencia explícita a la voluntariedad como espontaneidad (*Spontaneität*) en un sentido aristotélico en *Das System der philosophischen Moral*, 1828, p. 23. Esta utilización de la palabra culpabilidad es la que implica, en un principio, que “incapacidad de imputación” e “incapacidad de culpabilidad” se consideren históricamente idénticas; en ese sentido, habla de que a inicios del XIX de denominaba todavía incapacidad de imputación a la incapacidad de culpabilidad SCHMIDT-RECLA, *Theorien zur Schuldfähigkeit*, 2000, p. 18.

En este primer nivel de la imputación como “derecho de la voluntad subjetiva”<sup>30</sup>, MICHELET establece, sobre la existencia de la “libertad interior”, una tripartición entre acciones voluntarias, acciones involuntarias y acciones mixtas<sup>31</sup>. La correspondencia -reconocida explícitamente por MICHELET- de esta clasificación con la diferenciación entre actos voluntarios, involuntarios y mixtos de ARISTÓTELES es innegable<sup>32</sup>. En los actos voluntarios es correcto observar, como “ven los juristas, que el hombre es causa libre del hecho (*libera causa facti*)”, porque existe coincidencia entre la “consideración del objeto” y la “determinación de la voluntad”<sup>33</sup>; cuando falta esta coincidencia, que más tarde denomina autodeterminación, el comportamiento es involuntario<sup>34</sup>. Y estos casos de involuntariedad son, como en ARISTÓTELES, la fuerza exterior, procedente de la “pura naturaleza” o de una “potente voluntad humana”<sup>35</sup>; el error sobre las circunstancias que constituyen el mundo exterior<sup>36</sup> y la ausencia de conciencia, como la embriaguez, el sueño o la locura<sup>37</sup>. Cuando, en esa misma línea, toma en consideración las acciones mixtas, tienen en cuenta los casos de coacción o de miedo, pero también estados pasionales, y añade, porque así lo hace ARISTÓTELES, los casos de error<sup>38</sup>; pero MICHELET hace aquí una distinción que quisiera subrayar: el error que se considera como un acto mixto -sobre los principios del derecho o de la moral- es lo que los juristas denominan *ignorantia iuris*, mientras que el referido en la involuntariedad es la *ignorantia facti*, que es precisamente el error -sobre circunstancias exteriores- que determina la involuntariedad; el error sobre los principios del derecho y de la moral no implica involuntariedad y, aunque en principio debe imputarse al propio agente ese error, se admite que ello suponga la exclusión de la culpabilidad en casos de ignorancia sobre los principios culturales para quien no pertenece a la comunidad que se apoya en ellos<sup>39</sup>.

Regreso ahora, para examinar lo expuesto, al texto inicial de KANT: cuando MICHELET niega, como lo hace y en un modo similar al que había sostenido ARISTÓTELES, la imputación por ausencia de voluntariedad, considera estos casos como de falta de capacidad de imputación del agente y, por ello, en términos usuales también en la teoría kantiana, de casos en los que el sujeto

<sup>30</sup> MICHELET se refiere a otros dos niveles de la imputación: el del “dolo” (*Vorsatz*), lo interior de la acción donde unidad de sujeto y objeto no es inmediata; y el de la “intención” (*Absicht*), en la que concurren la acción interior con la realidad exterior en la que se desarrolla la acción. Cfr. *Die Ethik des Aristoteles*, 1827, pp. 74 y s.; *Das System der philosophischen Moral*, 1828, pp. 22 y ss.; *Naturrecht*, 1866, p. 106. En todo caso, han de entenderse los términos en el contexto de la filosofía del derecho de HEGEL y, en concreto, de la “Moralidad”; y no en el sentido de la dogmática moderna del derecho penal, no muy leja a la de MICHELET; sobre ambas cuestiones, cfr. PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia en el derecho penal*, 2012, pp. 55-57 (la terminología de HEGEL en la “Moralidad”) y p. 58 (MICHELET y su tesis doctoral *de doli et culpa in iure criminali notionibus*, 1824, en la base de la dogmática hegeliana sobre el dolo y la culpa).

<sup>31</sup> MICHELET, *Die Ethik des Aristoteles*, 1827, pp. 17-18; *Das System der philosophischen Moral*, 1828, pp. 20 y ss.; *Naturrecht*, 1866, pp. 105 y ss.

<sup>32</sup> Cfr. ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, III.1, 1110a.

<sup>33</sup> MICHELET, *Das System der philosophischen Moral*, 1828, p. 23.

<sup>34</sup> MICHELET, *Das System der philosophischen Moral*, 1828, p. 23; sobre la autodeterminación: “un delito no es sancionado sin esta autodeterminación; y un contrato no es tenido por válido” (*Naturrecht*, 1866, p. 107).

<sup>35</sup> MICHELET, *Das System der philosophischen Moral*, 1828, p. 25; *Naturrecht*, 1866, p. 108.

<sup>36</sup> MICHELET, *Das System der philosophischen Moral*, 1828, p. 26; con mayor claridad, aunque de forma más breve, en *Naturrecht*, 1866, pp. 108 y s.

<sup>37</sup> MICHELET, *Das System der philosophischen Moral*, 1828, pp. 27 y s.; *Naturrecht*, 1866, p. 109 y s. En la terminología de la época ya se indica que la locura abarca el delirio o la demencia.

<sup>38</sup> ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, III.1, 1110b, 15-30.

<sup>39</sup> MICHELET, *Das System der philosophischen Moral*, 1828, p. 28; *Naturrecht*, 1866, pp. 112 y ss: se refiere al caso del salvaje que considera permitido comer carne humana; pero no en otro caso, porque es responsabilidad del sujeto tomar consideración de las ideas correctas: “el desconocimiento de lo general y del derecho ha de imputarse también en la moral y no sólo en el derecho” (p. 113).

carece de *imputabilitas*; cuando estima que los casos mixtos son, en principio, voluntarios, entiende que existe imputabilidad, aunque hace expresa mención de que, en determinados momentos, el derecho puede decidir no sancionar, y se trataría, en los mismos términos kantianos, de *impunibilitas*. En esta perspectiva intentaré examinar críticamente la función de la imputabilidad y de los casos de exclusión de punibilidad en el sentido del texto de KANT, pero también de las consecuencias a las que, desde el punto de vista sistemático, ha de conducir este planteamiento crítico.

## 2. ¿Imputabilitas como dimensión cuantitativa?

En el mismo pasaje al que se aludía antes, KANT se refiere a la *imputabilitas* y, en sentido estricto, como capacidad de imputación; en particular, indica que la imputabilidad es “el grado de capacidad de imputación” -por tanto, algo susceptible de ser medido cuantitativamente- y este grado es concebido como subjetivo<sup>40</sup>. La cuestión es si esto es compatible con el mismo concepto de imputabilidad: por *imputabilitas*, en el sentido filosófico como en el jurídico, se designa capacidad de imputación<sup>41</sup> y, por tanto, una cualidad que no implicaría cuantificación.

Antes de que lo hiciera KANT, la consideración de un “grado” o de una dimensión cuantitativa respecto a la imputabilidad había sido subrayada en la perspectiva del derecho -lo que no implica, como se ha de ver, ausencia de referencias a la moral- por VON MARTINI: si en la causa pueden las circunstancias aumentar o disminuir la voluntad o la razón, puede reconocerse en las acciones libres un diferente “grado de moralidad” (*moralitatis quantitatem*)<sup>42</sup>; e inmediatamente después de que lo indicara KANT en la teoría del derecho fue trasladado por GROLMAN al derecho penal, tal como se había admitido el principio de la imputación: es necesario considerar diferente responsabilidad por el peligro creado para la seguridad jurídica, y esto es lo que se denomina “grado de la imputación jurídica”, que depende del “grado de mayor o menor rebeldía de la persona determinada a lo ilícito”<sup>43</sup>. La cuantificación de la imputabilidad se aceptaba, por tanto, de forma casi unánime<sup>44</sup>.

Cuando MEZGER aborda la cuestión, un siglo después, el concepto de culpabilidad había tomado cuerpo como categoría en el sistema y se forjaba en el debate neokantiano. En ese marco, entendía MEZGER, por una parte, que no habría contradicción lógica al entender que la capacidad de imputación es una exigencia de la culpabilidad y, simultáneamente, un elemento constitutivo del mismo concepto de imputación<sup>45</sup>. Sin embargo, la cuestión era que si el concepto de capacidad de

<sup>40</sup> KANT, *Metaphysik der Sitten*, Teoría del derecho-Introducción en la Metafísica de la Moral IV, 1797, p. 64 (228).

<sup>41</sup> Cfr. sobre esta identificación en Rudolf EISLER, *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*, 1904, voz «Imputabilität: Zurechnungsfähigkeit» (p. 502).

<sup>42</sup> Carl Anton VON MARTINI, *De lege naturali positiones in usum auditorii vindobonensis*, 1780, Cap. V, num. 172, p. 30 (la primera edición de la obra es de Viena, 1762); en la traducción alemana de Karl von Zahlheim (*Lehrbegriff der allgemeiner Rechte*, 1771) se habla de “Große in der Sittlichkeit” (p. 70).

<sup>43</sup> GROLMAN, *Ueber die Begründung*, 1799, pp. 123 y s.

<sup>44</sup> Sobre el salto de lo cuantitativo a lo cualitativo en una perspectiva histórica, Ilva GREVE, *Verbrechen und Krankheit*, 2004, pp. 222 y ss.

<sup>45</sup> El debate sobre imputabilidad como exigencia o como elemento de la culpabilidad está marcado por FRANK («Aufbau des Schuldbegriffs», en FRANK (ed.), *Festschrift für die juristische Fakultät in Giessen zum Universitäts-Jubiläum*, 1907) quien, para determinar la “culpabilidad como reproche” (p. 530) defiende la imputabilidad como un elemento del concepto de culpabilidad (pp. 527 y s.) y no, como hasta entonces, en una exigencia previa del delito (cfr. por todos BINDING, *Grundriss des Deutschen Strafrechts*, 1902, pp. 88 y ss., quien habla de “sujetos



imputación podría ser definitorio de qué grupos de sujetos deberían descartarse para la aplicación de un “tratamiento penal” que, para otros, sí sería adecuado<sup>46</sup>, el reconocimiento de la “imputabilidad disminuida” sería contradictorio, pues si la imputabilidad admite una determinación cuantitativa, no puede limitarse su función a la determinación de sujetos sometidos al sistema penal<sup>47</sup>.

La visión de MEZGER, no obstante, merece un examen más detenido; en ningún momento niega que el concepto de inimputabilidad aparezca como límite -por ejemplo, en los casos de enfermos mentales o de menores- a la aplicación del sistema penal, porque precisamente permite la distinción entre personalidades “normales” imputables y personalidades “anormales” no imputables, en la medida en que éstas últimas no son “susceptibles de ser motivadas” por el “orden jurídico”<sup>48</sup>. Esta afirmación implica exigencia de la culpabilidad como presupuesto; pero además, al manifestarse como elemento de la culpabilidad, entra en juego la capacidad de culpabilidad como una medida a cuantificar: como medida de la adecuación del hecho a la personalidad; y como medida de la adecuación social de la personalidad del autor<sup>49</sup>. De forma más precisa, la “personalidad de carácter” del autor<sup>50</sup> permite precisamente considerar la “culpabilidad disminuida” como valoración del proceso de motivación, como juicio de la personalidad y de los componentes de la personalidad “imputable”.

Es obvio que la referencia a la “culpabilidad de carácter” ha hecho perder interés por estas líneas en la doctrina, especialmente crítica ante esta consideración de la culpabilidad<sup>51</sup>; pero, independientemente de la opinión que merezca este planteamiento<sup>52</sup>, no debería dejarse de lado el alcance metodológico de las reflexiones de MEZGER, así como su consecuencia en la consideración del concepto de imputabilidad en sentido estricto. Ambas cuestiones enlazan con el objeto planteado en un principio y permiten avanzar una respuesta sobre si es posible considerar la imputabilidad en una perspectiva cuantitativa.

---

capaces de delito”) o todo lo más, en una exigencia previa de la culpabilidad (cfr. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1900, pp. 135 y ss.).

<sup>46</sup> MEZGER, «Zurechnungsfähigkeit», en HEGLER (ed.), *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, v. II, 1930, p. 531; EL MISMO, *Schuld und Persönlichkeit*, 1932, pp. 16 y s.

<sup>47</sup> MEZGER, *Schuld und Persönlichkeit*, 1932, p. 17.

<sup>48</sup> MEZGER, *Schuld und Persönlichkeit*, 1932, p. 19. De hecho, las personalidades “patológicas” excluidas de la imputación penal serían las descritas en el § 51 del Código penal del Reich de 1871, entonces vigente, de acuerdo con el cual se establecía que “no existe una acción punible cuando el autor, en el momento de la realización de la acción, se encontraba en un estado de inconsciencia o en una perturbación patológica de su actividad mental que excluyan la libre determinación de su voluntad”; una adaptación de este “libre albedrío” que lo hiciera aceptable a posiciones deterministas implica “capacidad de motivación” (Motivierbarkeit) de la personalidad del autor (pp. 20-21). La razón, como es sabido, no es otra que la formulación de LISZT en *Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit*, 1897, p. 220: “capacidad de imputación es la susceptibilidad de motivación orientada por la pena”. MEZGER propone (*Schuld und Persönlichkeit*, 1932, p. 21), para evitar el conocido reproche de HEGEL sobre el ejemplo del perro al que se amenaza con el bastón, que la motivación no se limite a la pena, sino que se refiera “de forma global a la ley como tal, al orden jurídico al que se somete el individuo”.

<sup>49</sup> MEZGER, *Frank-Festgabe*, v. II, 1930, pp. 532 y s.

<sup>50</sup> Esta expresión, explícitamente en *Schuld und Persönlichkeit*, 1932, p. 22; no obstante, sobre la idea de carácter, precisamente en consideración a los cambios de la personalidad en una perspectiva fenotípica, en *Persönlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, 1926, p. 25.

<sup>51</sup> Con posibilidad, no obstante, de que se considere en la individualización de la pena. Cfr. por ejemplo WESSELS/BEULKE, *Strafrecht-Allgemeiner Teil: die Straftat und ihr Aufbau*, 42ª ed., 2012, p. 150.

<sup>52</sup> Cfr. PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia en el derecho penal*, 2012, respecto de la cuestión en SCHOPENHAUER, pp. 63 y ss.; 72 y ss.; mi posición en pp. 165 y s, y nota 795.

En efecto, el logro de mayor profundidad era de carácter metodológico<sup>53</sup>. MEZGER entendía que la capacidad de imputación era un problema jurídico y, por tanto, normativo<sup>54</sup>; pero no cualquier comprensión normativa: la resolución del problema de la personalidad “anómala” mediante la definición de un “tipo medio normal” constituiría una reducción del concepto “a las normas del ser, en lugar de orientarlo de cualquier modo a las normas del deber ser”<sup>55</sup>; “capacidad” no es, en ese sentido, algo que pueda comprobarse empíricamente, sino un juicio de valor del juez, de naturaleza teleológica<sup>56</sup>. Por tanto, en nada afecta que el método especializado de los expertos sea el mismo a la hora de determinar si el sujeto es inimputable o si lo que se ha de apreciar es una “culpabilidad disminuida”<sup>57</sup>, pues lo relevante es el juicio normativo: la conclusión de si el sujeto es inimputable no ha de tener necesariamente correspondencia en el sistema de la teoría del delito con las disminuciones de la culpabilidad.

MEZGER había formulado ya la idea de forma más general, aunque con una ineludible -y explícita- vinculación a los conocimientos psicológicos: en la psicología y en otras ciencias naturales, como en el derecho, aparece el problema de la experiencia como un puro problema del ser<sup>58</sup>; pero el derecho es a la vez ser y deber ser<sup>59</sup>, y ese problema de la experiencia jurídica plantea precisamente cómo el derecho conforma el “objeto” de su ciencia a partir de sus “hechos”<sup>60</sup>.

Con este planteamiento metodológico no se ratificaba la existencia de una “imputabilidad disminuida” como principio, pero sí se resolvían dos problemas coyunturales. Por un lado, desde un punto de vista interpretativo, MEZGER resolvía el hecho de que el § 51 del Código penal del

<sup>53</sup> El punto de arranque de un método normativo se encuentra, en el derecho de lengua alemana, a mediados del XIX, aunque aún hoy existe debate sobre el papel que en este criterio debe atribuirse a psicólogos y psiquiatras, por un lado; y a juristas, por otro; cfr. SCHMIDT-RECLA, *Theorien zur Schuldfähigkeit*, 2000, p. 61.

<sup>54</sup> La cuestión metodológica en el marco del proceso había sido ya considerada por MEZGER en *Die psychiatrische Sachverständige im Prozeß*, 1918: el informe pericial del psiquiatra no es un mero juicio sobre los hechos, sino que ya constituye un juicio de valor (pp. 88 y s.); sobre la valoración del juez de instancia y la del juez del recurso, también en pp. 126 y ss. En ese momento la cuestión estaba, sin duda, abierta: cfr. HAMANN, *Das Wesen der Strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit: Eine Kritik der neuesten Bestrebungen*, 1907, p. 24: “la comprensión total sobre los motivos es exigencia para la competencia total del juez, que decide con sus medios sobre las formas de eficacia de los motivos; sobre las anomalías de la motivación como consecuencia de la constitución corporal o de daños intelectuales han de juzgar los médicos (psiquiatras) y pedagogos o especialistas del carácter”. No deja de tener importancia que esta afirmación esté precedida de la crítica a LISZT (pp. 19 y ss.) y seguida del tema de la imputabilidad disminuida (pp. 24 y ss.), que es precisamente y, como se ha de ver, aspecto central en el tratamiento del problema por MEZGER.

<sup>55</sup> MEZGER, *Persönlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, 1926, p. 21.

<sup>56</sup> Cfr. en este sentido, WOLF, en *Strafrechtliche Schuldlehre*, 1928, pp. 172 y s. Explícitamente señala WOLF que este planteamiento es diferente tanto de un planteamiento empírico como del dogmático-interpretativo, que vincula a las tesis del libre albedrío y al carácter inteligible en KANT.

<sup>57</sup> Cfr. KOLB, *Die Begutachtung von Straftätern zur Feststellung der Schuldfähigkeit*, 2003, p. 4: las preguntas sobre si hay signos de una perturbación corporal o mental y si los síntomas se presentaron o no de forma previa al hecho; si los síntomas afectan a aspectos específicos de la conducta o a la personalidad de forma global; en qué medida la perturbación menoscaba las competencias sociales; y en qué grado la perturbación ha influido en el comportamiento delictivo concreto, se responden por los científicos indicando el peso de la perturbación en el hecho. Pero la respuesta del juez es normativa e implica una valoración sobre si la influencia de la perturbación era lo suficientemente importante como para excluir la responsabilidad o no lo era. En uno u otro caso ha de concretarse qué es lo que ello supone en el ámbito de la teoría de la imputación, y no se trata de algo que haya quedado resuelto sin más con la respuesta de los peritos.

<sup>58</sup> MEZGER, «Recht und Erfahrung», *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, v. II, 1927/1928, p. 12.

<sup>59</sup> MEZGER, *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, v. II, 1927/1928, p. 13.

<sup>60</sup> MEZGER, *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, v. II, 1927/1928, p. 14.

Reich<sup>61</sup> sólo contemplara la exclusión de la pena y no la atenuación vinculada a trastornos mentales<sup>62</sup>, con un concepto de la personalidad que abarcaba también estos últimos casos de trastorno<sup>63</sup>; de ese modo, se explicaría la atenuación de la pena en caso de trastornos mentales. Por otra parte, en la perspectiva del fin de la pena, parece claro que la imputabilidad disminuida se asociaba de forma muy particular con objetivos de prevención especial y se relacionaba directamente con el avance de los conocimientos científicos en la psiquiatría y en la psicología<sup>64</sup>, de los que MEZGER no se mantenía en absoluto al margen.

Esto permite constatar una situación al menos llamativa: mientras MEZGER mantiene la unidad conceptual entre imputabilidad disminuida e inimputabilidad, concluye que “una personalidad puede ser definida como anormal en el sentido del § 51 del Código penal del Reich, cuando de acuerdo con su constitución comprendida en su totalidad, falta la capacidad intelectual o emocional de ajustarse a toda norma y a sus exigencias”<sup>65</sup>. En mi opinión, esto sucede por las razones a las que acabo de aludir: por una parte, la defensa de la normatividad de la decisión del juez sobre los informes de los peritos en niveles de conocimiento que ya entonces se manifestaban como muy especializados; por otra, la justificación de una atenuación de la pena, al amparo del § 51 del Código penal del Reich, en casos de trastornos psíquicos en los que los peritos no reconocerían la imposibilidad de motivación del sujeto por el derecho.

Sin embargo, de uno u otro modo, estas dos vertientes de la cuestión se ponen de manifiesto en la discusión coetánea y ulterior; en particular, la necesidad de reconocer un ámbito “normativo” del juicio sobre la inimputabilidad no se ha modificado desde entonces, aunque existan visiones diferentes del problema<sup>66</sup>. Ya WELZEL había insistido en que los psiquiatras no pueden responder a la decisión sobre la imputabilidad, sino sólo a la pregunta sobre si existe en el sujeto una determinada enfermedad o trastorno o una alteración de la conciencia; y en que el juicio sobre la imputabilidad de una persona en una situación concreta no es teórico, sino existencial y “comunicativo”<sup>67</sup>. Este planteamiento está presente hoy en el debate sobre la repercusión de las neurociencias en el derecho penal y en el concepto de culpabilidad: cuando se afirma que, el derecho, a partir de un mundo “natural”, crea un mundo institucional, y que “la responsabilidad

---

<sup>61</sup> Es significativo, en ese sentido, que MEZGER, en *Persönlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, 1926, tome como punto de partida precisamente el texto del § 51 RStGB, que parte de “la persona adulta posee ciertas propiedades que le hacen responsable de sus hechos en un sentido jurídico-penal” y, por tanto, que “no define positivamente las exigencias de la capacidad de imputación, sino negativamente las de la ausencia de capacidad de imputación” (p. 6).

<sup>62</sup> FINGER, «Über die «geminderte Zurechnungsfähigkeit» und die strafrechtliche Behandlung der «gemindert Zurechnungsfähigen», *Gerichtssaal*, (64), 1904, p. 265; FRANK, «§ 51», *StGB*, 18ª ed., 1931, VI p. 151. Cfr. explícitamente sobre esta necesidad y con referencia a las expectativas de reforma, WOLF, en *Strafrechtliche Schuldlehre*, 1928, p. 172.

<sup>63</sup> La cuestión había sido planteada por algunos prestigiosos psiquiatras ante el Reichstag durante la discusión del Proyecto, en 1870 (cfr. MEZGER, en *Persönlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, 1926, p. 29), y de forma muy particular por Emil KRAEPELIN en su intervención en el Congreso de Juristas alemanes de 1904 en Innsbruck, que se recoge con el título «Zur Frage der geminderten Zurechnungsfähigkeit», *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, (1904/1905), pp. 477 y ss.

<sup>64</sup> En relación, por ejemplo, con los psicópatas, respecto de los cuáles se había defendido anteriormente su inimputabilidad. Cfr. también MEZGER, en la voz «Kriminalpolitik», *Handwörterbuch der Kriminologie*, 1933, p. 869. Sobre la visión general en ese sentido y sobre si la disminución ha de afectar cuantitativa o cualitativamente a la pena, cfr. ASCHAFFENBURG, *Das Verbrechen und seine Bekämpfung*, 1903, pp. 241 y ss.

<sup>65</sup> MEZGER, *Persönlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, 1926, p. 23.

<sup>66</sup> Cfr. BACIGALUPO, *Principios de derecho penal-Parte general*, 1998, p. 324.

<sup>67</sup> WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 1960, p. 132.

no es un hecho natural, sino institucional”<sup>68</sup> se aborda en el S XXI, en una perspectiva nueva como la de las neurociencias, el mismo problema que MEZGER intentaba resolver en la perspectiva de la psiquiatría de principios del XX<sup>69</sup>.

Regreso, no obstante, a KANT: es posible mantener, según creo, que el carácter cuantitativo de la imputabilidad no es, para KANT, un elemento imprescindible del concepto<sup>70</sup>, como creo haber demostrado que no lo era para MEZGER. Es cierto, que como se ha dicho, parece asumirlo en la introducción en la teoría del derecho; pero también lo es que, cuando contempla las aptitudes del hombre en la perspectiva de la moral y respecto a su propio fin, habla de la capacidad de imputación más allá de la racionalidad del hombre<sup>71</sup>: constituye la “personalidad” del hombre la consideración, junto a la racionalidad, de la capacidad de imputación; “personalidad” es “la susceptibilidad de respeto a la ley moral como un estímulo suficiente del libre arbitrio”<sup>72</sup>. Capacidad de imputación es, en el sentido moral, un elemento constitutivo de la “personalidad” y, en la terminología antes utilizada, una exigencia para la responsabilidad del sujeto ante la ley moral, pues sin susceptibilidad de respeto a la ley moral es vano hablar de responsabilidad o de culpabilidad.

¿Qué sentido tiene entonces la referencia al “grado de capacidad de imputación” al que antes se ha aludido? Explícitamente se trata de la vinculación entre la dificultad que ofrecen los “obstáculos naturales” y los “obstáculos morales”. Existen, para KANT, “obstáculos naturales” que convierten al sujeto en inimputable y cuya superación cae fuera de las competencias y de las posibilidades del mismo sujeto; por eso habla de la disminución del deber -el “obstáculo moral”- cuando es mayor el “obstáculo natural” y esto es lo que es “cuantitativo”; y de que, cuanto menor es el “obstáculo natural”, con mayor motivo se imputará la infracción del deber como *demeritum*<sup>73</sup>. El ejemplo que KANT propone puede, sin embargo, señalar la dirección correcta: “el estado de ánimo, si el sujeto ha realizado el hecho impulsado por un arrebató o con una premeditación

<sup>68</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, «Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?», *InDret 2/2011*, pp. 20 y s. Mi posición respecto a la tesis de SEARLE sobre los hechos institucionales, y en relación a las aportaciones en ese sentido de PÉREZ MANZANO, en PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia en el derecho penal*, 2012, pp. 147 y s., especialmente notas 705 y 708.

<sup>69</sup> La separación entre lo empírico y lo normativo se formula en el aspecto señalado por MEZGER; esto es, en relación con la comprobación de la imputabilidad en el proceso y no con la separación entre lo empírico y lo normativo en la afirmación o negación de la libertad. Sobre esta cuestión, cfr. las referencias de LUZÓN PEÑA, «Libertad, culpabilidad y neurociencias», *InDret 3/2012*, pp. 17 y s.; tampoco se trata aquí de la forma en la que los condicionamientos científicos condicionan la legitimación del derecho penal, cuestión también abordada ya respecto a las neurociencias por PÉREZ MANZANO, «Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia», *InDret 2/2011*, pp. 4 y ss. La respuesta metodológica a esta última cuestión, no obstante, condiciona la planteada en el texto: la consideración de que “el derecho penal no puede vivir al margen de los conocimientos científicos” (PÉREZ MANZANO, *InDret 2/2011*, p. 8) es, en ese sentido, un punto de partida requerido para admitir la influencia en el juicio de imputabilidad de las neurociencias (“entender el cerebro es fundamental al menos para entender el juicio de inimputabilidad”, *ibidem*) aunque, como señala PÉREZ MANZANO (*InDret 2/2011*, p. 9) no ha de ser éste el único ámbito que condicione el derecho penal ni, por tanto, el juicio de imputabilidad. Otra cuestión diferente y cuyos aspectos discutibles señala también PÉREZ MANZANO (*InDret 2/2011*, p. 28), es la aplicación a inimputables de tratamientos neurológicos.

<sup>70</sup> Cfr., no obstante, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, p. 140.

<sup>71</sup> De la racionalidad depende la humanidad, que es un paso más allá de la animalidad del ser vivo, que vincula a vicios como la gula o la lujuria; por eso los vicios propios de la humanidad son la ingratitud o la envidia, en la medida que están relacionados con la rivalidad entre sujetos. Cfr. KANT, *Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft*, 1793, pp. 26 y s.

<sup>72</sup> KANT, *Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft*, 1793, p. 27.

<sup>73</sup> KANT, *Metaphysik der Sitten*, Teoría del derecho-Introducción en la Metafísica de la Moral IV, 1797, p. 64 (228).

serena, implica una diferencia en la imputación que tiene consecuencias<sup>74</sup>. La “personalidad”, como exigencia básica de la imputación a la que se ha hecho referencia antes, se presupone en el ejemplo. La necesidad de acudir al grado de imputabilidad puede explicarse, tal vez, porque KANT ha admitido ya una terminología conocida entre algunos juristas de la época<sup>75</sup>, preocupados sin duda por la proporcionalidad en las penas. En otras palabras: en KANT es imposible reconocer la capacidad de culpabilidad penal de quien, sin duda, no puede ser considerado responsable moral de sus hechos; aunque, pese al reconocimiento de la responsabilidad moral, el derecho pueda admitir ausencia de capacidad de culpabilidad.

La lectura de un hegeliano como KÖSTLIN es en este sentido ilustrativa<sup>76</sup>: cuando “en un primer momento se hablaba no sólo de grados de la imputabilidad o de libertad, sino incluso de “grados de imputación”, se incurría en una “confusión con los grados de punibilidad de una acción imputable”; el hecho de que “todavía hoy –lo escribe en 1855– a menudo médicos y juristas hablan de grados de imputabilidad o de imputabilidad disminuida” tiene su causa en la impotencia a la hora de obtener prueba sobre la libertad o la ausencia de libertad<sup>77</sup>. Por esa razón, KÖSTLIN indicaba que lo que se entiende como imputabilidad disminuida no es otra cosa que un inferior grado de culpabilidad o una circunstancia atenuante de la pena o, en todo caso, la resolución a través de la atenuación “de interrupciones o transiciones en las enfermedades mentales”<sup>78</sup>. En otras palabras: el hecho de que la denominada imputabilidad disminuida pueda tener algunas referencias comunes con la inimputabilidad –el ejemplo clásico: las perturbaciones psíquicas– no implica que su significado normativo sea similar: quien es inimputable no puede ser culpable para el derecho penal. Otro autor hegeliano, BERNER, es contundente en este punto: “existen diferentes niveles de voluntad antijurídica, pero sólo existe una imputabilidad”<sup>79</sup>.

---

<sup>74</sup> *Ibidem*

<sup>75</sup> Como el caso ya señalado de Anton VON MARTINI, *De lege naturali positiones* (cfr. supra nota 42).

<sup>76</sup> En HEGEL aparece también alguna referencia a la cuantificación: en la explicación del § 132 de *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (en la parte segunda, dedicada a la Moralidad), indica sin solución de continuidad que “el derecho del sujeto a conocer la acción en la definición del bien o del mal, de lo legal o lo ilegal, ha de tener la consecuencia, en este aspecto de la imputabilidad, de su disminución o su supresión en el caso de los niños, de los idiotas o de los dementes; sin embargo, no puede establecerse un límite preciso para estas situaciones y su imputabilidad”. No obstante, esto no afecta en lo esencial del concepto de imputabilidad, como se ha de ver; que la referencia a la disminución no implica una valoración estricta del concepto es obvio, y parece claro que, desde la moral, los argumentos de HEGEL tienen cierto paralelismo a los utilizados por MEZGER en el ámbito del derecho: se trata de salvar un juicio menos riguroso para quien, imputable, presenta deficiencias relacionadas en su origen o en sus manifestaciones con otras que justificarían la inimputabilidad. Es más, en la interpretación del § 132 de *Grundlinien* ve LESCH, con razón, la normativización de la culpabilidad de la voluntad (LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, 1999, pp. 149 y s.); esta normativización, en el marco de HEGEL y como se ha de ver, tendría poco sentido en una concepción cuantitativa de la imputabilidad.

<sup>77</sup> Cfr. KÖSTLIN, *System des deutschen Strafrechts*, 1855, § 55, pp. 154 y s.; en relación con condiciones de una “relativa ausencia de libertad”, en p. 154: “una acción determinada sólo puede haber sido libre o no libre; tal relatividad genera sólo una dificultad de la prueba”; antes, y exactamente con las mismas palabras, en *Neue Revision*, p. 157; las palabras señaladas en el texto, también antes en p. 158. El planteamiento desde la oposición entre causalidad natural necesaria y la libertad como categorías excluyentes es, en realidad, el fundamento de la posición de KÖSTLIN (*Neue Revision*, 1845, p. 159); aunque ve la causa próxima del debate sobre la relativización de la ausencia de libertad (explícitamente, en *Neue Revision*, 1845, p. 158, nota 1) en la detallada exposición respecto a las causas de inimputabilidad y, especialmente, de las enfermedades mentales en la perspectiva de la época que MITTERMAIER añade en el § 90 a en la 12ª edición de FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen, in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, 1836.

<sup>78</sup> KÖSTLIN, *System des deutschen Strafrechts*, 1855, § 54, p. 155.

<sup>79</sup> BERNER, *Grundlinien criminalistischen Imputationslehre*, 1843, p. 37, frente a la afirmación contraria de STAHL en su Filosofía del derecho (*Die Philosophie des Rechts*, II, 1878, p. 76; con “niveles de voluntad antijurídica alude a la distinción entre dolo e imprudencia”. La coincidencia con FEUERBACH y frente a otros autores precedentes afecta a

La conclusión debe situarse en este marco, que se define cuando se indica que imputabilidad (*imputabilitas*) o capacidad de imputación es un concepto idéntico al de capacidad de culpabilidad: imputable es quien es reconocido como sujeto de razón práctica y, por tanto, capaz de comprender unas determinadas normas, de emitir un juicio sobre ellas y de ajustar su conducta a su contenido<sup>80</sup>. En esa perspectiva, un juicio sobre la culpabilidad que incidiese en la capacidad de motivación<sup>81</sup>, aun pudiendo ser distinto en el contenido, no difiere en la conclusión<sup>82</sup>: se trata simplemente de entender la capacidad de imputación o imputabilidad como una exigencia; como una determinación de sujetos de quienes se puede afirmar que lo son del derecho penal y, por tanto, sometidos al derecho.

### 3. ¿Imputabilidad como presunción?

KÖSTLIN apunta un principio moral que la doctrina, desde los glosadores, había admitido sin dejar lugar a dudas: “ajustado al concepto y a la dignidad de la naturaleza humana es aceptar como regla la capacidad de imputación”<sup>83</sup>, aunque esto deba matizarse en la perspectiva del proceso penal, pues de la regla no cabe derivar una *praesumptio iuris*<sup>84</sup> o, en palabras de BERNER, una *praesumptio imputabilitatis*<sup>85</sup>.

La discusión sobre si puede o no presumirse la imputabilidad tiene su origen, en la doctrina alemana, en la evolución del pensamiento de FEUERBACH a la que alude MITTERMAIER: la *praesumptio doli* de la primera edición de su Lehrbuch<sup>86</sup> se transforma, en un momento posterior, en la *praesumptio imputabilitatis*<sup>87</sup>. Lo cierto es que la doctrina no aceptó en su momento estos presupuestos, aunque -según creo- condicionada por lo que implicaba la presunción del dolo<sup>88</sup>, más que por el hecho de que se pudiese hablar de una presunción de imputabilidad que

---

la exclusión del concepto de “imputabilidad disminuida”, aunque en su caso con una fundamentación distinta: precisamente en el delito se muestra que no se ha actuado con libertad, y la determinación de la pena no puede depender de criterios morales (*menos libertad*); cfr. sobre esta cuestión GRÜNHUT, *Anselm v. Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung*, 1922, pp. 84 y s.

<sup>80</sup> Cfr. en ese mismo sentido el concepto de imputabilidad en el sentido de reconocimiento de capacidad de “culpabilidad de voluntad” de KÖHLER, *Strafrecht, AT*, 1997, pp. 375 y s.; cfr. la definición en p. 375 como “aptitud” (*Vermögen*).

<sup>81</sup> Cfr. por todos LUZÓN PEÑA, *InDret 3/2012*, pp. 10 y ss.; sobre su propia posición, pp. 13 y s.

<sup>82</sup> Sobre la identidad entre los conceptos imputabilidad, capacidad de culpabilidad o capacidad de motivación, BACIGALUPO, *Principios de derecho penal-Parte general*, 1998, p. 324.

<sup>83</sup> KÖSTLIN, *System des deutschen Strafrechts*, 1855, § 55, p. 155.

<sup>84</sup> KÖSTLIN, *loc.cit.*; antes ya en *Neue Revision*, 1845, p. 145.

<sup>85</sup> BERNER, *Grundlinien*, 1843, p. 36.

<sup>86</sup> FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, 1801, § 68, sobre “la naturaleza del espíritu del hombre y la experiencia de que la regla es que las acciones humanas son intencionales: *facta laesione praesumitur dolus, donec probetur contrarium*” (la expresión es una cita de GROLMAN).

<sup>87</sup> Cfr. FEUERBACH (editado y anotado por MITTERMAIER), *Lehrbuch des gemeinen, in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, 1836, § 87; sobre todo, el comentario de MITTERMAIER, quien en ese momento admite esto como posible, aunque en todo caso el juez debe decidir sobre la base de la prueba practicada y ponderarla con el fin de adoptar una decisión respecto a la imputabilidad (nota del editor al § 87, p. 89). Sobre este cambio, también MITTERMAIER, mencionando la positivización de la presunción de dolo en el Código de Baviera, en *Die Lehre vom Beweise im deutsche Strafprozesse*, 1834, p. 145.

<sup>88</sup> Con claridad, creo que esto puede observarse en las críticas de OERSTED (*Ueber der Grundregeln der Strafgesetzgebung*, 1818, § 45, y especialmente pp. 293-294) a GROLMAN y FEUERBACH, que intenta mostrar precisamente lo inadecuado de la presunción del dolo.

admitiese prueba en contrario<sup>89</sup>. En realidad, cuando se critica la segunda posición de FEUERBACH, se intenta reconducir frecuentemente la presunción de dolo a la presunción de imputabilidad. ROßHIRT es particularmente claro en ese sentido al indicar que, en este aspecto, hay dos preguntas interrelacionadas: la primera, que cuestiona si el sujeto es capaz de imputación; y la segunda, si existen razones que no permitan hablar de que es culpable o de que tiene conciencia de lo ilícito. Si a la primera se responde negativamente –esto es, si el sujeto es inimputable– la segunda carece de sentido; y esto sucede porque, para plantear la segunda pregunta, es presupuesto necesario una respuesta positiva a la primera. Esto explica, por tanto, que “no se trate por tanto de presunciones”<sup>90</sup>. En esa línea, ABEGG afirmaba que “las circunstancias que excluyen la posibilidad de imputación son excepciones y hechos condicionados por circunstancias que no pueden presumirse, sino que deben ser proveídas” por los principios generales e incluso por informes de peritos<sup>91</sup>. Pero ya en aquellos momentos, señalaba MITTERMAIER –y quiero insistir en que la cuestión estaba vinculada en parte a la presunción del dolo<sup>92</sup>– que, si esto implicase una inversión de la carga de la prueba, resultaría insostenible en el proceso penal<sup>93</sup>.

Más allá de la cuestión de la carga de la prueba y de la idea de presunción<sup>94</sup>, es posible respaldar

<sup>89</sup> Posiblemente condicionado por el mismo concepto de imputabilidad en FEUERBACH, y fundado en su teoría de la penal: capacidad de imputación como capacidad de intimidación por la pena (cfr. en ese sentido GRÜNHUT, *Anselm v. Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung*, 1922, pp. 100 y s.).

<sup>90</sup> ROßHIRT, *Entwicklung der Grundsätze des Strafrechts*, 1828, p. 215.

<sup>91</sup> ABEGG, *Lehrbuch*, 1836, p. 90.

<sup>92</sup> Cfr. BINDING, sobre el carácter excepcional de las “presunciones de culpabilidad”, que obligan al acusado a probar la ausencia de culpabilidad o del dolo, en *Grundriss des deutschen Strafprozessrechts*, 2ª ed., 1886, p. 115. También BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, 1877, p. 608; sobre el conocimiento del derecho que correspondería al dolo: “una presunción jurídica del conocimiento de totalidad de las normas es ajena al derecho común” y el conocimiento de la antijuricidad debería ser probado al acusado para imponerle la pena del delito doloso; y, para demostrar que los preceptos sobre exclusión y atenuación de la pena del Código penal del Imperio no tenían nada que ver con la carga de la prueba, también en la comparación con la prueba de la inimputabilidad, llama la atención sobre lo incoherente de la conclusión de que en casos de duda sobre la inimputabilidad se impusiera una pena al sujeto como imputable (loc. cit.).

<sup>93</sup> MITTERMAIER, *Handbuch des peinlichen Processes*, v. 2, 1812, p. 447.

<sup>94</sup> La cuestión ha sido tratada también por STUCKENBERG (cfr. *Untersuchungen zur Unschuldvermutung*, 1997, pp. 431 y s.) en torno al derecho penal canónico y a la posible vulneración de la presunción de inocencia cuando el canon 1321-§ 3 del Código de Derecho Canónico establece una presunción de imputabilidad: “Posita externa violatione, imputabilitas praesumitur, nisi aliud appareat”. En la doctrina canonista se alude a veces de forma indiferenciada a la imputabilidad como elemento subjetivo del delito y con dos formas diferenciadas de determinación: el dolo y la culpa. En esta perspectiva, se presume la imputabilidad y no el dolo en el canon 1321-§ 3 CIC: “cometida la violación externa, se presume (salvo prueba en contrario) la imputabilidad, pero no el dolo, a diferencia de lo que establecía el CIC 1917; ciertamente, toda acción dolosa es, por definición, imputable” (cfr. CENALMOR/MIRAS, *Il diritto della Chiesa. Corso di Diritto Canonico*, 2005, pp. 468 y s.). En todo caso, incluso en esta interpretación, ha de considerarse que no se trataría de una presunción de responsabilidad culposa al menos por dos razones: en primer lugar, el principio de sanción excepcional del delito culposo (cfr. PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia en el derecho penal*, pp. 23 y ss.) es de particular importancia en el derecho canónico, pues la sanción de la imprudencia es ocasional (CENALMOR/MIRAS, *Il diritto della Chiesa. Corso di Diritto Canonico*, loc.cit.); en segundo lugar, el Canon 1321-§ 3 indica también explícitamente a la apariencia contraria a la imputabilidad (“nisi aliud appareat”), lo que implicaría que no existe una presunción en sentido técnico (D’AURIA, «L’imputabilità penale», en GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO, 1997, p. 61). En realidad, lo que presume el derecho penal canónico no es la forma menos grave de imputabilidad –la culpa o imprudencia– sino la imputabilidad moral (cfr. no obstante D’AURIA, *L’imputabilità nel diritto penale canonico*, 1997, p. 147; EL MISMO, en GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO, 1997, pp. 53 y ss., sobre la separación entre imputabilidad moral y jurídica, y muy particularmente el relieve atribuido en ese sentido al cambio de “moraliter” –en el Canon 2195 § 1 del CIC 1917– por “graviter”; el Canon 1321-§ 1 vigente dice: “Nemo punitur, nisi externa legis vel praecepti violatio, ab eo comissa, sit graviter imputabilis ex dolo ex culpa”; no obstante, el cambio del texto no implica necesariamente una modificación radical; la mayor parte de los autores mantienen un concepto de culpabilidad con referencia a la reprochabilidad

la afirmación de “capacidad de imputación como regla” a la que aludía en un principio citando a KÖSTLIN. La regla por la que a una persona, como sujeto racional, ha de reconocerse en principio la imputabilidad, no constituye una presunción y responde a la naturaleza de las cosas<sup>95</sup>. En realidad, cuando se habla de la imputabilidad como regla se utiliza un lenguaje descriptivo, que es el utilizado por las ciencias naturales, y no un lenguaje prescriptivo<sup>96</sup>: con la referencia a la naturaleza de las cosas simplemente se apela a la realidad mediante la probabilidad estadística o el elevado grado de certeza, pero la regla no impide la entrada en juego de la excepción. Las presunciones, sin embargo, son una regla en sentido prescriptivo, pero no dirigidas al sujeto al que afectan, sino a quien ha de aplicar el derecho de prueba: si se sostiene que se presume la imputabilidad de un sujeto, la prescripción se dirige al juez; la excepción -por ejemplo: en una presunción *iuris tantum*- es determinada prescriptivamente. Pues bien: cuando se habla de la imputabilidad como regla se entiende que “la imputabilidad es la propiedad natural del hombre”, que “sólo por circunstancias extraordinaria” contrarias a la regla general queda excluida”, se habla de forma descriptiva; sin embargo, cuando se afirma que, en caso de duda sobre la imputabilidad, el juez debe absolver<sup>97</sup>, se utiliza un lenguaje prescriptivo. Una regla, en un sentido descriptivo, no implica una presunción ni una modificación en las normas de la carga de la prueba; ni siquiera es, en sentido estricto, una máxima de experiencia en el marco del proceso penal: el juez no puede fundamentar la afirmación de que el acusado es imputable porque la mayor parte de las personas lo son, entendida esta afirmación como una “experiencia de la vida”<sup>98</sup>. Precisamente por ello aparece como regla, pues se trata de una descripción del punto de partida: por regla (en sentido descriptivo), todo sujeto sometido al derecho penal es un sujeto con capacidad de imputación o imputabilidad.

Una mirada al proceso o incluso al sistema de doble vía no niega la regla. En efecto, la materialización en el proceso del sistema de doble vía, que requiere un proceso penal con

---

moral, como señala, por ejemplo, SEBOTT, *Das Kirchliche Strafrecht*, 1922, pp. 48 y s.): se presume la *imputabilitas moralis* y se prueba la *imputabilitas poenalis* que admite como formas el dolo y la culpa. En otras palabras: lo que se presume es la realización de un comportamiento libre y con capacidad de discernimiento. Cfr. DE PAOLIS *De sanctionibus in Ecclesiae*, 1986, p. 58; también, en una breve referencia, en “La potestà coattiva nella Chiesa”, en *Le sanzioni nella Chiesa*, 1997, p. 29 (“la presunción del dolo cede el paso a la presunción de la mera imputabilidad”; cfr. también sobre el primer texto, STUCKENBERG, *Untersuchungen zur Unschuldvermutung*, 1997, p. 432, nota 14. La identificación de la *imputabilitas poenalis*, como formas de manifestación, al dolo y a la culpa, se vincula incluso con apreciaciones cuantitativas de la imputabilidad que anteriormente he querido dejar de lado; cfr. por ejemplo, y pese a que en el planteamiento conceptual de la imputabilidad no dudaría en suscribir muchas de sus afirmaciones, SCHAUF, *Einführung in das kirchliche Strafrecht*, 1952, pp. 31 y ss, pp. 37 y ss.

<sup>95</sup> Explícitamente, aunque extiende este planteamiento al dolo, GLASER, *Lehre vom Beweis im Strafprozess*, 1883, p. 56: “Si bien es inevitable que el juez parta del presupuesto de que el acusado sea normal psíquica y físicamente y de que tanto ha considerado lo existente en su acción o lo que necesaria o presuntamente se deriva de ella, como de que lo ha querido con su hecho, esto se basa en la naturaleza de las cosas”. En todo caso, GLASER desarrolla ambas cuestiones (presunción de la imputabilidad y del dolo) de una forma relativamente diferenciada; cfr., además del texto, el contenido de la nota 16, pp. 56-59.

<sup>96</sup> Sobre la diferenciación en las relaciones regla-excepción en un lenguaje descriptivo y prescriptivo, cfr. HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analitischer Methode*, 1988, pp. 419 y ss.

<sup>97</sup> WÄCHTER, *Das Königliche Sächsisches und Thüringisches Strafrecht*, 1857, p. 337; cfr. KRAATZ, *Der Einfluss der Erfahrung auf die tatrichterliche Sachverhaltsfeststellung: zum “strafprozessualen” Anscheinbeweis*, 2011, pp. 469 y s., sobre el principio *in dubio pro reo* y su eficacia en este ámbito, que no alcanzaría sino a los hechos, aunque sería discutible si se puede reconocer la incapacidad de culpabilidad en un sentido jurídico (nota 892).

<sup>98</sup> Cfr. en un sentido crítico sobre esta forma de comprensión de las máximas de experiencia, KRAATZ, *Der Einfluss der Erfahrung auf die tatrichterliche Sachverhaltsfeststellung*, 2011, p. 13; sobre la prueba de la imputabilidad en los casos de perturbaciones psíquicas, y la función de la duda, ya se ha indicado antes lo referido por la jurisprudencia alemana en p. 470; sobre la vinculación a los sistemas de descripción de síntomas y enfermedades reconocidos y su relación no vinculante con la valoración judicial, en pp. 470 y s.



características similares para sujetos imputables o inimputables, se explica precisamente por el carácter normativo de la decisión sobre la imputabilidad y no sólo por la imposibilidad de imponer medidas previas a la comisión de un delito. El desarrollo de un proceso permite una decisión normativa en tres sentidos: la prueba sobre la inimputabilidad permite una decisión del juez como tal; la prueba sobre el hecho concreta la relación de la causa genérica de inimputabilidad con el hecho concreto; y la prueba en torno a la personalidad del autor -también la inmediatez- da soporte a una decisión sobre la medida. Desde luego, no se trata de derecho penal en sentido estricto (como derecho de imposición de penas); pero el proceso penal aporta medios suficientes para una decisión adecuada en el ámbito de la prevención de peligros<sup>99</sup>. Por tanto, un sistema de doble -o de triple vía- no se contrapone, sino que más bien confirma la regla (en lenguaje descriptivo) de imputabilidad de los sujetos sometidos al derecho y, por tanto, susceptibles de la atribución de un ilícito penal.

#### 4. Imputabilidad y evitabilidad individual de la conducta

##### 4.1. Imputabilidad y “derecho de la subjetividad”

La imputabilidad como regla descansa sobre el “derecho de la subjetividad” (HEGEL) en sus facultades prácticas de comprensión y de razón, y la exclusión de la pena de los inimputables responde al hecho de que, con el autor, ya no puede tratarse como con un sujeto de razón<sup>100</sup>. En esa línea, había señalado ABEGG que “la imputabilidad constituye una parte tan esencial de la acción que ésta no existiría sin aquélla, y que es concordante con la capacidad de imputación”<sup>101</sup>; si el fundamento de la imputación es el reconocimiento y la exigencia de racionalidad del hombre, existe un derecho de éste a ser reconocido como ser racional<sup>102</sup>. Es por ello que constituye un error fundamental considerar la exclusión de la pena como un privilegio<sup>103</sup>; la imputabilidad es la cualificación del sujeto como sujeto moral y, por tanto, como centro de imputación jurídica.

La capacidad de imputación es, desde el punto de vista de HEGEL, momento constitutivo para la identidad personal, como autoconciencia, y también de libertad<sup>104</sup>, en tanto que la propiedad de

<sup>99</sup> Algo similar puede argumentarse respecto del sistema de menores, que en un proceso paralelo al penal en su estructura busca establecer “castigos pedagógicos”, en el sentido al que se había referido BERNER. Sobre este aspecto, cfr. PÉREZ DEL VALLE, «¿Derecho penal de menores como derecho penal?», *CPC*, (98), 2009, p. 102.

<sup>100</sup> KÖHLER, *Strafrecht*, AT, 1997, p. 380.

<sup>101</sup> ABEGG, *Lehrbuch*, 1836, p. 124.

<sup>102</sup> ABEGG, *Lehrbuch*, 1836, p. 125.

<sup>103</sup> KÖHLER, *Strafrecht-AT*, 1997, p. 380; cfr. HEGEL, *Grundlinien*, 1821, § 120, al indicar que, cuando recaen en el sujeto circunstancias como la locura, la idiocia o la menor edad, que anulan el entendimiento y la libertad de voluntad, “está permitido no considerar al actor de acuerdo con el honor de ser un pensante y una voluntad”.

<sup>104</sup> CASPERS (*Schuld im Kontext der Handlungslehre Hegels*, 2012, p. 239) sitúa la autoconciencia de HEGEL en la tradición de LOCKE, y cita en ese sentido la afirmación de que el hombre “se comprende en su autoconciencia como libre, toma posesión de sí mismo y en convierte en la propiedad de sí mismo frente a otros” (*Grundlinien*, 1821, § 57). En todo caso, no puede dejarse de lado que esta indicación, que aparece en la parte del “derecho abstracto”, se restringe a un concepto de persona en tanto sujeto responsable, y que en una adecuada comprensión de HEGEL, cabe diferenciar entre persona como sujeto responsable y persona como sujeto protegido en el derecho penal. Cfr. en ese sentido PÉREZ DEL VALLE, «La persona del derecho penal en la filosofía del derecho de Hegel», *Dogmática y ley penal-Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. 1, 2004, pp. 624 y ss., especialmente pp. 640-643. Esta interpretación no se ve afectada por el desarrollo de la idea de autoconciencia por parte de HEGEL en *Phänomenologie des Geistes*, 1807, pp. 233 y ss.; en realidad, aquí reconoce HEGEL que “el verdadero ser del hombre es su hecho” (p. 242) y la relación de causalidad como referencia de lo interno sobre “su” externo, como fundamento de las relaciones interpersonales (“Beziehung eines Ansichseienden auf ein anderes

capacidad de imputación vinculada a la persona constituye también el resultado de un proceso de formación individual y pertenece también a la esfera indisponible de la libertad personal<sup>105</sup>. No puede perderse de vista que MICHELET, partiendo de HEGEL, define la intersubjetividad como dependiente del reconocimiento recíproco de la libertad, que es además la forma de definición de la igualdad<sup>106</sup>: “todas las voluntades libres son el ser de mi libertad, y esto tiene lugar de modo recíproco”; y, “en la medida en que es reconocido por las otras personas como libre, (una persona) puede ser sujeto de derecho”, de tal modo que “la capacidad jurídica es el carácter general de toda persona”<sup>107</sup>. No obstante, no se trata simplemente de la capacidad jurídica abstracta, que es la misma capacidad que la del propietario; esto garantiza la igualdad<sup>108</sup>, pero no lo es todo. La determinación de quién puede ser sujeto de una pena -el sujeto “culpable”- depende también de qué es la pena y qué es el derecho penal: el derecho penal presupone la lesión directa e inmediata del derecho en una voluntad especial del infractor<sup>109</sup> y en el “derecho de la subjetividad” de HEGEL esto significa culpabilidad ética (en su dialéctica con la moralidad -Moralität- y en su movimiento hacia la eticidad -Sittlichkeit)<sup>110</sup>.

Imputabilidad es una característica que define, en ese sentido, el tipo de persona concreta que, en la sociedad civil<sup>111</sup>, es responsable en la medida que se apoya en un reconocimiento recíproco de culpabilidad ética<sup>112</sup>: por un lado, porque en ese ámbito se produce la concreción de la persona que era abstracta en persona concreta de la eticidad -sólo si es sujeto moral de la moralidad- y,

---

Ansichseiendes”), de tal modo que la autoconciencia no es definición de persona de forma general, sino de sujeto imputable.

<sup>105</sup> CASPERS, *Schuld im Kontext der Handlungslehre Hegels*, 2012, p. 241.

<sup>106</sup> En ese sentido, PÉREZ DEL VALLE, *Bacigalupo-Homenaje*, t. 1, 2004, pp. 630, 632. Esta vinculación con la igualdad es tan clara, que el subcapítulo siguiente al de “La persona” en MICHELET es el dedicado a la “Ilegitimidad de la esclavitud” (cfr. *Naturrecht*, v. 1, 1866, p. 144).

<sup>107</sup> MICHELET, *Naturrecht*, v. 1, 1866, pp. 142 y s. El punto de partida el § 36 de los *Grundlinien*, en el que HEGEL hace referencia a la personalidad en el derecho abstracto y a la capacidad jurídica, y en el que se contiene el conocido mandato -también explícito en MICHELET- del derecho (abstracto): “se una persona y respeta a los demás como personas”; también sobre la conexión entre persona en el derecho abstracto y capacidad jurídica, FLECHTHEIM, *Hegels Strafrechtstheorie*, 1975, p. 75. No obstante, una trivialización de esa expresión puede conducir a una confusión, frecuentemente vinculada a una lectura metodológicamente errónea de HEGEL, que deja de lado la distinción entre persona del derecho abstracto y persona en sentido concreto o especial (cfr. LARENZ, «Hegels Dialektik des Willens und das Problem der juristischen Persönlichkeit», *Logos*, (20), 1931, p. 211). un intento de desvelar alguno de estos errores, como la identificación entre persona del derecho abstracto con todo concepto de persona (como sujeto protegido en HEGEL), PÉREZ DEL VALLE, *Bacigalupo-Homenaje*, t. 1, 2004, pp. 639 y s.

<sup>108</sup> Sobre la base del concepto del derecho abstracto de HEGEL en la propiedad, cfr. PÉREZ DEL VALLE, *Bacigalupo-Homenaje*, t. 1, 2004, p. 630.

<sup>109</sup> HÄLSCHNER, «Die Lehre vom Unrecht und seinen verschiedenen Formen», *Gerichtssaal*, (21), 1869, pp. 94 y 111.

<sup>110</sup> En el sentido de la “eticidad” (Sittlichkeit), que constituye la tercera parte de la fundamentación del derecho en HEGEL, a la que se llega en la dialéctica entre el derecho abstracto (primera parte) y la moralidad (segunda parte). Sobre esta interpretación dialéctica, PÉREZ DEL VALLE, *Bacigalupo-Homenaje*, t. 1, 2004, p. 635.

<sup>111</sup> HEGEL, *Grundlinien*, 1821, § 182. La sociedad civil tiene su principio en personas concretas, que son personas en el “sistema de las necesidades”: la satisfacción de las necesidades a través del propio trabajo y del trabajo de los demás: *Grundlinien*, § 188 y ss. Se trata de la primera fase de la sociedad civil; la segunda es la realidad de la libertad, la protección de la propiedad a través de la administración de justicia o del derecho; y la tercera, la previsión de las contingencias latentes en todo sistema y el acometimiento del interés especial como común mediante la policía y la corporación. En un concepto dialéctico, persona no es ni la unidad formada por otras partículas como una cosa material, ni una unidad meramente pensada, sino una realidad, un centro de voluntad real y efectivo. Cfr. LARENZ, *Logos*, (20), 1931, p. 231, aunque desarrolla el concepto en relación con las personas jurídicas.

<sup>112</sup> Este reconocimiento recíproco es distinto de la intersubjetividad que se manifiesta en la persona del derecho abstracto, en el contrato como relación entre sujetos propietarios. Ahora se trata del reconocimiento recíproco entre individuos que conocen a su vez la identidad de sus propios intereses con el todo. Cfr. sobre esta cuestión, PÉREZ DEL VALLE, *Bacigalupo-Homenaje*, v. 1, 2004, p. 642.

por eso, en miembro de la sociedad civil; por otro, porque es en la sociedad civil donde la administración de justicia aparece institucionalizada<sup>113</sup>.

A mi juicio, esto puede explicarse sobre un fundamento moral de la culpabilidad penal: imputable es quien tiene la capacidad de imputación moral como dimensión subjetiva, en tanto que referida al sujeto de forma exclusiva<sup>114</sup>. Sin embargo, hay una clara separación entre la fundamentación y la exclusión<sup>115</sup>: la determinación de quién es inimputable en el derecho penal es de carácter normativo y constituye una valoración, cuyo método ha sido examinado en parte y cuyo efecto en el sistema de la teoría del delito ha de ser tratado más adelante<sup>116</sup>. Ahora es de interés, sin embargo, definir qué quiere decirse cuando se habla de imputabilidad y, sobre todo, cuál es la función que le corresponde en la elaboración teórica de la imputación penal. De hecho, en tanto la administración de justicia como institución ha de garantizar la imputación justa de hechos a los que la ley asigna penas, lo que interesa es en qué modo algunos sujetos pueden quedar excluidos de esta imputación.

En ese sentido, la administración de justicia requiere la definición de un tipo *-topos-* de persona que preserve la garantía de igualdad en la imposición de las penas, y éste se resuelve a través de un estándar de imputabilidad<sup>117</sup>. La especialidad de la persona concreta, desde luego, no puede ser totalmente englobada en un estándar; pero la generalidad del estándar se encuentra en las exigencias propias *-específicas-* que permiten la integración en la sociedad civil y su realización en la relación de vida y de trabajo con otros, en la dinámica de la satisfacción del sistema de necesidades<sup>118</sup>. Sólo se es persona responsable en la sociedad civil *-por tanto, responsable ante la*

<sup>113</sup>Cfr. sobre estos dos aspectos, KLESZEWski, *Die Rolle der Strafe in Hegels*, 1991, pp. 156 y ss. y 152 y ss., respectivamente.

<sup>114</sup> En ese sentido, la responsabilidad del sujeto no podría prescindir de su comportamiento pasado, de sus tendencias o de sus hábitos, pues de otro modo dejaría de ser genuinamente subjetiva. Sobre esta cuestión, y con algunas referencias a SCHOPENHAUER, en PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia en el derecho penal*, 2012, pp. 68 y ss.; cfr. sobre este punto, FEIJOO SÁNCHEZ, *InDret 2/2011*, pp. 5 y s. Un planteamiento crítico de la fundamentación de la bioética utilitarista en SCHOPENHAUER, tal como pretende formular BIRNBACHER, en PÉREZ DEL VALLE, «Bioética relativista ¿En la perspectiva de Schopenhauer?», en CAYUELA (dir.), *Path-ética. Paradoja del humano existir*, 2008, pp. 194 y ss.

<sup>115</sup> Cfr. por ejemplo en MERKEL, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1889, pp. 51 y ss.: las propiedades que determinan que un sujeto sea imputable son su “capacidad de discernimiento”, que consiste en la posibilidad de conocer los elementos concurrentes en el hecho, su carácter dañoso o peligroso y su oposición a las normas vigentes; y la “capacidad de disposición espiritual” que permite adecuar nuestra individualidad espiritual a este conocimiento; ambas capacidades fundamentan “el poder de la persona para hacerse valer en la vida social como un factor autónomo, eficaz según su propia medida”, constituyen lo que “nos hace responsables” y encierra en concepto de la “libertad en sí” como ausencia de obstáculos para el ejercicio de este poder”. Aunque no es idéntica la diferenciación, siempre se ha contemplado con claridad la diferencia entre la construcción de la categoría en sentido “positivo” y en sentido “negativo”, tal como expone BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, 2ª ed., 1999, pp. 49 y ss.

<sup>116</sup> En todo caso, esta separación entre dos niveles aparece, aunque en términos diferentes, pero en el que el más restringido es una normativización, en MICHELET, *Naturrecht*, v. 1, 1866, pp. 125 y s., en la distinción entre “Vorsatz” y “Absicht” en los términos de la moralidad de HEGEL (sobre la distinción entre uno y otro *-que, para evitar la coincidencia con el término técnico penal “dolo”, tradujo como “propósito” e “intención” en PÉREZ DEL VALLE, La imprudencia en el derecho penal, 2012, pp. 55 y ss.*). En la línea de HEGEL, diferencia MICHELET entre uno y otro nivel, de tal modo que los menores o locos carecerían de “intención” (*Absicht*). Y, en la línea de la regla: “prescindiendo de estas pocas excepciones, en general concurren propósito e intención” (p. 125).

<sup>117</sup> Este es el “lado abstracto de la libertad de la persona” al que se refiere en el § 532 de la *Enzyklopädie* 1830, cuando se indica que la administración de justicia sólo tiene necesidad de accionar “el lado abstracto de la libertad de la persona en la sociedad civil”. HEGEL no dice que deba accionarse la persona del derecho abstracto, sino que cuenta con el lado abstracto de la libertad que se integra en la sociedad civil.

<sup>118</sup> En este sentido, KLESZEWski, *Die Rolle der Strafe in Hegels*, 1991, pp. 156 y s.

administración de justicia- si se es imputable<sup>119</sup>; y sólo el comportamiento de personas imputables es susceptible de ser considerado en el marco de la sociedad civil, porque sólo en personas (responsables) de la sociedad civil depositan las demás personas de la sociedad civil su confianza<sup>120</sup>. En ese sentido, los hechos cometidos por quienes no son personas (responsables) en la sociedad civil no son imputables desde el punto de vista del derecho penal, porque la sociedad civil es competente para estos hechos en la medida que no reconoce a sus autores materiales (sujetos inimputables) responsabilidad y la asume para sí<sup>121</sup>. Imputabilidad es, en realidad, la sede normativa en la que se apoya la libertad en el sentido trascendente para el derecho penal o, en todo caso, su “metáfora”, utilizando las palabras de JAKOBS cuando reivindica reglas propias de determinación de responsabilidad (competencia) en el derecho penal<sup>122</sup>.

#### 4.2. La irrelevancia del inimputable en el juicio de imputación penal

En la perspectiva de un derecho que no renuncie a la función de orientación de comportamientos

<sup>119</sup> Esta afirmación no está vinculada con la dignidad para ser tratado como persona como sujeto de necesidades en la sociedad civil, porque, como se ha de ver posteriormente con más detalle, HEGEL piensa que la enfermedad mental no es “pérdida abstracta de la razón”, sino “contradicción concreta” en el sujeto (HEGEL, *Enzyklopädie* 1830, § 408).

<sup>120</sup> Cfr. HEGEL en *Enzyklopädie* 1817, § 432. En una perspectiva totalmente distinta, pero en las conclusiones coincidente en algunos aspectos, el psiquiatra suizo Auguste FOREL: “el concepto de capacidad de imputación exige una comunidad solidaria de seres iguales y con iguales derechos” (*Ueber Zurechnungsfähigkeit des normalen Menschen*, 1907, p. 14). El planteamiento de FOREL alude a la imputabilidad como un concepto relativo vinculado a la capacidad de adaptación del sujeto (p. 13).

<sup>121</sup> Es el caso de los menores, los locos y los idiotas, que HEGEL considera en la exclusión (también en la disminución, aunque este aspecto ya ha sido tratado) del “derecho del sujeto a conocer la acción en la definición del bien o del mal, de lo legal o lo ilegal” (*Grundlinien*, 1821, § 132: el derecho de la voluntad subjetiva), pero que también refiere antes, en el “derecho de la intención” HEGEL, *Grundlinien*, 1821, § 120) indicando precisamente la expresión “Zurechnungsfähigkeit” (capacidad de imputación, imputabilidad). Se trata, desde luego, de una exclusión inicial en el derecho abstracto que supone, simplemente, que los sujetos acceden a serlo –a ser voluntad “para sí” en la forma de la moralidad (Moralität)- de acuerdo con el orden familiar configurado como eticidad (Sittlichkeit); en otros casos –los locos o los idiotas- la única diferencia aparece en que no hay posibilidad de cambio. Una dificultad representaría la forma de resolver los casos de sujetos que, previsiblemente, no van a ser personas y es lógico pensar en que el control de los locos o de los idiotas compete en un primer término a la familia –lo que parece claro en el caso de los menores- (la competencia primaria de la familia respecto a los no libres, y las posibilidades de tutela e internamiento con carácter subsidiario es afirmada por KLESCZEWSKI, *Die Rolle der Strafe in Hegels*, 1991, p. 325 y ss) pero en todo caso –sea subsidiaria o no- corresponde en última instancia a la institución de la policía. HEGEL (*Grundlinien*, 1821, § 232) se refiere a las competencias de la policía, fuera de las que corresponden a los tribunales, referidas al delito. Sobre esta cuestión, PÉREZ DEL VALLE, *Bacigalupo-Homenaje*, v. 1, 2004, p. 638. En cualquier modo, HEGEL trata la enfermedad mental de modo ciertamente complejo hablando de la demencia como “una contradicción de su (del sujeto) totalidad sistemática en su consciencia (Bewußtsein) y de la especial y no fluida certeza, ni integrada ni subordinada” (*Enzyklopädie* 1830, § 408); en realidad, es una definición de la enfermedad mental como enfermedad (cfr. la consideración general de la enfermedad como conflicto de los sistemas u órganos con la potencia inorgánica que domina frente a la actividad del todo, en *Enzyklopädie* 1830, § 371) y, por ello, como contradicción concreta de la consciencia particular con la general. La enfermedad mental no es “pérdida abstracta –es decir, total- de la salud (esto sería la muerte), sino una contradicción con ella”; no es una “pérdida abstracta de la razón ni del lado de la inteligencia, ni del de la voluntad, y de su imputabilidad”, sino sólo “contradicción de la razón que todavía existe”, pues sólo así puede entenderse también un tratamiento psiquiátrico o psicológico (cfr. *Enzyklopädie* 1830, § 408, en las notas explicativas finales).

<sup>122</sup> JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 66. No obstante, en el texto se evita la oposición entre naturaleza y sentido, a la que alude reiteradamente JAKOBS; no comparto los presupuestos metodológicos ni filosóficos, necesariamente dualistas, que requiere aceptar la polarización entre estas dos expresiones, a la que, por otra parte no se le puede negar una excelente capacidad de transmisión de lo que quiere decirse (cfr., por ejemplo, JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 59, nota 110). Sobre la libertad como “metáfora”, es interesante la utilización del concepto clásico de libertad como ausencia de obstáculos, al que ya me he referido, que utiliza MERKEL, *Lehrbuch*, 1889, p. 52,

debe discutirse entonces la posibilidad de que el derecho motive la conducta de un inimputable, pues, para él, no hay imputación penal de infracciones del derecho en sentido estricto<sup>123</sup>. La medida de seguridad, para el inimputable, implica una restricción de derechos -el inimputable no es persona responsable, pero sí persona protegida en la sociedad civil<sup>124</sup>- y esta restricción requiere un marco racional en la prevención de peligros que, en el sistema vigente, proporciona la atribución del hecho; pero es obvio que entonces se puede plantear la cuestión en la perspectiva de la función del derecho penal en ese mismo marco de orientación de conductas.

La cuestión afecta, por tanto, a la teoría de las normas, y, tal como lo ha expuesto PAWLIK<sup>125</sup>, había sido planteada en el debate entre Adolf MERKEL y JHERING<sup>126</sup> y, sobre todo, en las explicaciones ulteriores de THON y BINDING en torno a la posibilidad de un ilícito no culpable en el derecho penal: si, como afirmaba THON, éste fuese posible, no cabría duda de que deberían estar vigentes las normas tanto para los incapaces de acción como para los capaces de acción<sup>127</sup> y, por tanto, que se podría hablar de una acción de inimputables en el derecho penal, en la medida que existiría para todo el derecho<sup>128</sup>. La formulación de BINDING era sustancialmente distinta y decidida a

<sup>123</sup> Tajante y, a mi juicio -aunque en una perspectiva distinta en la explicación de la teoría de las normas- con acierto, MOLINA FERNÁNDEZ: "Frente a aquellos sujetos a los que la norma primaria, apoyada en la secundaria, no puede alcanzar, y que además presentan un pronóstico de peligrosidad criminal, la sociedad se defiende mediante medidas de seguridad, cuya imposición constituye el contenido de normas dirigidas a órganos de la administración de justicia" (*Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, Parte Segunda-Presupuestos de un sistema alternativo, p. 22).

<sup>124</sup> Sobre la distinción entre persona responsable y persona protegida en la sociedad civil en HEGEL, cfr. nota 121 y, más extensamente, en PÉREZ DEL VALLE, *Bacigalupo-Homenaje*, v. 1, 2004, pp. 640 y ss.

<sup>125</sup> PAWLIK, «Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter»? Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht», en DANNECKER (ed.), *Festschrift für Harro Otto* 2007, pp. 144 y ss.

<sup>126</sup> MERKEL (*Kriminalistische Abhandlungen I- Zur Lehre von der Grundeintheilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen*, 1867, en particular su posición en pp. 32 y ss.; especialmente claro en pp. 42-45) había defendido, sobre unos presupuestos propios de la tradición hegeliana (cfr. PAWLIK, *FS-Otto*, 2007, p. 144), la unidad de la ilicitud civil y penal -desvinculándose de las diferenciaciones que sostenían en aquellos momentos los autores hegelianos- y la fundamentación subjetiva de la ilicitud penal; JHERING había explicado, a partir del ejemplo del poseedor de buena fe, la existencia de un ilícito objetivo frente al ilícito subjetivo que representa un hurto (*Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, 1867, pp. 4 y ss., especialmente con referencia a MERKEL en p. 5, nota 2); sobre el planteamiento del efecto de este planteamiento de JHERING en la teoría del delito, cfr. PÉREZ DEL VALLE, *Estudios sobre los fundamentos del derecho penal*, 2007, p. 99, nota 256; JHERING reconoce que valora la ilicitud "no según su causa, sino su efecto; no según el momento en la persona del autor, sino desde el punto de vista del lesionado" (*Das Schuldmoment*, 1867, p. 9). Sobre la situación anterior así como sobre la discusión es fundamental la lectura de MOLINA FERNÁNDEZ (*Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, Parte Primera, en el apartado dedicado a "El injusto objetivo civil y la distinción de clases de injusto"), aunque es claro que una parte de su visión crítica -sobre todo, de los autores hegelianos- no es aquí compartida.

<sup>127</sup> THON (*Rechtsnorm und subjectives Recht: Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, 1878), frente a MERKEL y a BINDING, mantiene que "el ordenamiento jurídico muestra deberes de los inimputables" (p. 92) y que "las normas están tan vigentes para los sujetos incapaces como para los capaces de acción" (p. 95), tal como resalta PAWLIK (*FS-Otto*, 2007, p. 146). No obstante, el concepto de culpabilidad de THON, basado en la idea de imperativos en la que basa el derecho, es la "determinación al tipo de comportamiento constitutivo de la infracción de la norma (p. 78); de ahí que le resulte necesario explicar que el principio de acuerdo con el cuál no es posible penar -y aquí especifica la extensión a la imposición de la sentencia y a la ejecución de la pena (p. 82 y ss.)- no puede extenderse a todo tipo de consecuencias jurídicas, cuando éstas persiguen fines distintos de la pena (p. 84).

<sup>128</sup> Contundente respecto al tema del destinatario de la norma, PAWLIK: si se acepta el presupuesto de Adolf MERKEL en el sentido de que el derecho sea "síntesis de derechos y deberes" y, por ello, de la unidad objetiva del derecho, es necesario responder de una forma distinta a MERKEL la cuestión del destinatario de la norma, como hace THON (PAWLIK, *FS-Otto*, 2007, p. 145; THON, en *Rechtsnorm und subjectives Recht*, 1878, pp. 76 y ss., sobre la diferenciación de las consecuencias de la infracción para culpables y no culpables; véase especialmente sobre la inimputabilidad en pp. 82-84). La consecuencia que se indica para el derecho penal parece entonces evidente: en la unidad de un derecho que dirige sus normas también a inimputables, el derecho penal no puede dejar fuera de su atención las acciones de éstos. Hasta aquí lo que interesa fundamentalmente en el texto; me limito a citar

negar que las normas puedan dirigirse a quienes -los inimputables, en tanto incapaces de acción- carecen de la capacidad de vincularse por el deber de obediencia en un sentido estrictamente personal<sup>129</sup>; de hecho, aunque pudieran reconocerse ciertos deberes a los incapaces de acción, estos no corresponderían en realidad a una norma<sup>130</sup>. La obediencia a la norma, entendida como “subordinación de la voluntad a otro reconocido como autoridad sobre la base del motivo del deber” y, por tanto, en el sentido del derecho penal, sólo sería posible en sujetos capaces<sup>131</sup>. Esta tesis, reformulada en los últimos tiempos por LESCH<sup>132</sup>, puede ser mantenida en el sentido desarrollado hasta ahora<sup>133</sup>: precisamente la razón por la que el inimputable no está sujeto a la imputación penal como persona responsable en la sociedad civil es porque, como ya se ha dicho, sólo en personas (responsables) de la sociedad civil depositan las demás personas de la sociedad civil su confianza<sup>134</sup>.

En las líneas precedentes creo haber resuelto algunas cuestiones que podrían formularse desde el punto de vista de la conformación de un derecho penal de doble o triple vía. Pero desde luego quedarían objeciones que resultarían de una concreción de la teoría de las normas. En ese sentido, es de especial interés una reflexión de SILVA SÁNCHEZ, al indicar que, cuando la conducta lesiva del inimputable se realiza en un contexto de estado de necesidad o de legítima defensa, “se

---

ahora, por su interés, las consideraciones que, sobre la tesis de THON, introduce en la doctrina española MOLINA FERNÁNDEZ, sobre la idea de la “cadena normativa” que desarrolla; MOLINA FERNÁNDEZ reconoce, no obstante, que la teoría de las normas de THON tuvo una incidencia menor precisamente porque -como había indicado MERKEL- reconoce un injusto objetivo incompatible con el punto de partida (cfr. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, Parte Segunda-Presupuestos de un sistema alternativo, p. 9, y nota 18).

<sup>129</sup>BINDING “emprende otro camino” (PAWLIK, *FS-Otto*, 2007, p. 146, sobre la base de las afirmaciones de la 3ª edición de *Die Normen und ihre Übertretung*, v. I; las citas posteriores que incluyo lo son de la 4ª edición), que se apoya, ante todo, en la afirmación de un “deber de obediencia estrictamente personal” al que responde el concepto de “Botmässigkeit” (*Die Normen und ihre Übertretung*, v. I, 4ª ed., 1922, p. 99), que por ello implica un sometimiento personal a la norma. También sobre esta cuestión, BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, 2ª ed., 1999, pp. 65 y s.

<sup>130</sup>“Las proposiciones jurídicas que, en esta forma, se dirigen también a incapaces de acción, no pueden ser contempladas como norma en todas sus dimensiones” (BINDING, *Die Normen*, v.I, 4ª ed., 1922, p. 99, nota 2): el ejemplo en el texto de estos deberes que señala en el texto es el deber de pago en las aduanas, que puede ser cumplido por terceros; el ejemplo, en la nota al pie, de norma en sentido pleno, de la que se deriva un deber de obediencia personal no dirigido a incapaces, es la prohibición del homicidio. Esta confusión consiste en una “incorrecta identificación de deber jurídico y obediencia al derecho” (*loc.cit.*). La discrepancia de BINDING con el concepto de norma de THON es radical, porque “todas las proposiciones jurídicas no son normas” (BINDING, en la recensión al libro de THON en *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, v. 21, 1879, p. 556).

<sup>131</sup>BINDING, *Die Normen*, v. I, 4ª ed., 1922, pp. 99-100; el “ilícito no culpable del que habla THON es, por tanto, consecuencia de la confusión a la que se ha aludido antes y una *petitio principii*” (*loc.cit.*, nota 2).

<sup>132</sup>PAWLIK, *FS-Otto*, 2007, p. 146. No muy lejos de esta visión considero la formulación de MOLINA FERNÁNDEZ, aunque ciertamente con una explicación diferente en su visión de las normas; en lo que aquí interesa, muy particularmente, la afirmación de que las normas relativas -decisivo: no dirigidas- a sujetos inimputables, que imponen la aplicación de medidas de seguridad a los órganos de administración de justicia, y que se sitúan entre las normas que prevén la imposición de medidas de seguridad muy que tienen como misión dificultar o impedir la actividad lesiva ajena (*Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, Parte Segunda-Presupuestos de un sistema alternativo, p. 19 y ss.), evidentemente en el futuro (especialmente p. 22).

<sup>133</sup>LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, 1999, pp. 213 y ss., y especialmente pp. 217-221: la cognoscibilidad de la contradicción a la norma como exigencia de la ilicitud penal.

<sup>134</sup>Cfr. HEGEL en *Enzyklopädie*, 1817, § 432. Una precisión en la que ahora no es posible profundizar: el hecho de que todas las personas de la sociedad civil puedan depositar su confianza únicamente en las personas consideradas como *personas responsables* muestra un aspecto poco ajustado a un planteamiento contractualista, en el que la obligación del cumplimiento del pacto social (*pacta sunt servanda*) únicamente obliga de forma recíproca a quienes son capaces de obligarse en el pacto.

introduce un elemento de sentido que, en general, excluirá la respuesta cognitiva a su hecho”<sup>135</sup>. En otras palabras y sobre el mismo ejemplo: una medida de seguridad, en tanto constituye una respuesta de prevención de peligros, carecería de sentido si el hecho cometido por un menor lo ha sido al amparo de una causa de justificación, que indica el hecho como lícito. La dificultad no es en absoluto irrelevante, porque es conforme con el desarrollo del sistema; pero, sobre todo, porque podría mostrar una debilidad en el planteamiento que, hasta ahora, intento mantener.

No obstante, creo necesario subrayar que el derecho de prevención de peligros derivados de sujetos inimputables no es una facultad exclusiva de jueces con competencia penal y prevista en la misma legislación penal codificada. No sólo el derecho de protección de menores, sino también la legislación civil que regula las incapacitaciones y, por tanto, la imposición de medidas como el internamiento del sujeto incapaz, son instrumentos del derecho en la prevención de estos peligros. Y, especialmente en los casos de la legislación civil sobre incapacitación, los mecanismos de prevención de riesgos pueden ser activados sin que se considere cuál fue el hecho que reveló aquella peligrosidad y si éste podía o no resultar justificado en términos de la dogmática penal. Un ejemplo: un enfermo que padece una grave esquizofrenia no diagnosticada hasta el momento se defiende de una agresión de otra persona cuando era posible la huida segura y la acción de defensa entrañaba serios riesgos para el propio sujeto que se defendía; durante la investigación se descubre la existencia de la enfermedad y que es precisamente la enfermedad lo que ha provocado que, en la defensa, se enfrentase a este riesgo extraordinario para sí mismo y para terceros. A la vista de algunos hechos precedentes que no son enjuiciados en el caso y de la irracionalidad extrema que supuso la acción de defensa peligrosa para el mismo sujeto, se considera, por los mismos especialistas que han descubierto la enfermedad, la necesidad de un internamiento. Es evidente que la medida de prevención de peligros no sería impuesta por un juez penal en el sistema español, y que sería el fiscal quien debería solicitar, en ese caso, una incapacitación civil que permitiera el internamiento<sup>136</sup>. En el caso de un niño no sujeto al derecho penal de menores, podría presentarse algo similar: si un niño de 12 años de edad (no sujeto, por tanto, a la legislación sobre la “responsabilidad penal del menor”), que se defiende de forma legítima de la agresión de un tercero adulto, y lo hace usando un arma de fuego que está a su alcance habitualmente y que puede utilizar sin control de su entorno familiar (cuya dejación en

---

<sup>135</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones en derecho penal*, 2003, p. 62.

<sup>136</sup> A mi juicio, el Ministerio Fiscal debería instar, si no lo hiciese otra persona legitimada, la incapacitación y el internamiento, de acuerdo con la previsión del art. 757.2 LECiv. No sólo el internamiento acordado por el juez y vinculado a la incapacitación civil, sino la misma declaración de incapacidad es derecho de prevención de peligros para el mismo sujeto o para terceros, y para el patrimonio de aquél y de éstos. El art. 200 CCiv indica que “son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma”; la legitimación del Ministerio Fiscal se presenta como un elemento que evidencia la finalidad de protección de riesgos: precisamente su posición subsidiaria (cuando no es promovida la declaración por el mismo sujeto o su entorno familiar, tal como establece el art. 757.2 LECiv), así como el hecho de que sea el cauce ordinario para la comunicación de los hechos que la motiven, tanto para cualquier ciudadano como para las autoridades y funcionarios públicos (art. 757.3 LECiv), sin que para ello suponga un obstáculo que el Ministerio Fiscal, en determinados casos, pueda desempeñar la defensa (art. 758.II LECiv): en aquellos casos actúa en defensa del interés público y en éste en defensa de los derechos del sujeto que queda sin amparo (cfr. arts. 2 y 3.3, 6 y 7 del Estatuto del Ministerio Fiscal). Una confirmación es la propia STC 132/2010 de 2 diciembre, que declara inconstitucional la previsión de internamiento forzoso del art. 763 LECiv porque no ha respetado la exigencia de ley orgánica; pese a ello, “no debe anudarse en este caso la declaración de nulidad pues ésta última crearía un vacío en el ordenamiento jurídico no deseable, máxime no habiéndose cuestionado su contenido material” (FJ 3): lo que convierte la previsión de internamiento forzoso en imprescindible es la conjuración de los riesgos que implica el trastorno psíquico.

este aspecto es evidente), no sería imposible una medida de seguridad que impidiera o restringiera el contacto del menor con aquel entorno familiar peligrosos (acceso a armas de fuego, ausencia de control de los padres).

En los ejemplos indicados, que afectan a sujetos inimputables, el hecho en sí mismo no puede ser sino "sintomático" -pero un síntoma más- de las necesidades de prevención especial<sup>137</sup>: el hecho es sólo un factor que ha revelado, a quien ejerce la autoridad del derecho de prevención de peligros, la necesidad de indagar sobre el sujeto como foco de riesgo social cuyo control requiere del ejercicio del poder público, pero no limita a la autoridad en la indagación de factores diferentes del comportamiento concreto, e incluso del autor o su personalidad, como el entorno educativo y social<sup>138</sup>. La duda quedaría entonces en torno a otros casos de sujetos inimputables en los que este criterio podría ser discutido, de tal modo que la aplicación de todo el acervo de lo injusto requeriría, entonces, suprimir cualquier tipo de reacción respecto a hechos justificados. El caso paradigmático sería el derecho penal juvenil, en el que no parece posible aplicar una medida de seguridad cuando se han dado las bases para admitir una causa de justificación. Sin embargo, esta afirmación puede ser cuestionada: si, como he defendido hasta ahora, los hechos cometidos por inimputables -por tanto, también por menores- son ámbitos reservados al derecho de policía (de prevención de peligros) y excluidos del derecho penal, no tendría por qué descartarse la posibilidad de imponer medidas en casos de hechos no antijurídicos, pero que han revelado un cierto peligro en el autor. Si el ejemplo anterior del menor de 12 años se transformase en el de un joven de 15 años de edad, y el hecho revelase una cierta tendencia violenta del menor que pudiera ser corregida, la causa de justificación no debería impedir, en mi opinión, la imposición de medidas de corrección<sup>139</sup>. En otras palabras: aunque *de lege lata* el derecho positivo no estableciera estos límites, no sería imposible pensar *de lege ferenda* en una norma que fijase, en los casos de concurrencia de causas de justificación, efectos más restringidos en la exclusión de medidas de seguridad, cuando éstas -como sucede en el caso de los menores o de enfermos mentales- tienen un carácter también tutelar. Este carácter tutelar se muestra en aquellos casos en los que la exclusión del derecho penal entraña ausencia de competencia del sujeto para el hecho y, por ello, competencia de la comunidad política.

---

<sup>137</sup> De hecho, SILVA SÁNCHEZ, a mi juicio con acierto, trae a colación el concepto sintomático de acción de TESAR como muestra de una necesaria diferencia de tratamiento de la imposición de penas en una -las penas- y otra -las medidas de seguridad- perspectiva (cfr. *Normas y acciones en derecho penal*, 2003, p. 62); sin embargo, creo que el planteamiento de TESAR refuerza las conclusiones que mantengo en el texto. En efecto, TESAR otorga a la conducta externa del hombre la significación diagnóstica de su dimensión psíquica (*Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens*, 1907, p. 199); pero, precisamente en un derecho penal de prevención especial, muestra que la prevención de peligros actúa de una forma diferente también en un orden metodológico (p. 238).

<sup>138</sup> La razón por la que en el caso en que un enfermo mental es juzgado en un proceso ante un juez penal y esto no sucede en el caso de los menores se encuentra, a mi juicio, no sólo en razones positivas que se han expuesto antes (la conveniencia de la indagación del hecho en relación con la medida y la complejidad de la decisión del juez sobre la inimputabilidad); también puede entenderse que la especial finalidad del proceso de menores y de las medidas en él impuestas pudiera verse frustrada por el sometimiento a un proceso penal (por ejemplo: junto con coimputados mayores de edad).

<sup>139</sup> Cfr. en ese sentido mi opinión sobre el sistema de responsabilidad penal del menor en PÉREZ DEL VALLE, *CPC*, (98), 2009, pp. 105 y ss., y en p. 109 sobre la necesidad de educación de un menor que actúa en un error de prohibición inevitable. Es obvio que la imposibilidad de imponer una medida en estos casos es contradictorio con el "interés del menor"; me limito a presentar, como hipótesis, el caso en que este menor con impulsos violentos - que podrían haberse corregido con un tratamiento ambulatorio al amparo de la legislación de menores- les dé rienda suelta después de la mayoría de edad y ello le llevase a ingresar en prisión.



### 4.3. Conclusión: lo individualmente evitable de la imputabilidad como presupuesto

De lo expuesto hasta ahora se desprende que la imputabilidad, entendida como capacidad de imputación, es una exigencia cualitativa en una decisión normativa no sujeta a cuantificación (epígrafe 2); en ese sentido, puede atribuirse por regla (epígrafe 3) como la característica que define el tipo de persona concreta que, en la sociedad civil, es responsable y en la medida que se apoya en un reconocimiento recíproco de culpabilidad ética (epígrafe 4.1), destinataria de las normas cuya infracción sanciona el derecho penal (epígrafe 4.2).

Una acción -en un sentido amplio, y también por ello una omisión- es significativa para el derecho penal sólo si puede ser imputada a sujetos responsables en el marco de la sociedad civil y, por ello, por la comunidad política, porque sólo éstos son sujetos de deber en la perspectiva del derecho penal; en una visión funcional: el inimputable defrauda en todo caso expectativas cognitivas, pero en ninguna forma expectativas normativamente garantizadas<sup>140</sup>. El comportamiento del inimputable es, en esta dimensión del derecho penal y respecto a la aplicación de sus consecuencias, análogo a la "naturaleza"<sup>141</sup>. En ese sentido puede afirmarse que la imputabilidad es una exigencia del ilícito penal: en una formulación dialéctica que ha avanzado LESCH, el deber ser abstracto es la tesis; en el proceso de imputación, se contrapone como antítesis la imputabilidad, de tal modo que, en un tercer paso, resulta como síntesis el deber ser concreto<sup>142</sup>, y del mismo modo se puede proceder si se habla de lo ilícito<sup>143</sup>. La relación entre los tres términos es complementaria: el paso del deber concreto al deber abstracto requiere la supresión lógica del término que constituye la antítesis y, por tanto, de la imputabilidad.

En ese sentido, es necesario tener en cuenta que el concepto de imputabilidad se debe en lo fundamental a que el juicio de imputación depende de categorías morales que adquieren en el

<sup>140</sup> Cfr. LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, 1999, p. 217; en palabras de KINDHÄUSER: "la capacidad de reconocimiento efectivo de la norma efectivo limita las expectativas de los co-sujetos" (*Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 35).

<sup>141</sup> Cfr. JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 63 y ss. Esta referencia a la "naturaleza" no implica, como he señalado anteriormente (nota al pie 122) que yo asuma una visión dualista; pero los sucesos naturales no comportan responsabilidad y, cuando el sujeto se comporta "sin capacidad de control", lo hace de forma análoga a la naturaleza y, por tanto, no es sujeto del derecho penal. La analogía aparece con claridad en MICHELET, *Das System der philosophischen Moral*, 1828, p. 43, cuando afirma que niños y animales pueden actuar espontáneamente, y sigue aquí de nuevo a ARISTÓTELES. Sobre la influencia de ARISTÓTELES en MICHELET, véase las referencias en el apartado 1 y en las notas 22, 32 o 33. La interpretación de LESCH (*Der Verbrechensbegriff*, 1999, p. 222 y nota 41: los animales pueden actuar culpablemente, pero no dolosamente) no me parece acertada: no habla de dolo ARISTÓTELES, sino de "acciones impulsivas, pero no elegidas" a las que "llamamos voluntarias"; "de lo voluntario participan también los niños y los otros animales, pero no de la elección" (*Ética Nicomaquea*, III.2, 1111b). Lo consustancial al sujeto de imputación moral es precisamente la elección; para ARISTÓTELES, "quizá deba llamarse objeto de deliberación no aquello sobre lo cual podría deliberar un necio o un loco, sino aquello sobre lo cual deliberaría un hombre de juicio" y por eso "los niños" o los "locos y los necios" (se entiende que de una forma grave), como los "otros animales", no serían sujetos de imputación (*Ética Nicomaquea*, III.3, 1112a). Por tanto, un juicio analógico que afecta sólo al aspecto al que se refiere la analogía (impulso sin elección) y no a una derivación posterior (sujeto de imputación).

<sup>142</sup> LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, 1999, p. 220. Ciertamente, ya Armin KAUFMANN había indicado que aunque las normas se dirigiesen a todos, ello no significaba que todos estuviesen obligados; y que las normas generales sólo estaban dirigidas a quien es capaz de acción. Cfr. *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie: Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, 1954, respectivamente p. 132 y p. 139.

<sup>143</sup> LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, 1999, p. 221.

derecho una significación analógica<sup>144</sup>, aunque fundada en la realidad moral a la que se refiere la analogía<sup>145</sup>. Una demostración de que esto es así es que, incluso en el derecho penal, la analogía respecto al juicio moral aparece también en sentido positivo, y se atribuye una obra -o sus consecuencias- a su autor no sólo en un sentido negativo: así sucede con las consecuencias positivas para la pena de actos de reconocimiento de vigencia de la norma<sup>146</sup>. Precisamente por ello, cuando el derecho penal -porque ésta es su función- fija sus ojos en las “malas” conductas<sup>147</sup>, debe dejar fuera a quienes carecen de la competencia para responder y asumir la responsabilidad que, en ese ámbito, corresponde a la comunidad política.

En efecto, sólo son relevantes en el derecho penal los comportamientos en los que la norma jurídica podía ser el motivo dominante, y ello depende de la capacidad individual de control de la conducta<sup>148</sup>. El inimputable lo es porque normativamente no se le reconoce esta capacidad; el juicio normativo indica que, en los casos de inimputabilidad, no hay garantía de que las normas puedan actuar como motivación dominante, en la medida que no se reconoce “potencialidad de juicio sobre lo ilícito”<sup>149</sup>. Por eso, en la perspectiva de la pena, el comportamiento del inimputable carece de interés porque no es individualmente evitable<sup>150</sup>; o, mejor dicho: porque la “evitabilidad individual” del comportamiento de un inimputable no es la evitabilidad individual que permite definir comportamientos relevantes desde el punto de vista del derecho penal.

Esto demuestra, además, que la separación entre capacidad de acción y capacidad de culpabilidad carece de sentido, como también la diferenciación entre ausencia de comportamientos relevantes para el derecho penal y de sujetos inimputables. La primera diferenciación constituía uno de los argumentos básicos de RADBRUCH: al resaltar una cierta falta de claridad en los hegelianos a la hora de situar la imputabilidad en relación con el concepto de acción, señala que algunos *incorrectamente* fijan la inimputabilidad como una exigencia de la

<sup>144</sup> Es cierto que imputabilidad implica tanto capacidad física como psíquica de seguimiento de las normas (LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, 1999, p. 221); pero en ambos casos la razón es si se puede hablar del sujeto moral de la imputación.

<sup>145</sup> Cfr. en relación con la culpabilidad de voluntad como “subconcepto sistemático de la imputación subjetiva”, KÖHLER, *Strafrecht, AT*, 1997, p. 349: *voluntarium peccatum* como negación consciente de la máxima jurídica de comportamiento, propia del derecho penal, frente a la coacción de equilibrio o de evitación de riesgos propia del derecho civil o del derecho administrativo. En todo caso, me refiero exclusivamente ahora al aspecto analógico; sobre la culpabilidad del menor como culpabilidad moral que excluye la atribución de competencia en el derecho penal, en PÉREZ DEL VALLE, *CPC*, (98), 2009, pp. 118-121.

<sup>146</sup> Cfr. HRUSCHKA/JOERDEN, «Supererogation: Vom deontologischen Sechseck zum deontologischen Zehneck. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Grundlagenforschung», *ASRSP*, (73), 1987, pp. 93 y ss. Cfr. también SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones en derecho penal*, 2003, p. 61, en relación con comportamientos de reconocimiento de la norma en el derecho penal; es de especial interés la referencia al desistimiento voluntario como acción para el derecho penal. La cuestión, en relación con la tesis desarrollada en el texto, sería si el comportamiento de un inimputable puede ser considerada de reconocimiento de la norma en sentido estricto. A mi juicio, no es posible: incluso un reconocimiento de vigencia de la norma de un menor sujeto al derecho penal juvenil debe valorarse como elemento desde el punto de vista de las finalidades de prevención especial y, por tanto y en todo caso, como una menor necesidad de reeducación del menor.

<sup>147</sup> KÖHLER, *Strafrecht, AT*, 1997, p. 348; *a sensu contrario*, destaca este aspecto JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 2ª ed., 1991, 6/2.

<sup>148</sup> JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 2ª ed., 1991, 6/24; sobre la inimputabilidad como “incapacidad de control”, KÖHLER, *Strafrecht, AT*, 1997, p. 375.

<sup>149</sup> En ese sentido, KÖHLER (*Strafrecht, AT*, 1997, p. 37) se refiere a la “potencialidad y actualidad de juicio sobre lo ilícito”; evidentemente, lo que define al sujeto inimputable es la falta de potencialidad.

<sup>150</sup> Sobre la exigencia de la evitabilidad individual en conductas relevantes para el derecho penal, cfr. JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 2ª ed., 1991, 6/27.

acción y, por ello, requisito para el dolo o la imprudencia; mientras que otros, *con razón*, la ubican como exigencia de la punibilidad y, por ello, requisito de su relevancia jurídica, pues acción e imputación no coinciden en su alcance<sup>151</sup>. Más tarde, RADBRUCH destaca la distinción entre la inimputabilidad de personalidades anormales y las personalidades normales que actúan de una forma inimputable por lo ajeno que el hecho resulta a la personalidad<sup>152</sup>; de ahí que pueda afirmarse que “la imputabilidad, funcionalmente, no es una unidad y, por ello, en un sistema teleológico, no puede definirse su posición de una forma unívoca”<sup>153</sup>.

Desde luego, este planteamiento tiene un origen preventivo, fundamentalmente de prevención especial: las diferentes necesidades de prevención especial de uno y otro grupo; pero MEZGER, de quien es deudora la distinción, niega la separación entre capacidad de pena y capacidad de imputación, porque capacidad de imputación es capacidad de culpabilidad; en uno u otro caso (personalidades ajenas al hecho y personalidades anormales) se está hablando de incapacidad para una comprensión correcta de la esencia del ordenamiento<sup>154</sup>. En realidad, y en la perspectiva en la que hasta ahora he apoyado mis conclusiones, el planteamiento de la prevención especial es irrelevante: la forma en la que la sociedad civil resuelve conflictos y previene peligros de quienes no considera responsables es indiferente en la perspectiva estricta del derecho penal; lo importante es que no es un sujeto de imputación. Entre el sujeto hipnotizado -de forma no prevista ni previsible; por tanto, con exclusión de los casos de *actio libera in causa*- y el esquizofrénico hay una diferencia desde el punto de vista de la prevención; el derecho penal sólo se interesa por la responsabilidad de quien debía haber controlado los riesgos de uno y otro. Más allá, sólo interesa, en su caso, el derecho de policía para el control de peligros que suponga la práctica de la hipnosis o las necesidades de vigilancia de un esquizofrénico; y, en ambos casos, la reparación (justicia conmutativa), en su caso, a través de normas que establezcan la asignación (justicia distributiva) de parcelas en el cumplimiento de esta obligación.

En una perspectiva sistemática, la cuestión no es demasiado compleja, pues coincide con una visión que ya había sido frecuente en el XIX y defendida desde un punto de vista teórico por autores hegelianos a los que se ha hecho referencia frecuente: quien no tiene la capacidad de ser destinatario de un deber con relevancia en el derecho penal, no puede ser sujeto de imputación,

<sup>151</sup> RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff*, 1904, p. 97 (la cursiva es mía). Es interesante, en este sentido, como ya en 1966 BACIGALUPO, precisamente en el intento de separar el dolo de la conciencia de la antijuricidad al desarrollar la teoría de la participación, no se limitaba al concepto genérico de culpabilidad, sino que incidía especialmente en las relaciones entre dolo e imputabilidad (cfr. en «Culpabilidad, dolo y participación», recogido en *La renovación de la dogmática penal*, 2011, pp. 53 y ss.).

<sup>152</sup> RADBRUCH, «Zur Systematik der Verbrechenslehre», en HEGLER (ed.), *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, v. 1, 1930, p. 169. Se apoya en la diferenciación que aparece en MEZGER, *Persönlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, 1926, p. 15. MEZGER es consciente de la dificultad que supone el concepto de “hechos extraños a la personalidad” (persönlichkeitsfremder Tat) normal y lo explica más adelante: implican una modificación en la dirección de la personalidad del autor precisamente en el momento del hecho (*loc.cit.*, p. 23). En cualquier forma, y tal como se ha tratado la cuestión en el apartado 2, la finalidad de la distinción en MEZGER difícilmente permitiría llevarle a las conclusiones de RADBRUCH.

<sup>153</sup> RADBRUCH, *Frank-Festgabe*, v. 1, 1930, p. 170.

<sup>154</sup> MEZGER *Persönlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, 1926, p. 22. En todo caso, MEZGER entiende que tampoco en una perspectiva de prevención general es admisible el argumento: la incapacidad de pena estaría vinculada al hecho de que “los demás crean en la seriedad de la amenaza de pena” y, por tanto, debería determinarse en relación a terceros y no al mismo sujeto incapaz de la pena. Sobre la prevención especial indica que no sólo se trata de un círculo vicioso (para saber si es permeable a la pena es necesario que ésta se ejecute antes), sino que ello supondría siempre que el delincuente incorregible quedaría comprendido entre los casos de exclusión de pena previstos en la ley sin más (con referencia al § 51 RStGB y la capacidad de culpabilidad, en *loc.cit.*).

pues es exigencia del delito que el sujeto tenga esta cualificación en el plano social<sup>155</sup>; esto es, en el plano de la sociedad civil. Esta cualificación es la imputabilidad del sujeto<sup>156</sup>, referida en todo caso al momento –más o menos extenso en el tiempo– del hecho, falta desde luego en sujetos inimputables –que con carácter general carecen de ella por su constitución psico-física– aunque es posible que determinados defectos sólo puedan definir su inimputabilidad en determinadas parcelas de conducta. Estos casos de inimputabilidad, fundada en la propia conformación psico-física del sujeto, son análogos a situaciones excepcionales de sujetos imputables que impiden explicar la conducta en una perspectiva de sentido, y particularmente aquéllos en los que se habla de “exclusión de la acción”<sup>157</sup>. En uno y otro caso no hay posibilidad de imputación y, por tanto, no es estrictamente un presupuesto de la imputación objetiva como categoría de la teoría del delito<sup>158</sup>; se trata de un presupuesto del sujeto de la infracción de la norma, del injusto penal como ilícito personal, sin el que la infracción no es tal porque carece de sentido de contradicción con el orden jurídico.

Esta conclusión afecta, no obstante, a una parte del sistema, y no ignoro que ciertos aspectos permanecen abiertos. En particular, hay dos cuestiones que quisiera subrayar en este momento: por una parte, el fundamento y la posición del error sobre la ilicitud del comportamiento y su comparación con los casos de imputabilidad a los que hasta ahora se ha hecho referencia; por otra, la función de la culpabilidad como categoría dogmática en el sistema. Es evidente que cada una de ellas requeriría, al menos, el espacio dedicado a la trata ahora y, por tanto, que una respuesta coherente exige un desarrollo ulterior del planteamiento expuesto.

## 5. Bibliografía

ABEGG (1836), *Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft*, J.K.G. Wagner, Neustadt.

ARISTÓTELES (1985), *Ética Nicomaquea-Ética Eudemia* (1985), traducción al castellano del griego de Julio Pallí Bonet con introducción de Emilio Lledó Íñigo, Gredos, Madrid.

ASCHAFFENBURG (1903), *Das Verbrechen und seine Bekämpfung*, Carl Winter, Heidelberg.

BACIGALUPO (1998), *Principios de derecho penal-Parte general*, Akal Iure, Madrid.

- EL MISMO (1999), *Delito y punibilidad*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires.

<sup>155</sup> Cfr. JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 89.

<sup>156</sup> MAÑALICH habla de la imputabilidad referida al comportamiento y, por tanto, de un aspecto diferente que, como se ha de indicar, queda abierto («La exculpación como categoría del razonamiento práctico», *InDret 1/2013*, pp. 5, 7 y 8); por tanto, no de la cualificación del sujeto como destinatario de la norma (aun en un momento concreto), sino de un contexto; la interesante cuestión que plantea sobre la imputación de conductas vinculadas a la “fragilidad” (p. 22) queda, de momento y como se ha indicar en las líneas finales, abierto.

<sup>157</sup> En aquellos casos en los que de forma general cabe negar la evitabilidad individual, como en movimientos reflejos, estados de absoluta inconsciencia o de fuerza física irresistible (por todos, sobre los casos límite, JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 2ª ed., 1991, 6/34 y ss.; en la doctrina española, aunque en desacuerdo con la fundamentación del concepto de acción en el sentido hegeliano y, por tanto, de la mantenida en el texto, JAÉN VALLEJO, *El concepto de acción en la dogmática penal*, 1994, pp. 89 y ss.).

<sup>158</sup> Como apunta LESCH, *DER Verbrechensbegriff*, 1999, pp. 221 y ss.

- EL MISMO (2011), *La renovación de la dogmática penal*, Hammurabi, Buenos Aires.

BERNER (1843), *Grundlinien der Criminalistischen Imputationslehre*, Ferdinand Dümmler, Berlin.

BINDING (1877), *Die Normen und ihre Übertretung*, v. 2, (*Schuld und Vorsatz*), Wilhelm Engelmann, Leipzig.

- EL MISMO (1886), *Grundriss des deutschen Strafprozessrechts*, 2ª ed., Duncker & Humblot, Leipzig.

- EL MISMO (1902), *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 6ª ed., Wilhelm Engelmann, Leipzig.

- EL MISMO (1879), «Rezension zu Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht: Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Bd. 21-N.F. Bd. 2, pp. 542 y ss.

- EL MISMO (1922), *Die Normen und ihre Übertretung*, v. 1 (*Normen und Strafgesetze*), 4ª ed., Felix Meiner, Leipzig.

CASPERS (2012), *Schuld im Kontext der Handlungslehre Hegels*, Felix Meiner, Hamburg.

CENALMOR/MIRAS (2005), *Il diritto della Chiesa. Corso di Diritto Canonico*, Edizioni della Università della Santa Croce, Roma.

D'AURIA (1997), «L'imputabilità penale», en GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO, *Le sanzioni nella Chiesa*, Glossa, Milano, pp. 49 y ss.

DE ALMEIDA (2008), «On Kant's "Universal Principle" and "Universal Law of Right"», en ROHDEN (ed.), *Recht und Frieden in der Philosophie Kants-Akten des X. Internationalen Kant-Kongresses*, v. 4, De Gruyter, Berlin-New York, pp. 171 y ss.

DE PAOLIS (1986), *De sanctionibus in Ecclesiae. Adnotationes in codicem: liber VI*, Pontificia Università Gregoriana, Roma.

EISLER (1904), *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*, 2ª ed., E. S. Mittler und Sohn, Berlin.

- EL MISMO (1930), *Kant-Lexikon: Nachschlagewerk zu Kants sämtliche Schriften, Briefen und handschriftlichem Nachlaß*, E. S. Mittler und Sohn-Kurt Metzner, Berlin.

FEIJOO SÁNCHEZ (2011), «Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?», *InDret Penal*, 2/2011, <http://www.indret.com/pdf/806.pdf>.

FEUERBACH (1801), *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, Georg Friedrich Heyer, Giessen.

- EL MISMO (1840), *Lehrbuch des gemeinen in Deutschlands gültigen Strafrechts*, 13ª ed., anotada y editada por C.J.A. MITTERMAIER, Georg Friedrich Heyer, Giessen.

FINGER (1904), «Über die «geminderte Zurechnungsfähigkeit» und die strafrechtliche Behandlung der «gemindert Zurechnungsfähigen»», *Gerichtssaal*, (64), pp. 257 y ss.

FLECHTHEIM (1975), *Hegels Strafrechtstheorie*, Duncker & Humblot, Berlín.

FOREL (1907), *Ueber Zurechnungsfähigkeit des normalen Menschen. Ein Vortrag*, 5ª y 6ª ed., Ernst Reinhardt, Munich.

FRANK (1907), «Über den Aufbau des Schuldbegriffs», en FRANK (ed.), *Festschrift für juristische Fakultät in Giessen zum Universitäts Jubiläum*, Verlag von Alfred Töpelmann, Giessen.

- EL MISMO (1931), *Stragesetzbuch für das deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, 18ª ed., J.C.B. Mohr, Tübingen.

GLASER (1883), *Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozess*, Duncker & Humblot, Leipzig.

GREVE (2004), *Verbrechen und Krankheit: Die Entdeckung der Criminalpsychologie 19. Jahrhundert*, Böhlau Verlag, Köln-Weimar.

GROLMAN (1979), *Ueber die Begründung des Strafrechts und der Strafgesetzgebung nebst einer Entwicklung der Lehre von dem Maastabe der Strafen und der juridischen Imputation*, Georg Fr. Heyer, Gießen.

- EL MISMO (1805), *Grundsätze der Criminalwissenschaft*, 2ª ed., Georg Fr. Heyer, Gießen-Darmstadt.

GRÜNHUT (1922), *Anselm v. Feuerbach und das Problem der strafrechtlicher Zurechnung*, W. Gente, Hamburgo.

HÄLSCHNER (1869), «Die Lehre vom Unrecht und seinen verschiedenen Formen», *Der Gerichtssaal*, (21), pp. 11 y ss.

HAMANN (1907), *Das Wesen der Strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit: Eine Kritik der Neuesten Bestrebungen*, M. DuMont Schauberg'sche Buchhandlung, Cöln.

HEGEL (1807), *Phänomenologie des Geistes*, edic. Wessels/Clairmont, Felix Meiner, 1988, Hamburg.

- EL MISMO (1817), *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse*, 1ª edición de la Enciclopedia, edic. a cargo de Bonsiepen/Grotsch, Felix Meiner, 2001.

- EL MISMO (1821), *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, edic. de Bernhard Lakebrink, Reclam, 1970, Stuttgart.

- EL MISMO (1830), *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse*, 3ª edición de la Enciclopedia, edición a cargo de Fr. Nicolin y O. Pöggeler, Felix Meiner, 1959, Hamburgo.

HENKE (1815), *Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft*, Drell, Füssli und Compagnie, Zürich.

HRUSCHKA/JOERDEN (1987), «Supererogation: Vom deontologischen Sechseck zum deontologischen Zehneck. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Grundlagenforschung», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (73), pp. 93 y ss.

HRUSCHKA (1988), *Strafrecht nach logisch-analitischer Methode*, Walter de Gruyter, Berlín.

JAÉN VALLEJO (1994), *El concepto de acción en la dogmática penal*, Colex, Madrid.

JAKOBS (1991), *Strafrecht-Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlín-New York.

- EL MISMO (2012), *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M.

VON JHERING (1867), *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Emil Roth, Giessen.

KANT (1793), *Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft*, 5ª ed., de Karl Vorländer (1922), Felix Meiner, Leipzig.

- EL MISMO (1797), *Metaphysik der Sitten*, edic. de H. Ebeling, Reclam (1990), Stuttgart.

KAUFMANN (1954), *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie: Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Schwartz, Göttingen.

Erich KAUFMANN (1921), *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie. Eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.

KELSEN (1911), *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.

KINDHÄUSER (1989), *Gefährdung als Straftat: rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M.

KISILEVSKY (2008), «Equity, Necessity, and the Doctrine of the Right», en ROHDEN/TERRA/DEALEMIDA/RUFFING, *Recht und Frieden in der Philosophie Kants-Akten des X. Internationalen Kant-Kongresses*, v. 4, De Gruyter, Berlin-New York, pp. 457 y ss.

KLESCZEWSKI (1991), *Die Rolle der Strafe in Hegels. Theorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlín-New York.

KÖHLER (1997), *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, Springer, Berlín-Heidelberg.

KOLB (2003), *Die Begutachtung von Straftätern zur Feststellung der Schuldfähigkeit*, Diplomarbeiten Agentur, Hamburg.

KÖSTLIN (1845), *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, H, Laupp, Tübingen.

- EL MISMO (1855), *System des deutschen Strafrechts*, H. Laupp, Tübingen.

KRAATZ (2011), *Der Einfluss der Erfahrung auf die tatrichterliche Sachverhaltsfeststellung: zum "strafprozessualen" Anscheinbeweis*, Walter de Gruyter, Berlin-New York.

KRAEPELIN (1904-1905), «Zur Frage der geminderten Zurechnungsfähigkeit», *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, pp. 477 y ss.

LARENZ (1927), *Hegelszurechnungslehre und der Begriff der objektive Zurechnung*, Reimpresión de la primera edición en Leipzig, Scientia Verlag (1970), Aalen.

- EL MISMO (1931), «Hegels Dialektik des Willens und das Problem der juristischen Persönlichkeit», *Logos*, (20), p. 211.

LESCH (1999), *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Carl Heymanns, Köln.

VON LISZT (1905), «Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit», *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, v. 2, reimpresión de la edición de 1905 de J. Guttentag, 1970, Walter de Gruyter, Berlin.

- EL MISMO (1900), *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 10ª ed., J. Guttentag, Berlín.

LOENING (1903), *Geschichte der strafrechtliche Zurechnungslehre-Die Zurechnungslehre des Aristoteles*, Gustav Fischer, Jena.

LUZÓN PEÑA (2012), «Libertad, culpabilidad y neurociencias», *InDret Penal* 3/2012, <http://www.indret.com/pdf/904a.pdf>.

MAÑALICH R. (2013), «La exculpación como categoría del razonamiento práctico», *InDret* 1/2013, <http://www.indret.com/pdf/944.pdf>.

VON MARTINI (1780), *De lege naturali positiones in usum auditorii vindobonensis*, Huberum, Confluentiae (Koblenz).

VON MARTINI (1771), *Lehrbegriff der allgemeiner Rechte aus dem Lateinischen des Hrn. Hofraths v. Martini übersetzt von Zahlheim*, traducción al alemán desde el latín de Karl v. ZAHLHEIM, Joseph Kurzböck, Wien.



MERKEL (1867), *Kriminalistische Abhandlungen I- Zur Lehre von der Grundeintheilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen*, Breitkopf und Härtel, Leipzig.

- EL MISMO (1889), *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Ferdinand Emke, Stuttgart.

MEZGER (1918), *Die psychiatrische Sachverständige im Prozeß*, J.C.B. Mohr, Tübingen.

- EL MISMO (1927/1928), «Recht und Erfahrung», *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts II*, pp. 12 y ss.

- EL MISMO (1930), «Zurechnungsfähigkeit», *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70.Geburtstag*, v. I, reimpresión de Scientia Verlag 1969, Aalen, pp. 519 y ss.

- EL MISMO (1926), *Persönlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, J.F. Bergmann, München.

- EL MISMO (1932), *Schuld und Persönlichkeit*, N.G. Elwert (G. Braun), Marburg.

- EL MISMO (1933), «Kriminalpolitik», en A.ELSTER/E. LINGEMANN (ed.), *Handwörterbuch der Kriminologie und der anderen strafrechtlichen Hilfswissenschaften*, Walter de Gruyter, Berlin-Leipzig.

MICHELET (1824), (en el texto como Carolus Ludovicus), *De doli et culpae in iure criminali notionibus*, Formus Augusti Petschii-Diss. Universitate Literaria Berolinensi, Berlín.

- EL MISMO (1827), *Die Ethik des Aristoteles in ihrem Verhältnisse zum Systeme der Moral*, Duncker und Humblot, Berlin.

- EL MISMO (1828), *Das System der philosophischen Moral*, Schleschinger, Berlin.

- EL MISMO (1829-1848), *Ethicorum Nicomacheorum libri decem*, 10 tomos (1829-1848), Schleschinger, Berlín.

- EL MISMO (1866) (en el texto como Carl Ludwig), *Naturrecht oder Rechts-Philosophie als die praktische Philosophie*, v. 1, Nicolaisch'e Verlagsbuchhandlung, Berlin.

MITTERMAIER (1812), *Handbuch des peinlichen Processes*, v. 2, Mohr und Zimmer, Heidelberg.

- EL MISMO (1834), *Die Lehre vom Beweise im deutsche Strafprozesse*, Johann Wilhelm Heyer, Darmstadt.

MOLINA FERNÁNDEZ (2001), *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, JM Bosch, Barcelona (citas de la versión publicada en <http://vlex.com>, con referencia a la paginación de las partes correspondientes).

OERSTED (1818), *Ueber der Grundregeln der Strafgesetzgebung*, Gyndelhal, Kopenhagen.

PAWLIK (2007), «Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter? Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht», en DANNECKER (ed.), *Festschrift für Harro Otto*, pp. 144 y ss.

- EL MISMO (2012), *Das Unrecht des Burgers*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.

PÉREZ MANZANO (2011), «Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia», *InDret Penal 2/2011*, <http://www.indret.com/pdf/818.pdf>.

PÉREZ DEL VALLE, «La persona del derecho penal en la filosofía del derecho de Hegel», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/ZUGALDÍA ESPINAR (coords.), *Dogmática y ley penal- Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. 1, 2004, pp. 624 y ss.

- EL MISMO (2007), *Estudios sobre los fundamentos del derecho penal*, Dykinson, Madrid.

- EL MISMO (2008), «Bioética relativista ¿En la perspectiva de Schopenhauer?», en CAYUELA (dir.), *Path-ética. Paradoja del humano existir*, Marova, Madrid.

- EL MISMO (2012), *La imprudencia en el derecho penal. El tipo subjetivo del delito imprudente*, Atelier, Barcelona.

- EL MISMO (2009), «¿Derecho penal de menores como derecho penal?», *CPC*, (98), pp. 101 y ss.

PLATNER (1790), *Philosophische Aphorismen*, v. I, Frankfurt und Leipzig.

RADBRUCH (1904), *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, J. Guttentag, Berlín.

- EL MISMO (1930), «Zur Systematik der Verbrechenslehre», *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70.Geburtstag*, v. I, reimpresión de Scientia Verlag 1969, Aalen, pp. 158 y ss.

ROßHIRT (1828), *Entwicklung der Grundsätze des Strafrechts nach den Quellen des gemeinen deutschen Rechts*, Carl Groos, Heidelberg-Leipzig.

SALCHOW (1804), *Darstellung der Lehre von Strafen und Verbrechen nach gemeinen Rechten*, v. 1, Crökerschen Buchhandlung, Jena.

SÁNCHEZ-OSTIZ (2008), *Imputación y teoría del delito la doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, BdeF, Montevideo.

SCHAUF (1952), *Einführung in das kirchliche Strafrecht*, M. Brimberg, Aachen.

SCHMIDT-RECLA (2000), *Theorien zur Schuldfähigkeit: psychowissenschaftliche Konzepte zur Beurteilung strafrechtlicher Verantwortlichkeit im 19. und 20. Jahrhundert. Eine Anleitung zur juristischen Verwertbarkeit*, Leipziger Universitätsverlag, Leipzig.

SEBOTT (1992), *Das Kirchliche Strafrecht-Kommentar zu den Kanones 1311-1399 des Codex Iuris Canonici*, Knecht, Frankfurt a. M.

SILVA SÁNCHEZ (2003), *Normas y acciones en derecho penal, Hammurabi*, Buenos Aires.

STAHL (1878), *Die Philosophie des Rechts*, v. II, Wiss. Buchges, Darmstadt.

STUCKENBERG (1998), *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*, Walter de Gruyter, Berlin-New York.

TESAR (1907), *Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens. Ein Beitrag zur Wertungslehre im Strafrecht*, J. Guttentag, Berlin.

THON (1878), *Rechtsnorm und subjectives Recht: Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, Hermann Böhlau, Weimar.

WELZEL (1960), *Das deutsche Strafrecht. Einer systematische Darstellung*, 7<sup>a</sup> (10<sup>a</sup>) edición, Walter de Gruyter, Berlin.

VON WÄCHTER (1857), *Das Königliche Sächsische und Thüringische Strafrecht. Ein Handbuch-(Einleitung und allgemeiner Teil)*, J. B. Metzler, Suttgart.

WESSELS/BEULKE (2012), *Strafrecht-Allgemeiner Teil: die Straftat und ihr Aufbau*, 42<sup>a</sup> ed., C.F. Müller, Heidelberg.

WOLF (1928) *Strafrechtliche Schuldlehre. Erster Teil*, J. Bensheimer, Mannheim-Berlin-Leipzig.