



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Imputación extraordinaria

Elementos conceptuales y normativos para un modelo de responsabilidad jurídico-penal

Vicente Valiente Ivañez

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política
Línea de Investigación: Derecho Penal

**IMPUTACIÓN EXTRAORDINARIA
ELEMENTOS CONCEPTUALES Y
NORMATIVOS PARA UN MODELO DE
RESPONSABILIDAD JURÍDICO-PENAL**

Director: Dr. Víctor Gómez Martín

VICENTE VALIENTE IVAÑEZ

BARCELONA, 2018

RESUMEN

La presente investigación pretende ofrecer elementos conceptuales y normativos para demostrar el rendimiento explicativo de un modelo de imputación extraordinaria. Este modelo es aplicable a varios grupos de casos que se presentan de manera distintiva a lo largo del análisis dogmático del delito. El elemento que los distingue de otros grupos de casos y que los identifica entre sí es una específica estructura fáctica y analítica en su aparición como hechos delictivos. A partir de esta estructura, los grupos de casos bajo examen pueden ser calificados como “casos complejos”. En términos de atribución de responsabilidad jurídico-penal, la complejidad reside en que el sujeto que realiza un tipo delictivo no dispone al momento de realizarlo de las condiciones personales que permiten hacerle jurídico-penalmente responsable en virtud de la aplicación de una regla de imputación ordinaria. Esta consecuencia jurídica recibe el nombre de defecto de imputación. El reconocimiento jurídico de un defecto de imputación no impide, sin embargo, considerar al sujeto responsable de la realización del hecho delictivo en la medida en que quepa hacerle personalmente responsable, a su vez, de su propio defecto de imputación. Ante la falta de comunicación efectiva entre el sujeto y la correspondiente norma de comportamiento, cuyo seguimiento intencional es la expectativa básica de cualquier sistema normativo, esta operación de imputación extraordinaria sólo se deja legitimar en la medida en que el sujeto deje de asegurar la capacidad de seguir la norma cuando ello le era exigible. Esta expectativa de aseguramiento, que puede ser designada como secundaria, se configura como una incumbencia legitimada en un concepto de persona en derecho responsable.

RESUM

La present investigació pretén oferir elements conceptuals i normatius per demostrar el rendiment explicatiu d'un model d'imputació extraordinària. Aquest model és aplicable a diversos grups de casos que es presenten de manera distintiva al llarg de l'anàlisi dogmàtic del delictes. L'element que els distingeix d'altres grups de casos i que els identifica entre si és una específica estructura fàctica i analítica en la seva aparició com a eventuals fets delictius. A partir d'aquesta estructura, els grups de casos sota examen poden ser qualificats com a “casos complexos”. En termes d'atribució de responsabilitat juridicopenal, la complexitat resideix en que el subjecte que realitza un tipus delictiu no disposa al moment de realitzar-lo de les condicions personals que permeten fer-lo penalment responsable en virtut de l'aplicació d'una regla d'imputació ordinària. Aquesta conseqüència jurídica rep el nom de defecte d'imputació. El reconeixement jurídic d'un

defecte d'imputació no impedeix, però, considerar al subjecte responsable de la realització del fet delictiu en la mesura que se'l pugui fer personalment responsable, al seu torn, del seu propi defecte d'imputació. Davant la falta de comunicació efectiva entre el subjecte i la corresponent norma de comportament, el seguiment intencional de la que és l'expectativa bàsica de qualsevol sistema normatiu, aquesta operació d'imputació extraordinària només es deixa legitimar en la mesura que el subjecte deixi d'assegurar la capacitat de seguir la norma quan això li era exigible. Aquesta expectativa d'assegurament, que pot ser designada com a secundària, es configura com una incumbència legitimada en un concepte de persona en dret responsable.

ABSTRACT

The present research aims to offer conceptual and normative elements to demonstrate the explanatory performance of an extraordinary imputation model. This model is applicable to several groups of cases that are presented in a distinctive way throughout the dogmatic analysis of the crime. The element that distinguishes them from other groups of cases and that identifies them among themselves is a specific factual and analytical structure in their appearance as eventual criminal acts. From this structure, the groups of cases under examination can be classified as "complex cases". In terms of attribution of criminal responsibility, the complexity lies in the fact that the subject that performs a criminal offense does not have at the time the personal conditions that allow him to be held criminally responsible under the application of an ordinary imputation rule. This legal consequence is called the imputation defect. The legal recognition of a defect of imputation does not prevent, nevertheless, to consider the subject responsible for the criminal act insofar as it can be made personally responsible, in turn, for its own defect of imputation. Given the lack of effective communication between the subject and the corresponding norm, whose intentional follows is the basic expectation of any regulatory system, this operation of extraordinary imputation is only allowed to be legitimized insofar as the subject fails to ensure the capacity to follow the rule when it was required. This expectation of assurance, which can be designated as secondary, is configured as a concern legitimized in a concept of person in law responsible.

Índice de abreviaturas	9
Planteamiento del problema	11
Construcción de la investigación y metodología	16

PARTE PRIMERA. APROXIMACIÓN A LA CONSTRUCCIÓN DE LOS MODELOS DE IMPUTACIÓN POR DEFECTO **19**

Capítulo Primero. Los modelos explicativos de la responsabilidad por defecto de imputación	23
I. Introducción	23
II. El modelo clásico de imputación. La concepción de las normas reconstruida por Hruschka	25
III. Variación del modelo clásico: el modelo analítico de Kindhäuser	31
IV. El modelo de responsabilidad dialogal de Neumann	35
V. La imputación al ciudadano: el modelo funcional de Pawlik.....	38
1. Derecho penal del ciudadano (deber de cooperación)	38
2. Las competencias del ciudadano	41
Capítulo Segundo. La figura ' <i>Obliegenheit</i> ' en el contexto de imputación jurídico-penal. La discusión jurídico-penal contemporánea	45
I. Introducción	45
II. El origen iusprivatista de las <i>Obliegenheiten</i> y en contexto de aplicación en la dogmática jurídico-penal.....	46
III. La <i>Obliegenheit</i> (y su infracción) como fundamento de imputación extraordinaria.....	50
1. Delimitación conceptual y función de las <i>Obliegenheiten</i>	50
2. Los principios jurídico-penales comprometidos	57
3. Derivación normativa de las incumbencias	58
3.1. Incumbencia y norma de comportamiento	59
3.2. Incumbencia y norma de sanción	62
3.3. Incumbencia y razonamiento práctico: el destinatario racional.....	63
3.4. Incumbencia y el concepto de persona en derecho (<i>Rechtsperson</i>)	67
IV. Las <i>Obliegenheiten</i> como fundamento de imputación al ciudadano. El modelo de Pawlik	72
1. La lesión del deber de cooperación del ciudadano	72
1.1. Infracción de una incumbencia como fundamento de imputación: imposibilidad de interrupción del proceso de imputación	74
1.2. La <i>Obliegenheit</i> como medida de la contrariedad al deber de cooperación.....	78
2. Consideraciones críticas al planteamiento de Pawlik.....	84
V. El planteamiento de Varela, incumbencia-fin (categórica) e incumbencias-medio (hipotéticas).....	88
VI. El planteamiento crítico de Montiel	95
1. La importación defectuosa	96
2. Respuesta a la primera crítica	97
3. Deberes secundarios: la transmutación de casi todas las incumbencias	101
4. Infracción de deberes subsidiarios como objeto de imputación. ¿Qué queda de las <i>Obliegenheiten</i> ?.....	103
VII. Usos alternativos de la noción <i>Obliegenheit</i>	104
1. <i>Obliegenheit</i> y autorresponsabilidad de la víctima	105
2. <i>Obliegenheit</i> y cumplimiento normativo de la empresa.	107
VIII. Recapitulación y conclusiones provisionales.....	111

PARTE SEGUNDA. PRESUPUESTOS TEÓRICOS DE UN MODELO DE RESPONSABILIDAD **117**

Capítulo Tercero. La norma de comportamiento como presupuesto <i>meta-teórico</i>	121
---	-----

I.	Introducción	121
II.	La teoría de las normas en el sistema de la teoría del delito	122
1.	Normas de comportamiento y normas de sanción	122
2.	Normas de comportamiento y reglas de imputación.....	127
2.1.	Relación entre norma de sanción y reglas de imputación subjetiva	127
2.2.	Razones para la distinción entre norma de comportamiento y regla de imputación 128	
2.2.1.	Razón teleológica	128
2.2.2.	Razón pragmática.....	129
2.2.3.	Diferentes destinatarios.....	129
2.2.4.	Razón lógica. El problema de la autorreferencialidad.....	130
3.	Antinormatividad como no-correspondencia	130
3.1.	Críticas a la concepción «objetiva» de la norma	131
3.2.	Respuestas a las críticas y algunas contra-críticas.....	134
3.3.	¿Una mera cuestión terminológica?.....	140
3.4.	Kindhäuser versus Hruschka o la confusión entre el análisis semántico (contenido) y pragmático (función) de la norma de comportamiento.....	145
3.5.	Balance. Dimensiones de la norma jurídica de comportamiento.....	149
III.	Existencia y eficacia de las normas jurídicas de comportamiento	153
1.	Usos del término «norma» y concepciones de la norma en la teoría del derecho.....	153
2.	Existencia de la norma jurídica de comportamiento: dimensión de validez jurídica <i>versus</i> dimensión de eficacia	156
3.	Correspondencia y seguimiento de la norma de comportamiento como formas de eficacia 159	
4.	Posibilidad de seguimiento de la norma	162
IV.	Norma jurídica de comportamiento y deber jurídico.....	164
1.	Introducción	164
2.	Sobre la noción de deber en el derecho penal	166
2.1.	Clasificación general de los usos del término “deber”	166
2.2.	«Deber» en sentido técnico-jurídico	169
2.2.1.	Titularidad del derecho correlativo al deber jurídico en sentido técnico-jurídico 170	
2.2.2.	El modelo del silogismo práctico.....	172
3.	Reconocimiento de la situación de hecho y de la norma de comportamiento.....	175
V.	Conclusiones.....	179
Capítulo Cuarto. Responsabilidad y concepto de persona		183
I.	Introducción	183
II.	Concepto y estructura de la atribución de responsabilidad jurídico-penal.....	185
1.	Delimitación conceptual previa del término ‘responsabilidad’	185
2.	Estructura de la responsabilidad retrospectiva: objeto y sujeto.....	187
3.	Capacidad de responsabilidad como presupuesto normativo común de la responsabilidad moral y jurídica	190
III.	Concepto de persona y fundamento de imputación.....	196
1.	Concepto de persona.....	196
1.1.	Introducción. Usos y conceptos de ‘persona’	196
1.2.	Consideración previa: ¿es el concepto de persona necesariamente normativo?	198
1.3.	Concepto teórico de persona. Condiciones de la cualidad de persona.....	200
2.	Estatus <i>normativo</i> de persona. Hacia un concepto práctico de persona	205
2.1.	‘Persona’ en el contexto jurídico-normativo del derecho penal	207
2.1.1.	Capacidad de responder y atribución de responsabilidad	207

2.1.2.	Incapacidad de responder en el momento del hecho.....	210
2.1.3.	Capacidad de responder y ejercicio de la capacidad de responder	212
2.2.	Cualidad de persona y principio de culpabilidad	214
2.2.1.	Concepto de persona subyacente a las reglas de imputación (cualidad de persona-personalidad jurídica).....	216
2.2.2.	Fidelidad a derecho: la configuración de la personalidad jurídica	222
IV.	Conclusiones.....	228
PARTE TERCERA. ELEMENTOS PARA UN MODELO DE IMPUTACIÓN EXTRAORDINARIA... 231		
I.	Principio de culpabilidad como parámetro normativo de la atribución de responsabilidad jurídico-penal.....	231
1.	Introducción	231
II.	Imputación extraordinaria.....	234
1.	Introducción	234
2.	El principio de coincidencia	237
2.1.	El <i>impossibilium nulla est imputatio</i> como exigencia implícita en el principio de coincidencia	239
2.2.	Regla jurídica de excepción a la relación de coincidencia	243
2.3.	Imputación extraordinaria y atenuación de la pena.....	246
3.	La culpabilidad por el hecho y el principio de coincidencia.....	250
3.1.	Culpabilidad por el hecho y culpabilidad por la personalidad (por la conducción de la propia vida o por el carácter)	250
3.2.	La ambigüedad de la expresión “culpabilidad <i>por</i> la personalidad”	253
3.3.	La cuestión sobre validez de los elementos de la personalidad como criterios de imputación jurídica.....	257
4.	Imputación extraordinaria: razones de su menor reproche en tanto operación de atribución de responsabilidad	263
III.	Conclusiones.....	269
Capítulo Sexto. El fundamento de la imputación extraordinaria		
273		
I.	Introducción	273
II.	La figura de la incumbencia en el derecho penal	275
1.	Deberes de cuidado e incumbencias. La cláusula normativa ínsita en la responsabilidad por imprudencia	279
1.1.	La medida de cuidado en los denominados «deberes de cuidado».....	280
1.2.	El estatus deóntico de los denominados «deberes de cuidado»	285
1.3.	Entonces: ¿son las incumbencias “exigencias de cuidado”?	289
1.4.	Norma de comportamiento y deber de cuidado.....	291
2.	Relación funcional entre la infracción o cumplimiento de una incumbencia y la infracción o cumplimiento de un deber en sentido técnico-jurídico	294
3.	Incumbencia, deber de cuidado y norma de comportamiento.....	298
III.	Estructura prescriptiva de las incumbencias: imperativo categórico e imperativo hipotético	305
1.	Por qué el derecho positivo es para Kant un imperativo categórico.....	306
2.	Por qué el derecho positivo no puede ser un imperativo categórico <i>¿à la</i> Kant?.....	309
3.	Incumbencias como imperativos hipotéticos.....	311
IV.	Conclusiones.....	314
Capítulo Séptimo. Estructuras de imputación extraordinaria en el análisis dogmático del delito.		
Aplicación del modelo		
317		
I.	Introducción	317
II.	Imprudencia como estructura de imputación (subjetiva) extraordinaria	317

1.	Planteamiento general	317
2.	La imprudencia como forma de evitabilidad	334
3.	Acción intencional «bajo una descripción»: acción principal (inmediatamente lesiva) y acción auxiliar (no-precautoria)	337
4.	Consideración final	341
III.	El error de prohibición vencible como estructura de imputación (subjetiva) extraordinaria. 343	
1.	Imprudencia en el nivel de la culpabilidad	343
2.	Relación condicional (conceptual) entre error de tipo y error de prohibición.....	344
3.	Error de tipo evitable y error de prohibición evitable: distintos objetos, un <i>continuum</i> .	346
4.	Error de prohibición relevante a los efectos del art. 14.3 CP: la estructura “regla - excepción”	348
5.	La evitabilidad en el error de prohibición.....	351
IV.	<i>Actio libera in causa</i> en sentido estricto.....	353
1.	Introducción al problema	353
2.	Los modelos de solución del problema	357
3.	La <i>actio libera in causa</i> según el modelo de imputación extraordinaria	361
3.1.	La provocación de ausencia de capacidad de acción.....	361
3.2.	La provocación de ausencia de capacidad de culpabilidad (imputabilidad).....	366
4.	La regla del art. 20.1 y 2 del Código Penal: una propuesta de interpretación	368
V.	Conclusiones.....	372
	Conclusiones.....	373
	Bibliografía citada.....	379

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

§	Parágrafo
ADPCP	Anuario de Derecho penal y ciencias penales
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
AK-StGB	Alternativkommentar zum Strafgesetzbuch
alic	actio libera in causa
apdo.	Apartado
art./arts.	Artículo/Artículos
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
AT	Allgemeiner Teil
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Strafsachen
BUL Rev.	Boston University Law Review
BYUL Rev.	Brigham Young University Law Review
Cap.	Capítulo
Cfr.	confróntese
comp.	Compilador/a
coord.	Coordinador/a
CP	Código penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
CSF	Cuadernos salmantinos de filosofía
dir./dirs.	Director/a, Directores/as
DJP	Doctrina y Jurisprudencia Penal
ed./eds.	Editor/a, Editores/as
Ed.	Edición
et al.	Et alii
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GS	Gedächtnisschrift
JRE	Jahrbuch für Recht und Ethik
LH	Libro Homenaje

JA	Juristische Arbeitsblätter
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
MK-StGB	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
NK-StGB	Nommos Kommentar zum Strafgesetzbuch
nm.	Número marginal
p./pp.	Página/s
p. ej.	Por ejemplo
PG	Parte General
RCP	Revista de Ciencias penales
RChD	Revista Chilena de Derecho
RD	Revista del Derecho
RDPC	Revista de Derecho penal y criminología
reimp.	Reimpresión
RDPUCV	Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
REJ	Revista de Estudios de la Justicia
RP	Revista Penal
RPDJP	Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal
s./ss.	Siguiente/s
SchwStGB	Schweizerische Strafgesetzbuch
StGB	Strafgesetzbuch
trad.	Traducción
vol.	Volumen
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A, guardagujas de la vía, se queda dormida en su puesto de trabajo, lo que le impide hacer el cambio de vía; como consecuencia, dos trenes chocan produciéndose la muerte de ambos maquinistas. B dispara contra un arbusto pensando que lo que se mueve tras él es un jabalí, cuando en realidad se trata de su compañero de batida C. D toma una curva a gran velocidad, invadiendo el carril contrario y colisionando su coche contra el de E, quien resulta herido. F manipula un fusil que considera está descargado; se pierde un disparo resultando G muerta. E mata a L sin saber que es su padre. Durante un brote esquizofrénico H da muerte violentamente a su novia. J, originario de una comunidad indígena, mantiene relaciones sexuales con una niña de 12 años sin reparar que ello está prohibido en el estado en el que se encuentra.

Estos supuestos se presentan con frecuencia en el derecho penal y su resolución no suele ser complicada. Es decir, no pertenecen a los grupos de casos denominados «casos difíciles» del derecho penal. Sin embargo, es posible identificar en todos ellos tres circunstancias comunes, las cuales nos permiten agruparlos bajo cierta idea de “complejos”. Primero, la constatación de un daño producido por una persona sobre una esfera ajena. Segundo, la presencia de una circunstancia que puede dificultar la emisión de un reproche, y de ahí hacer personalmente responsable, por el daño causado. Tercero, la intuición de que es necesario examinar más de cerca esa circunstancia impeditiva a la emisión de un reproche personal. Como es sabido, para poder hacer responsable a una persona por la producción de un daño no basta con la constatación de éste, aunque *tengamos claro* quién-ha-sido, sino que es necesario dar con las razones que justifiquen atribuir esa responsabilidad por el daño. El porqué de la necesidad de encontrar razones puede ilustrarse a partir de un sencillo silogismo: *sólo genera responsabilidad lo que nos obliga/lo imposible no nos obliga/por tanto, lo imposible no genera responsabilidad*¹.

¹ Este razonamiento no pretende aquí ser materialmente exacto, pues no desconoce los casos en los que a un comportamiento no justificado le es *posible* actuar de otro modo (estado de necesidad exculpante), pero igualmente se procede a excluir el reproche de culpabilidad del agente. O que, quien en una situación infringe una obligación puede ser todavía eximido de responsabilidad. Además, la expresión “obligar” ha de interpretarse aquí en un cierto sentido: como obligación *concreta*. Sobre esto habremos de volver una y otra vez a lo largo de la investigación. Este silogismo puede funcionar de otro modo si consideramos la obligación en términos abstractos: sólo genera responsabilidad lo que nos *obliga/lo* justificado no nos obliga/por tanto, lo justificado no genera responsabilidad. Esto es, un daño que puede explicarse con la circunstancia de estar justificado significa que está permitido y, lógicamente, lo permitido no puede estar a su vez prohibido.

Así, si la explicación del daño nos remite a que no estaba al alcance del sujeto evitarlo, entonces sería a todas luces injusto e ineficaz responsabilizar por lo que no se pudo llevar a cabo. Por tanto, que lo hecho esté al alcance del sujeto evitarlo es presupuesto necesario de la responsabilidad².

Sin embargo, es evidente que tanto lo que haya de estar justificado como lo que pueda considerarse imposible requerirá de un ulterior examen; y, en todo caso, estar sometido a ciertas reglas. En cada uno de los casos descritos existe, en principio, una situación de imposibilidad de hacer algo por evitar el daño de manera intencional. Esta situación impide, de entrada y según nuestro silogismo, la emisión de un reproche de responsabilidad. La premisa según la cual lo hecho en situación de imposibilidad no puede ser objeto de reproche obedece, fundamentalmente, a razones de justicia. Y son este tipo de razones las que exigen acercarnos a tales situaciones complejas con algo más de cautela. Pues sabido es que los males que puede padecer una persona no siempre traen causa de los asaltos de la (mala) fortuna, siendo entonces la propia persona la responsable de ellas. Y de ser ese el caso no parecería justo eximir plenamente de responsabilidad a quien de manera más o menos responsable se pone a sí mismo en situación de irresponsabilidad. No sería justo, pero tampoco serviría a otros fines, como puede ser la efectiva coordinación entre los miembros de una sociedad.

De ahí que exista un consenso estable sobre la necesidad de reconstruir semejantes situaciones problemáticas y, en caso de que hallen en el agente cierto *principio*, sobre la pertinencia de convertirlas en objeto de reproche. La posibilidad de formular un reproche personal no se agota entonces en la constatación de la existencia de un daño injustificado o que pudo ser evitado al momento del hecho, estructura esta de responsabilidad que, por más evidente y primaria, no agota nuestra práctica de atribuir responsabilidad. Antes bien, el reproche personal por el daño producido ha de poder extenderse al agente que provoca tales situaciones y porque las provoca.

Por lo que hace a esta investigación, interesa centrar el análisis en los grupos de casos que, de conformidad con lo sugerido hasta ahora, podemos designar con la expresión general “imposibilidad *prima facie* de seguir una norma”. Son situaciones en las que, en atención a razones primarias, el individuo que realiza un hecho puede quedar exento de

² De ahí que, desde una perspectiva de teoría de las normas, tanto las razones (causas) de justificación como las razones (causas) de exclusión culpabilidad sean consideradas reglas-excepción; al respecto, por ejemplo, NEUMANN, *Zurechnung und «Vorverschulden»*, 1985, p. 18.

responsabilidad; si bien, es conforme a razones que entran en defecto de las anteriores que la situación podría ser revertida. No serán objeto de estudio, en cambio, los casos que podemos designar con la expresión “justificación *prima facie*”. Esto es, supuestos en los que el derecho permitiría ejecutar una acción lesiva necesaria para defender o salvaguardar un interés legítimo en peligro, demostrándose posteriormente que la situación de peligro fue provocada por el propio sujeto. Esta primera delimitación del objeto de estudio no desconoce la existencia de un operar común en el tratamiento de ambos grupos de casos problemáticos; una situación de ausencia de responsabilidad (o de que nosotros podamos emitir un reproche tal) susceptible de ser revertida si tenemos en cuenta *todas* las circunstancias concurrentes.

Pero ¿qué hay detrás de la idea “imposibilidad de seguir una norma”? Los sistemas normativos prescriptivos, como pueden ser la religión, la ética o el derecho, están destinados a regir el actuar posible de los seres humanos. Tienen, por tanto, una dimensión práctica prescriptiva. A tal fin, prevén normas que nos indican, por un lado, cómo debe actuarse, y, por el otro, cuáles son las consecuencias asociadas a que no se actúe como se debe. Aunque parezca trivial recordarlo, pretender el seguimiento de las normas requiere, como condición lógica y axiológica necesaria, que las normas puedan ser seguidas. Esto es una condición de toda normatividad. Así, tanto en el derecho como en la moral rige, en mayor o menor medida, el principio práctico y de justicia *impossibilium nulla obligatio est*, el cual, como vimos, puede operar como un axioma para excluir la responsabilidad por lo imposible. Cuando en el derecho o en nuestras relaciones cotidianas nos separamos de esta regla, es fácil experimentar cierta sensación de injusticia o, como mínimo, de conflicto con ésta. Esta falta de posibilidad se concreta en la ausencia total o parcial de capacidad del agente, ya sea física, psíquica o cognitiva, de llevar a cabo un comportamiento determinado coincidente con el exigido por una norma. Y tales capacidades, entendidas como posibilidad humana, no son sino distintas manifestaciones de una idea de *libertad* del individuo. Cuando menos de lo que la sociedad considera que puede designarse como libertad. De ahí la relación de necesidad, tanto lógica como axiológica, que media entre la libertad y el seguimiento de la norma: sólo de quien *es libre* puede —y aquí ‘puede’ opera como verbo modal o deóntico— esperarse el seguimiento intencional de una norma. Salvo, claro está, que nos sirva la casualidad como motivo de seguimiento. Por tanto, las consecuencias que depara un sistema normativo para el no-seguimiento de aquélla sólo pueden operar cuando se da esa relación.

Cuando a una persona que le resulta posible seguir una norma deja de seguirla y ocasiona el daño que la norma tiene como fin evitar, entonces se dan los dos presupuestos necesarios para que el sistema normativo reaccione frente a esa falta de seguimiento imponiendo algún tipo de consecuencia. Coinciden en un mismo momento el objeto y el fundamento necesarios para la atribución de responsabilidad. Por el contrario, cuando lo que ocurre es que a quien no sigue la norma (ocasionando el daño que la norma trata de evitar) no le ha sido humanamente posible darle seguimiento, entonces el sistema normativo no tiene base suficiente para reaccionar frente a esa falta de seguimiento. Existe el objeto de responsabilidad, pero falta la razón para su atribución. Ocurre, sin embargo, que en no pocas ocasiones es el sujeto el responsable de la falta de capacidad para seguir la norma. Es lo que podría estar pasando en los casos expuestos más arriba, donde parece revelarse la siguiente estructura: 1) la causación de un daño; 2) la imposibilidad humana en el momento del hecho de actuar como indicaba la norma (y poder evitar así el daño); 3) que la ausencia de posibilidad se deba a la irresponsabilidad del sujeto en un momento anterior.

Frente a estos grupos de casos, que pueden revelarse como más o menos problemáticos, la decisión de los diferentes sistemas normativos acerca de una eventual atribución de responsabilidad y su medida pasa por una necesaria valoración del momento de imposibilidad humana en conexión con las circunstancias que rodean a la misma, principalmente en un momento anterior. El tratamiento teórico de estos casos dista mucho de ser nuevo o pacífico. Esto último, sobre todo, por lo que hace a la construcción de los modelos de responsabilidad desde los cuales ofrecer una solución a los grupos de casos. Pueden incluso manifestarse diferencias axiológicas dependiendo del sistema normativo desde el que se trate de emitir el juicio de reproche, pues la naturaleza de estos puede ser exclusiva de algunos de los sistemas normativos. Pero lo importante ahora es advertir un lugar común a la mayoría de estos sistemas, y que se reflejaría, hasta donde alcanzo, no sólo en la historia del pensamiento ético occidental, sino también en sus codificaciones. La regla que se revela con cierta estabilidad consistiría en que la falta de algún presupuesto de responsabilidad puede no obstar a la atribución de ésta, en la medida en que esa falta pueda ser atribuida al propio sujeto.

Así, es común evocar una línea histórica de pensamiento en la cual se evidenciaría un tratamiento constante de la problemática. El rastro de esta tradición alcanzaría a la filosofía griega, enlazando con la teología medieval, el iusnaturalismo racionalista de los S. XVII y XVIII, parte del idealismo alemán hasta llegar a la filosofía práctica

contemporánea. Es Aristóteles quien, en uno de los primeros textos del pensamiento occidental en los que se aborda la ética como disciplina independiente, la *Ética a Nicómaco*, dedica un libro entero (*Libro III*) a las acciones, distinguiendo ya entre “voluntarias”, “involuntarias” y “no-voluntarias”; las dos últimas en función del motivo que llevó a ese estado de ignorancia. A una clasificación similar se acerca la distinción de Tomás de Aquino entre el “*voluntarium secundum se*” y el “*voluntarium secundum suam causam*”, así como la distinción entre *actio libera in se* y *actio libera in sua causa* en Pufendorf. Por su parte, el tratamiento de la *imputatio* en Kant presupondría según lecturas especializadas una estructura de atribución de responsabilidad de los propios defectos de imputación. En líneas generales, el reconocimiento de esta estructura fáctica compleja, en la que es posible distinguir una acción precedente y una acción subsecuente, conlleva para esta tradición la posibilidad, y por tanto la necesidad, de que la atribución de responsabilidad encuentre algún fundamento en el momento de la *causa libera*. De modo que se estaría atribuyendo responsabilidad, aun cuando en el momento presente no se dieran los presupuestos primarios para ello.

Reconstruir bajo esta tradición los elementos de un modelo teórico que logre explicar y justificar la responsabilidad para los grupos de casos en cuestión no es tarea fácil. Básicamente porque semejante reconstrucción debe partir del sistema de conocimiento que nos hemos dado, a saber, el *Sistema de la Teoría General del Delito*. Si el valor fundamental de este sistema está en ofrecer a quienes lo practican un lenguaje común de entendimiento, todo intento de progreso teórico en este marco corre el riesgo de destruirlo y, con ello, de nacer ya muerto. Al menos para la comunidad científica de la que se es parte. Por tanto, el valor de ensayar un modelo teórico no puede estar sólo en ofrecer una *mejor* explicación del objeto de estudio, sino que es fundamental que lo haga en el marco de la teoría general de la que se es parte.

En esta línea es que cabe enmarcar los intentos llevados a cabo por un sector de la doctrina de la dogmática jurídico-penal contemporánea. Este sector, inaugurado fundamentalmente por Hruschka, retoma y renueva elementos conceptuales y normativos de los modelos más clásicos de imputación. Además, no son pocas las aportaciones procedentes de la filosofía práctica contemporánea (de tradición tanto continental como analítica) que sirven directa o indirectamente a modo de refuerzo conceptual del modelo. De hecho, los problemas estructurales de atribución de responsabilidad no son problemas que se encuentren circunscritos al derecho penal, sino que son problemas de la aplicación retrospectiva de todo sistema de reglas prescriptivas, esto es, problemas de todo sistema

ético-normativo³. A ello se le suelen añadir consideraciones de teoría y filosofía del derecho, que no siempre son tenidas en cuenta por parte de la doctrina. En este contexto, son especialmente relevantes las reflexiones en el ámbito de la teoría de las normas y la teoría de la imputación. Así, a la distinción entre norma de comportamiento y regla de imputación mencionada, le siguen otras no menos importantes y útiles como la diferencia entre objeto y fundamento de imputación, o, la existente entre norma de comportamiento y deber jurídico. De hecho, esta última distinción será sumamente interesante para el tema que nos ocupa. En este contexto, es notable el interés de un sector todavía minoritario de la doctrina jurídico-penal por la figura de las *Obliegenheiten*. El término es utilizado en contextos muy diferentes, lo que dificulta una delimitación conceptual que proporcione la rigurosidad y seguridad necesarias en todo sistema de conocimiento. Sin embargo, son varios los esfuerzos destinados a la precisión del concepto en el contexto jurídico-penal.

Es también en el marco de esta tradición donde cabe insertar la presente investigación. Ya en 1989 advertía Stratenwerth en su contribución al *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann* de que desde hace algún tiempo se están presentes elementos sueltos de una “teoría” de la inculpación previa (*Vorverschulden*), los cuales necesitarían ser reconciliados y armonizados⁴. Mucho ha llovido desde entonces y, me temo, mucho lloverá. La presente investigación no pretende construir un modelo teórico de responsabilidad, como tampoco sentar sus bases. Más bien, tomando la sugerencia de Stratenwerth y de otros autores, se tratará de analizar, buscar, ordenar y reflexionar en esos elementos. Obviamente, una reconstrucción de un problema requiere inevitablemente de construcción, y no de mera excavación. En este sentido, la investigación pretende contribuir a la construcción de un modelo de imputación extraordinaria compatible con los principios y categorías del *Sistema de la Teoría General del Delito*.

CONSTRUCCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN Y METODOLOGÍA

En la *Primera Parte* se llevará a cabo una aproximación fundamentalmente descriptiva a los principales modelos teóricos construidos por la doctrina jurídico-penal para explicar la atribución de responsabilidad en situaciones reconocidas de defecto de imputación. La

³ Cfr. HRUSCHKA, «Probleme der actio libera in causa heute», JZ (1996), p. 313.

⁴ STRATENWERTH, «Vermeidbarer Schuldausschluß», *GS-Armin Kaufmann*, 1989, p. 485.

idea entonces será explorar los argumentos formulados en pos de poder identificar los aspectos problemáticos de la cuestión. Tales aspectos problemáticos serán ordenados y trabajados críticamente en las siguientes partes y capítulos de la investigación.

En la *Segunda Parte* se ordenan los problemas identificados a partir de los dos pilares conceptuales de todo sistema normativo: el concepto de norma y el concepto de responsabilidad. Uno después del otro. Pues no parece posible hablar de responsabilidad sin un sistema de normas prescriptivas que lo preceda ontológicamente. Se ha considerado necesaria la exploración de ambos conceptos para comprender y justificar un modelo teórico de imputación extraordinaria.

En la *Tercera Parte* se reconstruyen elementos esenciales de un modelo de imputación extraordinaria, para después situarlos donde corresponde en el marco de las categorías y estructuras de la teoría general del delito. A tal efecto, el esfuerzo se dirige, en primer lugar, a una tematización teórica y normativa de los elementos trabajados compatible con los principios jurídico-penales implicados. En segundo lugar, se tratará de someter a demostración el rendimiento teórico que pueden tener los elementos de un modelo de imputación extraordinaria para los grupos de casos identificados a la luz de categorías de la teoría del delito.

Cuando abordamos un problema teórico-jurídico, es necesario hacer un esfuerzo por distinguir —aunque no siempre sea fácil o posible— entre cuestiones *normativas* y cuestiones *analíticas o conceptuales*. Por cuestiones normativas entendemos aquellas que se dedican al estudio del derecho o sus instituciones desde una perspectiva moral o ético-social o ético-jurídica. Dentro de esta perspectiva, es posible distinguir entre un proceder *interpretativo* y uno *crítico*⁵. El primero se encarga de explorar una explicación de los fundamentos morales concretos del derecho vigente. El segundo, en cambio, se propone evaluar un sistema jurídico existente a partir de criterios morales. Por cuestiones analíticas se entienden aquellas que abarcan la tarea de indagar sobre la naturaleza del derecho o de las instituciones jurídicas. La presente investigación irá alternando la actitud analítica y la actitud normativa.

Como decíamos, esta demarcación no siempre es posible, al menos no en su versión estricta y sobre todo no en relación con algunos problemas. Para empezar, el jurista acostumbra a comprometerse con aproximaciones normativas, incluso cuando la

⁵ Sobre lo que sigue, véase Scott SHAPIRO, *Legalidad*, 2014, pp. 26 ss.

pretensión primaria sea la de analizar una determinada institución jurídica. Eso es lo que ocurre, por ejemplo, cuando por medio del análisis de conceptos jurídicos básicos como ‘norma’ o ‘deber’ se intenta, *al mismo tiempo*, proponer una *mejor* reconstrucción de alguna categoría o elemento de la teoría del delito. Es decir, se trata de proponer una mejor —y de ahí que hablemos en términos normativos— explicación o comprensión de un problema de relevancia teórico-jurídica. Desde ya hay que asumir que un intento tal puede tener éxito o puede fracasar, pero, en cualquier caso, el proceso de análisis puede ser caracterizado como instructivo en la medida en que mostraría carencias de racionalidad (consistencia) del problema o institución en cuestión⁶. Que el éxito no esté de entrada asegurado se debe, fundamentalmente, a que se parte de una intuición —de un momento de creatividad, que diría Popper— que no se corresponde con un paso científico. Sin embargo, siendo honesto, no encuentro otra forma de proceder para hacer mía la actitud con la que ha de dar comienzo toda investigación que pretenda llamarse *científica* o *técnica*.

⁶ Véase DUFF/GREEN, «Introduction», en los mismos (eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, 2011, pp. 3 s.

PARTE PRIMERA. APROXIMACIÓN A LA CONSTRUCCIÓN DE LOS MODELOS DE IMPUTACIÓN POR DEFECTO

Introducción

De lo que se trata en el derecho es de regular ciertas porciones de nuestra vida en sociedad. Ello se traduce en que nuestros comportamientos, por lo menos ciertos aspectos externos de ellos, han de ajustarse a lo dispuesto por el derecho. Cuando pretendemos teorizar sobre los comportamientos regulados por el derecho adoptamos necesariamente un punto de vista externo, el cual ha de permitirnos resolver el problema jurídico al que nos enfrentamos. En el contexto del derecho penal, la cuestión general a resolver es la de si un determinado comportamiento está regulado por el derecho y si puede atribuirse responsabilidad jurídico-penal por su realización. Esta operación de atribuir responsabilidad, que a grandes rasgos es propia de otras áreas del derecho y de prácticas sociales no formalizadas, es una operación que necesariamente tiene lugar *ex post facto*. De ahí que lo primero que se nos aparezca sea la situación de hecho conflictiva susceptible de constituir un hecho delictivo. Esa situación se corresponde en nuestro ámbito con la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico que se encuentra protegido por una norma de comportamiento. Las funciones básicas que desempeña el derecho penal son, entonces, las de hacer explícita una prohibición o un mandato, la de responsabilizar en caso de infracción y la de sancionar a la persona responsable.

Pues bien, en los casos presentados más arriba es fácil constatar la existencia de un comportamiento que *afecta* en mayor o menor medida a bienes jurídicos protegidos por el derecho penal. Incluso de una manera intuitiva, de percepción pública o sentimiento jurídico si se quiere, podríamos decir que son merecedores de sanción jurídico-penal; aunque también de manera intuitiva es posible advertir que la atribución de responsabilidad no sería del todo *limpia o directa*. Es decir, son situaciones-comportamientos susceptibles *prima facie* de ser penalmente sancionados, pero en los que, al parecer, la legitimidad de una atribución de responsabilidad requiere de algún plus de justificación. Siendo más específicos, podemos afirmar que en tales supuestos se da una particular estructura cuyo acomodo a partir de los criterios de responsabilidad que conforman el sistema del delito es más o menos compleja. Es la especial estructura temporal lo que rompe con la armonía de una atribución de responsabilidad *directa*. Concretamente, el no cumplimiento en mayor o menor medida del principio de

coincidencia entre la lesión y la actitud personal relevante hacia esa lesión. Y es a este principio al que eventualmente deberá hacerse excepciones en pos de una atribución de responsabilidad justa.

En el sector de la doctrina del que en adelante nos ocuparemos se parte, en sentido amplio, de dos premisas básicas adquiridas en gran medida de la tradición clásica. La primera se refiere a la distinción entre *actio libera in se* y *actio libera in sua causa*. Es decir, hay acciones *libres* y acciones *no-libres* pero que tienen una causa *libre*: el propio agente. De ello se obtiene para el derecho la discutida figura expresada en los siguientes términos: *actio non libera in se, sed in sua causa*. Qué deba entenderse aquí por “libre” es una cuestión que difiere según el planteamiento que se consulte. Pero lo significativo en este punto es destacar la distinción de esos dos momentos de análisis. La segunda premisa, de carácter pragmático (y funcional), se refiere a la distinción entre normas de comportamiento y reglas de imputación. Y es en el contexto de la imputación que cobra sentido lo señalado más arriba sobre los presupuestos de atribución de responsabilidad. Si imputar significa atribuir responsabilidad, y para atribuir responsabilidad tienen que darse ciertas condiciones asociadas a una idea de *libertad*, entonces la ausencia de tales condiciones de *libertad* impide la posibilidad de imputar. La profundización en estos elementos se llevará a cabo en el *Capítulo Primero*.

Según este sector doctrinal, estos elementos encontrarían cierto reflejo, en su respectivo nivel de abstracción, en nuestros ordenamientos jurídico-penales. En este sentido, suelen ser invocadas las regulaciones del error, de la provocación de trastornos mentales transitorios o de intoxicaciones plenas, la provocación de situaciones de peligro justificantes o exculpantes, etc. Estos preceptos establecerían una estructura conforme a la cual cabría identificar una acción no-libre, a la que le es imposible seguir la norma con normalidad, y una acción libre, responsable del estado de imposibilidad. Con ello no creo que pretenda sostenerse que el legislador penal tuviera la intención expresa de positivar una figura como la *actio libera in causa*, al menos no conscientemente. Pero sí que es indicador, como mínimo, de un modo de operar que tiene su origen en la sociedad. Es decir, hace explícita una práctica social. Con mayor motivo si concebimos la ley como el resultado de un proceso de sedimentación histórica y social que tiene en el legislador el lugar de su *último* depósito.

En cuanto a lo controvertido de tal estructura de responsabilidad, cabe advertir que con la expresión “*actio libera in causa*” se abre un cúmulo de cuestiones polémicas que alcanzan a distintos elementos de la teoría jurídica del delito. De hecho, más allá de una

modesta aceptación de tal estructura para ciertos casos expresamente previstos por el legislador, el sector mayoritario de la doctrina jurídico-penal contemporánea favorece un tratamiento (o quizá sólo una explicación) distinto. Ni todos los casos problemáticos antes expuestos son reconducibles a la estructura de la *actio libera in causa*, ni a todos subyace una problemática común. Por el contrario, existe un batiburrillo de conceptos, categorías y teorías elaboradas por la doctrina que se esfuerzan por dar una solución dogmática a estos casos problemáticos. Hasta donde alcanzo, siempre aspirando a resolver problemas de imputación personal en sentido amplio. Sin embargo, también en no pocas ocasiones perdemos de vista la posición holista conveniente en todo sistema (de conocimiento). Cuestión distinta es que se pueda mejorar.

El *Capítulo Segundo* se ocupa de una parte importante de la discusión que ha generado la figura *Obliegenheit* en el seno de la discusión jurídico-penal contemporánea. Desde sus inicios, la representación de esta discusión ha tenido como telón de fondo el debate en torno a la *actio libera in causa*. De hecho, desde un punto de vista conceptual no sería posible entender la discusión acerca de la *Obliegenheit* sin el escenario en el que nace: el problema de la atribución de responsabilidad jurídico-penal en situaciones en las que el sujeto en cuestión no reúne los presupuestos para ello —como la capacidad de acción o la imputabilidad—, es decir, situaciones en las que el sujeto que lesiona un bien jurídico es, *in actu*, incapaz de responsabilidad en términos jurídico-penales. Es decir, casos que tradicionalmente, aunque con cierta ambigüedad, han sido designados con la expresión *actio libera in causa*. Es, por tanto, de la necesidad de ofrecer una solución a estos supuestos de hecho capaz de satisfacer criterios dogmáticos y de justicia que indirectamente surge el recurso a la figura *Obliegenheit*.

Sin embargo, no es este el único escenario en el que se ha recibido con algo de interés —y más escepticismo— a la noción o figura *Obliegenheit*. En el ámbito de la dogmática jurídico-penal, su uso ha comenzado en cierto momento a extenderse, favorecido fundamentalmente por su falta de definición y, con ello, por su notable “aire de familia” con otras figuras destinadas a explicar o comprender otras realidades con relevancia en el ámbito del derecho penal. En este sentido, es posible identificar pues un territorio semántico en el que los usos de la noción se confunden y multiplican. Así, en los últimos años se ha sugerido emplear la figura para, por ejemplo, explicar o justificar la necesidad de que en nuestra condición de potenciales ciudadanos-víctimas activemos ciertas medidas de autoprotección de cara a evitar ser víctimas de delitos; se habla entonces de deberes u *Obliegenheiten* de autoprotección de la víctima, a cuya activación quedaría

supeditada la posibilidad de imputar objetivamente ciertos riesgos o resultados a quien los ha creado, al menos en una parte importante. Pero también se ha recurrido al término para referirse a determinadas situaciones de sujeción jurídica difusa en las que —debido sobre todo a cierta desidia del legislador penal—, es técnicamente aventurado hablar de auténticos deberes jurídico-penales. Me refiero aquí al debate generado en torno a la naturaleza de los programas de cumplimiento *normativo* para empresas.

A estas dos propuestas, las cuales tratan de poner nombre a fenómenos cuya relevancia para el derecho penal es más (programas de cumplimiento) o menos (victimo-dogmática) reciente, se le suman otras que, con el recurso a la *Obliegenheit* proponen renombrar figuras con cierta tradición en la dogmática penal. Detrás de tales pretensiones parece estar presente la necesidad de un mayor refinamiento conceptual, de modo que el concepto de *Obliegenheit* satisfaría, dicen, en mayor grado concretas condiciones teórico-jurídicas. Así ocurriría, por ejemplo, con respecto a las nociones de deber de cuidado, deber de conocer, deber de esfuerzo, propias de la imprudencia y los errores. Y, últimamente, un autor como Jakobs parece aplicarlo a cualquier suerte que le sea favorable: tentativa, participación en fase de preparación, medidas de seguridad o imputación a la víctima; advirtiendo, por lo demás, sobre la existencia de una notable proximidad semántica con su concepto de “competencia”.

CAPÍTULO PRIMERO. LOS MODELOS EXPLICATIVOS DE LA RESPONSABILIDAD POR DEFECTO DE IMPUTACIÓN

I. Introducción

Para los planteamientos objeto de análisis en este *Capítulo*, la distinción entre norma de comportamiento y regla de imputación sirve, por distintas razones, de estructura de análisis básica en la construcción de sus modelos de imputación⁷. Ello obedece, muy especialmente, a la idea de concebir la teoría del delito como una teoría de imputación de responsabilidad jurídico-penal, frente a la concepción quizá más extendida que la concibe como teoría de la infracción o legitimación de la norma de comportamiento⁸. La idea principal que subyace a la distinción es la necesidad —para algunos lógica— de separar categorialmente las cuestiones que obedecen a la antijuridicidad (o antinormatividad) de las cuestiones referidas a la imputación. Como veremos, este planteamiento ha influido de manera relevante en la obra de varios autores. La primera referencia a esta distinción puede encontrarse en la obra de Hruschka, quien por su parte encuentra en el iusnaturalismo racionalista del S. XVIII indicios sobre el empleo de esta distinción, muy próxima, como advertiría Fletcher, a la distinción entre reglas de justificación y reglas de exculpación⁹. La separación de ambos sistemas de normas toma la forma clara y precisa en el seminal trabajo de Hruschka «Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln»¹⁰. Como

⁷ Distinción que, como veremos, difiere de la otra más canónica entre los penalistas: entre norma de comportamiento y norma de sanción.

⁸ Paradigmático, en este sentido, el giro sistemático de MIR PUIG, «Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal», en *ADPCP*, 1994, pp. 5 ss.; EL MISMO, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., 1996, pp. XXIII ss. Un intento de conciliar algunas expresiones de ambas concepciones se encuentra en SILVA SÁNCHEZ, «¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas», en el mismo, *Normas y acciones en Derecho penal*, 2003, pp. 15 ss.

⁹ Cfr. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, 1978, pp. 491 ss., 515 s., 810 ss., entre otras.

¹⁰ HRUSCHKA, «Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln», *Rechtstheorie* 22 (1991), pp. 449-460. El proceso hasta llegar ahí se nutre de la filosofía medieval de Tomás de Aquino, la Escolástica tardía y la filosofía práctica moderna (iusnaturalismo racionalista e idealismo alemanes y la Ilustración escocesa), por un lado, y de la filosofía analítica anglosajona, por el otro. Para esto último, que no suele ser tan explícito, véase, HRUSCHKA, *Strukturen*, 1976, “Vorbemerkung”, y p. 3, nota 4a, donde se refiere al trabajo de Hart (*Ascription of Responsibility and Rights*), lamentando no haber podido considerarlo para la presente obra, pero subrayando la importancia del concepto “*ascription*”; EL MISMO, «Das Strafrecht neu durchdenken! Überlegungen aus Anlaß des Buches von George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*», *GA* (1981), pp. 237 ss., donde se refiere a lectura que efectúa Fletcher del derecho penal alemán, en la que se distingue entre antijuridicidad («*wrongdoing*») e imputación («*attribution*»), y donde, por cierto, Hruschka acude a argumentos lógicos para defender la distinción; EL MISMO, «Imputation», en *Brigham Young University Law Review*, 3, 1986, p. 670. Aunque, ciertamente, Hruschka siempre destacara la “conexión *histórica* entre la filosofía práctica ilustrada y el derecho penal moderno”. Sobre la influencia del proceder analítico, véase,

se indicó, otros autores han tratado posteriormente de reforzar directa o indirectamente esta dualidad de reglas, recurriendo para ello a las herramientas que proporciona filosofía analítica de la acción y del lenguaje o a la teoría jurídica de la misma tradición¹¹. Por último, otros autores reconocen en semejante distinción un buen punto de partida metodológico¹². Y, si bien este sector —como se ve, notablemente heterogéneo—, acoge esta primera distinción (para algunos, categorial, para otros, didáctica), los autores que lo conforman otorgan un contenido diferente a las categorías y conceptos que de ella se van derivando, hasta el punto de perfilar distintos modelos de atribución de responsabilidad. Y de ahí que sea ilustrativo referirnos a una *doctrina de la imputación clásica*, a una *teoría analítica de la imputación*, a una *teoría dialogal de la responsabilidad* y a una *teoría funcional de la imputación*¹³.

Debe advertirse, no obstante, que esta clasificación ha de ser relativizada, pues en todas estas construcciones puede reconocerse una influencia *clásica*, un estilo *analítico*, un *diálogo* entre el sujeto de la imputación y el sujeto imputante y, en fin, la *función* que debe cumplir la operación de imputación. Sin embargo, lo clásico (que, en este caso, cubre un período que transcurre desde la Baja Edad Media hasta la Época Moderna) se revela paradigmáticamente en el modelo de Hruschka. Por su parte, el estilo analítico, como un modo más o menos concreto de concebir la praxis filosófica, se hace mayormente visible en el modelo de Kindhäuser. El modelo dialogal de responsabilidad es denominado así por Neumann en expresa referencia al proceso penal. Y, por último, lo funcional se

por ejemplo, el tratamiento de la causalidad que hace JOERDEN, *Strukturen*, pp. 41 ss., con notas 96 y 99. Es también una distinción cercana a la que media entre regla de comportamiento y sanción en la teoría del derecho hartiana, HART, *The Concept of Law*, 2ª ed., 1994, pp. 33 ss. Sobre esta distinción en el marco de las “reglas del derecho penal” en el concepto de derecho hartiano, véase MAÑALICH, «Reglas primarias de obligación. Las “reglas del derecho penal” en el concepto de derecho de H.L.A. Hart», *ZIS* 11/2012, esp. pp. 581 ss. Distinción que recibe importantes críticas, sobre todo en su versión analítica *pura*, por parte de ROBLES PLANAS, en «Estudio preliminar», en Frisch, *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*, (trad. de Coca Vila), 2015, pp. 33 ss., con ulteriores referencias a Renzikowski y a Freund; en el mismo sentido, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos*, 2016, p. 156, nota 132. Sobre todo ello habrá de volverse en la segunda parte del trabajo.

¹¹ Por citar los principales trabajos, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, 1989, pp. 41 ss., VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikte*, 1993, pp. 68 ss., o MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung. Normtheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht*, 2009, pp. 48 ss.

¹² Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, 2012, pp. 255 ss., con nota 4.

¹³ Robles Planas se refiere, por ejemplo, a una teoría *clásica* de la imputación y a una teoría *analítica* de la imputación (*Ibidem*, p. 29), a la que habría que sumar una teoría *funcional* de la imputación. Mañalich, en cambio, se refiere a una “auténtica teoría analítica de la imputación”, en los términos de un modelo analítico (REJ, 2010, p. 170).

manifiesta con mayor fuerza en el modelo de Pawlik. La exposición de los modelos explicativos de estos autores ha de mostrar un panorama de las líneas de discusión trazadas por la doctrina y permitir identificar sus puntos problemáticos.

En este contexto, aunque son varios los autores que acogen con más o menos matices la figura de la *Obliegenheit* por resultarles funcional a su modelo de atribución de responsabilidad, son pocos los que realmente tematizan sobre su naturaleza y fundamento. Las razones, como veremos, son varias.

II. El modelo clásico de imputación. La concepción de las normas reconstruida por Hruschka

Si bien la premisa teórica fundamental se encuentra en la diferenciación funcional entre una y otra clase de regla (de comportamiento y de imputación), el origen del planteamiento de Hruschka se centra, sobre todo, en el proceso histórico y teórico de distinción de dos niveles de imputación (*imputatio facti e imputatio iuris*), por un lado, y la noción de aplicación de la ley al hecho (*applicatio legis ad factum*), por el otro. Ello se corresponde parcialmente con la distinción entre justificación y exculpación. A este primer paso le seguirá la distinción entre dos formas de imputación, una ordinaria y otra extraordinaria, que toma como base la consideración anunciada de que existen acciones libres en sí mismas consideradas (*actio libera in se*) y acciones libres si las consideramos en su causa (*actio libera in causa*). Todo ello aspira a conformar las categorías básicas del lenguaje de la imputación; o, como apunta el propio Hruschka, del lenguaje de la moral en sentido amplio, es decir, el que tiene como objeto de referencia a la acción¹⁴. Lejos de constituir un lenguaje técnico (por ejemplo: jurídico), el lenguaje de la

¹⁴ HRUSCHKA, en *BYULR*, p. 669 s.; EL MISMO, *Strukturen*, p. 8 s., nota 8; JOERDEN, *Strukturen, passim.*, quien precisamente distingue entre *causa naturalis*, *causa moralis* (por ser un mero comportamiento humano) y *causa moralis libera* (comportamiento humano que además es libre) (pp. 31 ss.). Véase, también, PAWLIK, *Das Unrecht*, pp. 282 s. A esto parece referirse Habermas cuando alude al “Sprachspiels der verantwortlicher Urheberschaft”, en HABERMAS, «Das Sprachspiels del verantwortlicher Urheberschaft», en Krüger (ed.), *Hirn als Subjekt?*, 2007, pp. 270 s. Utiliza también la expresión “lenguaje de la imputación”, MAÑALICH, «El concepto de acción y el lenguaje de la imputación», en *Doxa* 35 (2012), señalando correctamente que no siempre que se utiliza el término ‘acción’ puede implicarse en el hablante la realización de un acto del habla cuya fuerza pragmática sea distintivamente adscriptiva (p. 670), pues ello sería incurrir en la falacia del acto del habla propia de la temprana formulación hartiana del adscriptivismo (pp. 667 ss., y *passim*).

imputación se hace explícito en el marco de las relaciones cotidianas¹⁵, es decir, es un lenguaje ordinario¹⁶.

Es tiempo después cuando el desarrollo del planteamiento de Hruschka toma forma bajo la distinción de dos clases de reglas (comportamiento e imputación) como estructuras fundamentales en la construcción dogmática del delito. En la base de esa diferencia se hallaría la que media entre el lenguaje prescriptivo y adscriptivo¹⁷. Así, mientras que las reglas de comportamiento, como instancias de lenguaje prescriptivo, indican “cómo hay que actuar”, las reglas de imputación, instancias de lenguaje adscriptivo, “indican lo requerido para atribuir algo”¹⁸. El sistema de reglas de comportamiento está integrado por prohibiciones, prescripciones y permisiones (excepciones a prohibiciones y prescripciones), cada una de las cuales desempeña una doble función, la cual dependerá de quién cuente como potencial destinatario. Así, dirigidas a las personas sometidas a un determinado orden normativo, las reglas de comportamiento cumplen una función prospectiva (hacia el futuro) que les prohíbe, ordena o permite una determinada forma de comportamiento¹⁹. Esas mismas reglas cumplen una función retrospectiva cuando, dirigidas al juez, son aplicadas como baremo de medición del hecho del agente²⁰. Se habla entonces de tipos comisivos, tipos omisivos y tipos permisivos, respectivamente²¹.

Las reglas de imputación conforman un sistema de reglas distinto. Si bien se dirigen al juzgador indicándole cómo debe imputar, y en ese sentido *son* prospectivas, su función

¹⁵ HRUSCHKA, en *BYULR*, p. 670. Creo encontrar esta idea en ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, (trad. y notas Pallí Bonet), Gredos, 2014, Libro III, pp. 72 s.; véase también, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, 2008, p. 47, entre otras; KINDHÄUSER, «Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht», en *JRE* 1994, p. 339; EL MISMO, «Zur Logik des Verbrechensaufbaus», en Koch (ed.) *Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten auf neue Fragen?*, 1997, p. 78.

¹⁶ HIERRO, *Problemas del análisis del lenguaje moral*, 1970, p. 47.

¹⁷ HRUSCHKA, «Reglas de comportamiento y reglas de imputación» (trad. Baldó Lavilla), en el mismo, *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, 2ª ed., 2009, p. 29; EL MISMO, *Strafrecht*, pp. 326 s., 364 s., 425 s.; véase también, JOERDEN, *Strukturen der strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*, 1988, p. 36, con nota 70, p. 58 ss., con nota 133; HRUSCHKA/JOERDEN, *ARSP* 73 (1987), pp. 93, 98 ss.; KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 29 ss.; TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1992, pp. 16 ss.; VOGEL, *Norm*, pp. 27 ss.; MAÑALICH, *Nötigung*, pp. 23 ss., 186 ss., y *passim*. Estos usos del lenguaje se distinguen, a su vez, del lenguaje descriptivo.

¹⁸ SÁNCHEZ-OSTIZ, *FS-Streng*, p. 3, nota 17.

¹⁹ HRUSCHKA, en *Imputación y Derecho penal*, p. 13; EL MISMO, *Strafrecht*, pp. 424 ss.

²⁰ No son “retrospectivas” porque se *dirijan* al juez, pues toda norma práctica apunta al futuro, sino porque la *función* que cumplen al ser aplicadas por aquél es la de valorar lo acaecido.

²¹ Cfr. HRUSCHKA, en *Imputación y Derecho penal*, p. 13; SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, p. 470. Algunos autores han sugerido que la doble función (configuración/medición) se corresponde con la que tradicionalmente se conoce como función de determinación y función de valoración, respectivamente.

básica es de carácter retrospectivo, es decir, apuntan hacia el pasado²². Según Hruschka, las reglas de imputación atribuyen un hecho a un agente y un hecho a su agente a en la forma de un reproche. Operan entonces en dos momentos, y sobre dos objetos, distintos, lo que permite hablar de dos niveles de imputación, construido el uno sobre el otro²³. A cada nivel de imputación corresponde una idea de libertad²⁴, manifestada en concretas circunstancias constitutivas (o relevantes) de la imputación (*zurechnungskonstitutive oder -relevante Merkmale*)²⁵. Así, procede la imputación de primer nivel, a la que denomina *imputatio facti*, cuando el sujeto ha tenido una alternativa a su hecho comisivo u omisivo²⁶, lo que se traduce en tres condiciones de imputación cumulativas: 1) la posibilidad física de la conducta alternativa; 2) la inexistencia de necesidad física (*vis absoluta*); 3) el conocimiento de la situación relevante o de su alternativa²⁷. Todas las condiciones son reconducibles a la *posibilidad* de elegir (por tanto, intencionalmente) la conducta alternativa. Sin posibilidad física no existe posibilidad de alternativa. Esto ocurre también con la *vis absoluta* por aquello de que lo que es necesario no es posible alterar. Y sin conocimiento de la alternativa no es posible elegirla, salvo que medie casualidad, pero entonces no sería por elección. Es decir, lo que no se conoce no está al alcance de poder ser elegido. Son, por tanto, condiciones cuya ausencia dan lugar a la aplicación del principio *ultra posse nemo obligatur*.

Por su parte, la imputación de segundo nivel, a la que denomina *imputatio iuris*, tiene lugar cuando el autor que obra conociendo la antijuridicidad de su hecho tiene un motivo, y ningún contramotivo comprensible, para actuar conforme a su deber²⁸. Ello se materializa en otras tantas condiciones de imputación: 1) la posibilidad *moral* o inexistencia de una situación de necesidad exculpante (*vis compulsiva*); 2) el conocimiento de la antijuridicidad del comportamiento²⁹. Cuando concurren estas condiciones de imputación se considera que el sujeto actúa con libertad plena para poder

²² Cfr. HRUSCHKA, en *Imputación y Derecho penal*, p. 15, con nota 7. En el ámbito angloamericano, véase, Michael S. MOORE, «Prima Facie Moral Culpability», *Boston University Law Review*, vol. 76, pp. 320 ss.

²³ Cfr. HRUSCHKA, *Strukturen*, p. 35; EL MISMO, *Strafrecht*, pp. 337 ss.; EL MISMO, en *Imputación y Derecho penal*, p. 15 s.

²⁴ Cfr. HRUSCHKA, «Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen», *ZStW* 110 (1998), p. 601 s.; JOERDEN, *Strukturen*, p.; EL MISMO, *Logik im Recht*, 2010, pp. 263 ss.

²⁵ Cfr. HRUSCHKA, *Strafrecht*, pp. 364 ss., 426. Estas circunstancias se distinguen de aquellas que constituyen la valoración (*bewertungskonstitutive Merkmale*) (ibidem); en este sentido, también, JOERDEN, *Strukturen*, p. 36, con nota 70.

²⁶ Cfr. HRUSCHKA, en *Imputación y Derecho penal*, p. 16. Sobre lo que sigue, en idéntico sentido, JOERDEN, *Strukturen*, pp. 36 ss., esp. 40 ss.

²⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 20; JOERDEN, *Strukturen*, p. 38.

²⁸ Cfr. HRUSCHKA, en *Imputación y Derecho penal*, p. 22.

²⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 22 s.; EL MISMO, *Strukturen*, pp. 43 s.

seguir la norma³⁰. En cambio, la ausencia de alguna de las condiciones de imputación en alguno de los dos niveles, y, por tanto, la ausencia de cierta manifestación o significado de libertad, opera como razón para excluir la imputación. Es entonces que tales condiciones se erigen en presupuestos necesarios para la atribución de responsabilidad jurídico-penal³¹.

La siguiente distinción que formula Hruschka es entre dos formas de imputación, una ordinaria y otra extraordinaria³². De nuevo, a esta distinción subyace otra quizá más expresiva: la distinción entre *actio libera in se* y *actio libera in sua causa*. Así, la imputación es ordinaria si el objeto de imputación está al alcance del sujeto, es decir, si la acción es libre en sí misma considerada. Presupuestos de esta libertad son las condiciones de imputación que acabamos de esbozar³³. Para este caso, el objeto y el fundamento de imputación coinciden en un mismo momento (*in actu*). Es, en este sentido, una estructura temporal (es decir, fáctica) de responsabilidad sometida a reglas ordinarias. En cambio, se procede a imputar extraordinariamente cuando, si bien el objeto de imputación no está al alcance del sujeto en el momento decisivo (*in actu*), se entiende que es el sujeto el responsable de que ello sea así³⁴. Esto es, una acción lesiva que no es libre en sí misma considerada, pero que sí lo es en su causa. Concorre, por tanto, una razón de exclusión de la imputación de la cual, sin embargo, se hace responsable al propio sujeto³⁵. Para este caso, no sería posible sostener la coincidencia en un mismo momento (*in actu*) entre el objeto y el fundamento de imputación, lo que permite advertir, en su caso, la presencia de una distinta estructura temporal (fáctica) de responsabilidad: una estructura extraordinaria.

Siguiendo este planteamiento, Sánchez-Ostiz sugiere distinguir dos clases de reglas de imputación, ordenadas según el modo que tengan de operar, que denomina «reglas

³⁰ Cfr. HRUSCHKA, *Strukturen*, p. 55; EL MISMO, en *BYULR*, p. 696 s. La idea de libertad asociada a la posibilidad de seguir una regla se encuentra ya en Kant (como ley práctica).

³¹ Cfr. *Ibidem*, p. 687; JOERDEN, *Strukturen, passim*, por ejemplo, p. 45; EL MISMO, *Logik im Recht*, 2ª ed., 2010, pp. 80, 186; SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad*, pp. 143 ss.

³² Véase, entre otros lugares, el también seminal, HRUSCHKA, «La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf. Sobre la historia y el significado de la diferencia entre *actio libera in se* y *actio libera in sua causa*» (trad. Pastor Muñoz), en *Imputación y Derecho penal*, pp. 51 ss.; EL MISMO, en *Imputación y Derecho penal*, pp. 23 ss. Aunque en opinión del autor la distinción encontraría en Pufendorf a su precursor, la denominación «ordinaria» y «extraordinaria» es sugerida por el propio Hruschka. Sobre la posibilidad de reconstruir la imputación kantiana sobre esas mismas formas de imputación, véase, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, pp. 34, nota 60, 150 ss., esp. 535, con nota 89.

³³ Cfr. De ello se sigue que el concepto de acción utilizado por Hruschka no es ontológico, sino que resulta de un proceso de interpretación, HRUSCHKA, *Strukturen*, p. 13 s.

³⁴ Cfr. HRUSCHKA, en *Imputación y Derecho penal*, p. 64; JOERDEN, *Strukturen*, p. 46, nota 104.

³⁵ Cfr. HRUSCHKA, en *Imputación y Derecho penal*, p. 23.

consecutivas» y «reglas adversativas»³⁶. Las primeras operarían cuando “uno de los términos es consecuencia del otro”: si se trata de atribuir un hecho a su agente y el hecho requiere que exista control de la situación, entonces si se da este control el hecho podrá ser consecutivamente atribuido a su agente. Por su parte, las reglas adversativas permitirían “imputar *a pesar* de no darse los elementos que fundamentan la imputación de manera (...) consecutiva”³⁷.

Por tanto, en función de la presencia o no de las condiciones primarias de imputación, se hace posible identificar dos estructuras de responsabilidad diferentes. Es en este punto donde cobra relevancia el recurso a la figura *Obliegenheit*. Concretamente, encontraría su justificación en el contexto de la estructura que viene recibiendo el nombre de «extraordinaria» o «adversativa».

De entrada, parece natural la proyección de las categorías básicas del lenguaje de la imputación desarrollado por Hruschka sobre las categorías tradicionales de la teoría del delito. En el marco de la estructura de imputación ordinaria, esto es, de las condiciones primarias de imputación, el primer nivel de imputación se correspondería con el establecimiento por parte del juzgador de un comportamiento humano (voluntario) y con la atribución de responsabilidad a título de dolo. Imputado el hecho, éste pasaría a valorarse conforme al tipo penal concreto, lo que se correspondería con la tipicidad y la antijuridicidad. En el segundo nivel, la imputación ordinaria se traduce en la atribución de responsabilidad a título de culpabilidad. En relación con la estructura de imputación extraordinaria, ésta asume, por definición, la ausencia de alguna de las condiciones ordinarias de imputación, tanto del primer como del segundo nivel. En el primer nivel, proyectado sobre la categoría sistemática del injusto, se da cuenta de los casos de ausencia de acción (ausencia de voluntad), error de tipo (ausencia de dolo) en imprudencia. En el segundo nivel —categoría sistemática de la culpabilidad—, se proyecta sobre los casos de error de prohibición (ausencia conocimiento antijuridicidad), estado de necesidad

³⁶ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, pp. 35 ss.; EL MISMO, «Teoría del delito, imputación extraordinaria e incumbencias», en *La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, p. 142 y *passim*.; EL MISMO, «Las incumbencias como normas de conducta», en Silar/Schwember (eds.), *Racionalidad práctica. Intencionalidad, normatividad y reflexividad. Comunicaciones a las XLV Reuniones Filosóficas*. Cuadernos de Anuario Filosófico. Serie universitaria, nº 212 (2009), p. 158. Siguiendo el camino de la doctrina clásica de la imputación recuperado por Hruschka, Sánchez-Ostiz concibe la teoría del delito como teoría de la imputación. Como veremos, los estudios de este autor profundizan en el estatus teórico y práctico de la doctrina de la imputación, así como en la naturaleza y el contenido de la figura de la *Obliegenheit*, que traduce como “incumbencia”. El creciente interés en la literatura hispanohablante por tal figura se debe, en gran medida, a la contribución de este autor. Lo mismo puede afirmar quien esto escribe.

³⁷ *Ibidem*, pp. 142 s.

exculpante (ausencia de exigibilidad de una motivación normal) e inimputabilidad (ausencia motivación o actuar conforme a ésta)³⁸. Situaciones, por tanto, en las cuales el sujeto se halla, en un sentido amplio, en situación de defecto de imputación.

Sin embargo, para que sea posible hablar de imputación propiamente extraordinaria —es decir, para poder atribuir responsabilidad en estos casos de defecto—, es necesario poder hacer responsable al sujeto de su propio defecto de imputación. No basta con la constatación del defecto, sino que este ha de poder ser imputado. En palabras de Hruschka, debemos preguntarnos “en qué casos de *actio non libera in se* podemos hablar de una «*actio libera in sua causa*», y, con ello, efectuar una imputación extraordinaria”³⁹. Concebida en un sentido amplio por estos autores, la estructura extraordinaria y la posibilidad de imputación tiene lugar en situaciones que van desde la *provocación* de la ausencia de acción a la de ausencia de imputabilidad, pasando por los errores *vencibles* (incluyendo entonces la imprudencia y el desconocimiento de la antijuridicidad), la *provocación* de situaciones de peligro justificantes y exculpantes, e incluso la *ceguera* frente a los hechos o el derecho⁴⁰. En todos estos casos se estaría operando a partir de reglas de imputación extraordinaria y sólo la infracción de una *Obliegenheit* previa permitiría “atribuir al agente responsabilidad aun en casos de defectos propios que excluirían *ordinariamente* esa imputación”⁴¹. Por consiguiente, en la medida en que tales defectos fueran evitables (en el sentido de que pudieran y debieran ser evitados), podría entenderse que fueron provocados de alguna forma responsable⁴². Se da así una respuesta a la cuestión de *por qué* atribuir responsabilidad aun cuando no concurren los requisitos

³⁸ Al respecto, en detalle, véase HRUSCHKA, en *Imputación y Derecho penal*, pp. 23 ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, pp. 449 ss., 503 ss.; EL MISMO, «Repercusiones de la doctrina de la imputación en las teorías del delito de la actualidad», «La teoría jurídico-penal del delito y la doctrina clásica de la imputación», «Casos difíciles, teoría del delito y doctrina de la imputación. Un análisis desde la diferenciación entre reglas de conducta y reglas de imputación», todos ellos agrupados en, EL MISMO, *La libertad*.

³⁹ HRUSCHKA, en *Recht auf Rausch und Selbstverlust durch Sucht*, 2003, p. 298; JOERDEN, *Strukturen*, p. 36 s.

⁴⁰ Cfr. Hruschka, *Strafrecht*, pp. 277 ss., 291 ss., 304 ss., 315 ss., 322 ss., entre otras; SÁNCHEZ-OSTIZ, *Racionalidad práctica*, p. 553.

⁴¹ SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, p. 555 (énfasis original). Ya antes, HRUSCHKA, *Strukturen*, p. 49 s.; EL MISMO, «Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit», en Art. Kaufmann (ed.) *FS-Bockelmann*, 1979, p. 426.

⁴² SÁNCHEZ-OSTIZ, en *La libertad*, p. 142.

exigidos ordinariamente⁴³. Y esa respuesta pasa, necesariamente, por las *Obliegenheiten* y su infracción.

III. Variación del modelo clásico: el modelo analítico de Kindhäuser

La premisa teórica que distingue entre ambos tipos de reglas es el patrón armónico asumido por otro sector doctrinal, encabezado por Kindhäuser. Este sector, lejos de ahondar en las raíces históricas recuperadas por Hruschka, que en términos generales comparte⁴⁴, se esfuerza en reforzar la distinción a partir de un análisis teórico-jurídico apoyándose, además, en un aparato conceptual tomado de la filosofía (analítica) del lenguaje y de la acción⁴⁵. Como hemos visto, asumir la premisa teórica lleva asociadas otras dos distinciones, según los niveles de imputación (primer y segundo nivel) y según la forma de imputación (ordinaria y extraordinaria). Pues bien, también estas estructuras son asumidas por este sector doctrinal. Sin embargo, como veremos, la reconstrucción analítica del hecho punible difiere en parte de la desarrollada por Hruschka.

El principal argumento formulado por Kindhäuser en pos de la distinción normológica es de carácter lógico-formal: desde esta perspectiva, las normas de comportamiento no pueden referirse a la medida de su propia vinculación ni a “las condiciones bajo las cuales ha de responderse por un déficit de reconocimiento de su vinculatoriedad de modo eficaz para la acción”⁴⁶. Esto es, una norma de comportamiento no puede lógicamente prescribir su propio seguimiento (no pueden ser autorreferentes). La eficacia de una norma, medida a partir de su seguimiento, es una cuestión que correspondería más bien a la norma de sanción. A partir de esta constatación, Kindhäuser considera necesario separar de manera radical los problemas relativos a la norma de los que pertenecen a la imputación. En este sentido, si el lenguaje utilizado con el establecimiento de las normas es de carácter prescriptivo y el utilizado en la imputación es adscriptivo, la separación de ambos

⁴³ Es decir, por qué podemos decir que algo es un hecho, o que quien realiza un hecho antijurídico es culpable, véase SÁNCHEZ-OSTIZ, «¿Incumbencias en Derecho penal? Depende», en *InDret Penal* 1/2015, p. 11.

⁴⁴ Véase, por ejemplo, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 82, nota 41, 120 ss.; VOGEL, *Norm*, p. 57 s.; MAÑALICH, *Nötigung*, p. 16.

⁴⁵ Sobre las particularidades de este modelo, véase, entre muchos otros trabajos, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, *passim*; más recientemente, EL MISMO, «El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica de la teoría de la imputación objetiva», *InDret Penal* 4/2008 (2007); TOEPEL, *Kausalität*, pp. 16 ss.; VOGEL, *Norm*, pp. 27 ss., 57 ss.; MAÑALICH, *Nötigung*, *passim*; EL MISMO, *Norma, causalidad y acción*, 2014, *passim*.

⁴⁶ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 29 s., 58, 81, 132 ss.; VOGEL, *Norm*, p. 42; MAÑALICH, *Nötigung*, p. 36 s.

aspectos habrá de obedecer también a las diferentes razones teleológicas perseguidas con uno y otro: mientras que la norma de comportamiento expresa “las condiciones bajo las cuales determinados intereses de protección tienen prioridad sobre intereses de acción ubicuos”, es decir, tiene como fin la protección de bienes jurídicos, la sanción “asegura el reconocimiento de la norma como directiva de conducta vinculante”⁴⁷, esto es, su vigencia fáctica.

Junto a esta primera división, estos autores operan con la que media entre norma de comportamiento y deber⁴⁸. Así, mientras que la norma contiene una proposición normativa abstracta, el deber es la concreción de ese contenido proposicional para un sujeto en una situación concreta. Existe pues una relación de derivación de tipo pragmática⁴⁹, en la que intervienen criterios relevantes a efectos de imputación. Así, de una norma de comportamiento jurídico-penalmente reforzada es posible derivar un deber jurídico-penalmente reforzado para el caso concreto sólo si el destinatario reconoce la situación que hace aplicable aquella norma. Por ejemplo, de la norma de comportamiento “¡Nadie debe matar!” puede inferirse el deber para A de no empujar a B si, además de reconocer la norma —lo que, como veremos, es formulado como hipótesis contrafáctica—, sabe (A) que detrás de B se abre un precipicio. La formulación del deber sería: “¡No debes empujar a B!”. El destinatario de la norma ha de disponer entonces de ciertas capacidades, tanto físicas y cognitivas como de motivación. De no concurrir tales capacidades individuales la norma de comportamiento no opera como razón para la acción, es decir, más allá de estar instituida no *existe para* el sujeto⁵⁰, no puede hablarse de deber. Esto impide que, de entrada, la realización del objeto de la norma de comportamiento (tipo objetivo) pueda ser imputada al sujeto como infracción de deber (injusto de acción). No hay, por tanto, *razón* para afirmar que el deber haya sido infringido o que el sujeto haya podido motivarse conforme a él. Consecuentemente, a esta distinción entre norma (*Norm*) y deber (*Pflicht*) le sigue la de antinormatividad (*Normwidrigkeit*) y

⁴⁷ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 30, 80. Según este autor, la tarea del derecho penal no se agota en la mera estabilización normativa, sino que asegurar la vigencia de la norma es un “derivado del fin de permitir y garantizar el desarrollo personal del individuo a través la confianza recíproca de las partes de la interacción en su sentido de la justicia” (*ibidem*, nota 7); véase también, VOGEL, *Norm*, pp. 28 s.

⁴⁸ Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 50 ss.; VOGEL, *Norm*, 40 ss., 70 ss.; RUDOLPH, *Korrespondenzprinzip*, pp. 48 s.; MAÑALICH, *Nötigung*, pp. 54 ss. Sobre esta distinción, si bien formulada en distintos términos, véase Arm. KAUFMANN, *Lebendiges und totes in Bindings Normentheorie*, 1954.

⁴⁹ VOGEL, *Norm*, p. 42; MAÑALICH, en *REJ*, pp. 173, 175, 180. En expresión de Kaufmann, ese “emanar-de-la-norma” (*Auf-der-Norm-fliessen*) del deber, no es, por tanto, de carácter lógico, sino pragmático. Esto, como veremos, puede ocasionar fricciones con la noción de silogismo.

⁵⁰ Cfr. MAÑALICH, *Norma*, pp. 23 y s.; SÁNCHEZ-OSTIZ, *FS-Streng*, (p. 6), quien habla de un proceso de «autonomización».

contrariedad a deber (*Pflichtwidrigkeit*), a la que finalmente habrá de suceder la desautorización o contradicción de la norma (*Desavourierung der Norm/Normwiderspruch*).

La reconstrucción del hecho punible a partir de estas distinciones conceptuales comienza en el modelo propuesto por Kindhäuser con el establecimiento de la antinormatividad. Aquí la cuestión es si el comportamiento causal del autor está comprendido en el tipo de una prohibición o mandato, es decir, si satisface sus propiedades, lo que únicamente puede comprobarse *ex post* a partir de una deducción lógica⁵¹ (subsunción). De este modo resulta el primer *objeto de imputación*, correspondiente al primer nivel de imputación⁵². Ello supone una primera divergencia con el modelo desarrollado por Hruschka. Como vimos, para este autor el primer paso consiste en determinar si la producción o no producción de un suceso puede verse como la realización de un hecho (acción), esto es, si puede atribuirse a la voluntad básica de una persona, que entonces es declarada artífice del suceso⁵³. Es lo que se conoce como *imputatio facti* o imputación de primer nivel, y que en el modelo de Hruschka será siempre condición de posibilidad por el segundo paso, *la applicatio legis ad factum*⁵⁴.

El segundo paso en el modelo de Kindhäuser lo conforma el *establecimiento* de la contrariedad a deber. La cuestión ahora consiste en determinar si el autor fue capaz en el momento de la decisión de evitar el comportamiento antinormativo. Se trata de un *criterio* que posibilita la *imputación* de la antinormatividad como contrariedad a deber⁵⁵. Deber es entonces la sujeción a la norma en la medida del poder personal⁵⁶. Y es esta contrariedad a deber la que a su vez conforma el objeto del segundo nivel de imputación, que es el tercer y último paso en el modelo de responsabilidad de Kindhäuser. Para ello debe determinarse si existen razones por las cuales el autor, a pesar de ser capaz de acción, no se ha formado el motivo para el seguimiento de la norma de manera eficaz para la

⁵¹ Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 53; VOGEL, *Norm*, p. 49; En contra, KUHLEN, *GA* 1990, 477 (480); FRISCH, *Verhalten*, p. 71 s. Para una crítica más reciente, véase MURMANN, «Zur Berücksichtigung besonderer Kenntnisse, Fähigkeiten und Absichten bei der Verhaltensnormkonturierung», en Putzke et al. (coords.), *FS-Herzberg*, 2008, pp. 123 ss.

⁵² Cfr. KINDHÄUSER, *InDret Penal* 4/2008, p. 7 s.

⁵³ Cfr. HRUSCHKA, en *Imputación y Derecho penal*, p. 65.

⁵⁴ Cfr. HRUSCHKA, *Strukturen*, pp. 30 ss.; EL MISMO, *Strafrecht*, 366; EL MISMO, en *BYULR*, pp. 672 ss.; EL MISMO, en *Imputación y Derecho penal*, pp. 17 ss. Véase, al respecto, la muy constructiva crítica de MAÑALICH, *Nötigung*, pp. 53 s.

⁵⁵ Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 35, 46 ss., 50 ss., 66 ss.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 18. Deber es por tanto la existencia de la norma en sentido subjetivo, MAÑALICH, *Norma*, pp. 26 ss.

acción. Es lo que se conoce como capacidad de motivación. En otros términos, pero con igual resultado —a imputación a la culpabilidad—, vimos que funcionaba la *imputatio iuris* en el modelo de Hruschka. Así, para poder atribuir responsabilidad al autor, este tiene que disponer de la capacidad actual —es decir, en el momento de decidir sobre evitación de realización del tipo— de acción y de motivación para evitar la realización del tipo penal⁵⁷. Opera por tanto el principio *ultra posse nemo obligatur*, según el cual nadie está obligado más allá de sus capacidades.

Sin embargo, de un autor no sólo se espera que actúe de otro modo cuando tiene conciencia actual de la evitabilidad de su comportamiento prohibido, sino que también pueden considerarse expresión de una falta de reconocimiento de la norma ciertas situaciones de incapacidad actual, fundamentalmente si era tarea del autor asegurar semejante capacidad⁵⁸. Para Kindhäuser, esto es lo que ocurre en situaciones de imprudencia o error de tipo (en el nivel de la capacidad de acción) y en casos de error de prohibición evitable y provocación de causas de exculpación o de exclusión de la culpabilidad (en el nivel de la capacidad de motivación). Solo en esta última constelación de casos se refiere Kindhäuser a la *actio libera in causa*⁵⁹. Y, siguiendo a Hruschka, todos ellos se basan en la aplicación de reglas de excepción al principio *ultra posse nemo obligatur*⁶⁰.

Precisamente, a que a quien no reúne esa capacidad situacional tampoco se le presenta la norma en cuestión como razón para su actuar intencionalmente conforme a esa norma. En virtud de la aplicación del principio *ultra posse nemo obligatur*, ello presenta una dificultad para atribuir responsabilidad por el comportamiento antinormativo que de ahí resulte. Para tratar de fundamentar una solución justa en estos supuestos, Kindhäuser se refiere a la importancia para la imputación de las acciones coadyuvantes o auxiliares (*Hilfshandlungen*), esto es, de acciones que condicionan el actuar conforme a la norma⁶¹.

⁵⁷ En el modelo de Kindhäuser, ambos niveles de imputación se corresponden e inspiran en el modelo de intenciones escalonadas del filósofo Harry G. Frankfurt. Este modelo consiste en la diferenciación entre la intención (de primer orden) de ejecutar una determinada acción, y la intención (de segundo orden) de anteponer tal intención de primer orden frente a otras posibles intenciones conflictivas. La acción de primer orden tiene como intención la evitación de realización del tipo; la de segundo orden, la intención de evitar la realización del tipo porque se tiene la intención de seguir la norma, cfr. KINDHÄUSER, en Koch (ed.) *Herausforderungen*, pp. 86 ss. Crítico, PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 263 y nota 38.

⁵⁸ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 63 s.

⁵⁹ Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 120 s.; EL MISMO, en Koch (ed.) *Herausforderungen*, p. 93.

⁶⁰ Cfr. KINDHÄUSER, «Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht», en *JRE* (2) 1994, p. 339.

⁶¹ Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 64 s.; EL MISMO, *FS-Schünemann*, 2105, p. 151; VOGEL, *Norm*, p. 74. Esta acción es un ejemplar de *actio praecedens* en la estructura de la *actio libera in causa*.

Concretamente, serían acciones de precaución (*Vorsorgehandlungen*), cuya ejecución aseguraría la adquisición o mantenimiento de la capacidad de seguir la norma⁶². Pero, como veremos, Kindhäuser advierte que la exigencia de esta acción con relevancia como criterio de imputación no puede pertenecer, por razones lógicas, a la norma de comportamiento en cuestión. La solución pasa, de nuevo, por una exigencia o expectativa secundaria formulada por medio de las *Obliegenheiten*. La infracción de una *Obliegenheit* se convierte así en la razón por la cual es posible imputar un comportamiento defectuoso que no puede ser imputado como infracción de deber por falta de capacidad individual actual⁶³.

IV. El modelo de responsabilidad dialogal de Neumann

Este autor, que *comparte* el modelo de teoría de las normas propuesto por Hruschka⁶⁴, asume que la solución al problema de los *Vorverschulden* —que es como etiqueta este autor la constelación de grupos de casos caracterizados por la ausencia de una relación de coincidencia— no consiste en ofrecer argumentos constructivos-conceptuales, sino en la formulación y fundamentación de reglas y principios generales de imputación⁶⁵. Así, este autor entiende que cuando la solución de los casos *Vorverschulden* no están prevista legalmente, entonces la dogmática jurídico-penal no puede ofrecer una respuesta satisfactoria. Ello se debe a que asigna a la dogmática jurídica un papel en gran medida restrictivo, cuyo lenguaje se reduce al uso descriptivo («*Ist-Sprache*»)⁶⁶.

La construcción de Neumann propone operar entonces con un segundo nivel de reglas de imputación cuya estructura formal sería la de relaciones regla-excepción, esto es, reglas de excepción en el contexto de las causas de justificación y excepción⁶⁷. Así, sería ilusorio pretender incorporar reglas de imputación de segundo nivel a la dogmática jurídico-penal,

⁶² *Ibidem*, p. 65.

⁶³ Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 65 s.

⁶⁴ Cfr. NEUMANN, «Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit», *ZStW* 99 (1987), pp. 582 ss., advirtiendo de su enorme rendimiento analítico (p. 583). En cambio, véase antes las críticas en, EL MISMO, «Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung», en *GA* 1985, p. 397 s., aunque finalmente indique que su contribución no es una refutación, sino más bien una defensa del modelo de Hruschka (p. 399 s.).

⁶⁵ Cfr. NEUMANN, *Zurechnung*, pp. 176 ss., 269 ss.; EL MISMO, «Konstruktion und Argument in der neueren Diskussion zur actio libera in causa», *FS-Arthur Kaufmann*, p. 593.

⁶⁶ Cfr. NEUMANN, *Zurechnung*, p. 18.

⁶⁷ *Ibidem*.

pues ésta sólo puede reproducir la estructura formal de las reglas de imputación⁶⁸. Y, entonces, el modelo de la excepción (alic) queda limitado por los principios de injusto de hecho y culpabilidad por el hecho, pues el § 20 StGB no permite la excepción⁶⁹. Ahora bien, Neumann asume que la existencia de tales reglas de imputación de segundo nivel ha de enfrentar considerables problemas de legitimación, básicamente porque no son reglas que puedan ser formuladas por la legislación, la jurisprudencia o por la dogmática penal⁷⁰. En tanto sistema social de la acción con una tarea específica en el marco de la sociedad, el derecho penal está vinculado a determinadas normas sociales que podrían oponer resistencia a la realización “pura” de principios normativos. Como tales reglas sociales cabe considerar aquellas en virtud de las cuales la sociedad hace responsable a personas por acciones o resultados. Un derecho penal que estuviera en contra de tales reglas (pone como ejemplo la provocación dolosa de una agresión de la que defenderse *legítimamente*) encontraría una falta de comprensión. Neumann encuentra un dilema en los grupos de casos *Vorverschulden*: por un lado, no es realista rechazar la punibilidad en estos casos; por el otro, la existencia de una regla de imputación más efectiva, pero no identificable normativamente (jurídicamente) y no controlable dogmáticamente es constitucionalmente insoportable. De ahí que el único camino que estime como adecuado sea reconocer semejante reglas, “en tanto regla de una imputación justa, como una *regla dogmática de segundo nivel*”⁷¹. de segundo nivel en la medida en que las reglas de excepción se tratan de meta-reglas, que no afectan al contenido del sistema de reglas, pero que en determinados casos las deja parcialmente en suspenso. El trabajo de Neumann se propone advertir sobre la existencia de reglas de imputación subyacentes para después identificarlas como reglas pertenecientes a un diálogo social y jurídico sobre la responsabilidad⁷².

Una atribución de responsabilidad jurídico-penal justa debe tomar como base, según Neumann, reglas de imputación sociales pertenecientes a la moral cotidiana. Sin embargo, la imputación jurídica justa habrá de coincidir tendencialmente —no identificarse— con las reglas de atribución de responsabilidad de la moral cotidiana, pues no toda atribución de responsabilidad de la moral cotidiana está en condiciones de fundamentar una

⁶⁸ Ibidem, pp. 19, 154 ss.

⁶⁹ Ibidem, p. 20.

⁷⁰ Ibidem, p. 21.

⁷¹ Ibidem, p. 22.

⁷² Ibidem, pp. 22 s.

expectativa normativa de sanción estatal⁷³. Y esto se traduce, por lo que hace a los casos *Vorverschulden*, aplicar una regla ético-social según la cual, no parece aceptable admitir una exculpación en aquellos casos en los que el sujeto ha provocado con malicia (*arglistig*) los presupuestos de semejante causa. Una divergencia tan grave con respecto a las valoraciones ético-sociales comprometería de manera considerable la confianza en el ordenamiento jurídico⁷⁴.

Para cumplir función de impedir una exención de responsabilidad injusta, Neumann propone la siguiente meta-regla: “Quien produzca la situación X de manera maliciosa (o: intencionalmente, irreflexivamente, de manera reprochable, etc.) no puede invocar tal situación en su defensa (justificación o exculpación)”⁷⁵.

La posibilidad de considerar las reglas del diálogo social sobre la responsabilidad como parte del sistema de reglas jurídico-penales no puede hacerse en sede dogmática, sino deciden acerca de lo que puede ser invocado por el acusado o por la fiscalía⁷⁶. La pregunta relativa a qué reglas operan en la imputación de un hecho al sujeto no pueden ser respondida con el uso de meta-reglas del proceso penal. Si el proceso penal tiene la estructura de una interacción, no es porque se trata de un proceso, sino, más bien, porque se formula un reproche de culpabilidad y se exige responsabilidad. De hecho, el propio objeto del juicio está estructurado de modo dialogal, no el proceso en el marco del cual se dirime⁷⁷. El proceso penal no es más que la reproducción de una práctica social más amplia, no formalizada, en la cual se atribuye y se asume responsabilidad.

La estructura dialogal del complejo de reglas no determina el contenido de la regla. Así, tanto la regla que prohibiera invocar un defensa si esta ha sido provocada como su contraria serían compatibles con el modelo dialogal. Semejantes reglas carecen de toda plausibilidad porque incorporan en un nivel conceptual valoraciones totalmente heterogéneas (por un lado, la no punibilidad del autor incapaz de comprensión o dirección en el momento del hecho, por el otro, la idea del *venire contra factum proprium*)⁷⁸.

La posibilidad de integrar las reglas de segundo nivel en un modelo de interacción jurídico-penal de responsabilidad (*strafrechtliche Verantwortungsinteraktion*) depende

⁷³ Ibidem, p. 274.

⁷⁴ Ibidem, p. 274 s.

⁷⁵ Ibidem, p. 275.

⁷⁶ Ibidem, p. 276.

⁷⁷ Ibidem, p. 277.

⁷⁸ Ibidem, pp. 279 s.

de la división en, por un lado, la fase de reproche y, por el otro, la fase de justificación o exculpación. Esta separación permite considerar la idea de abuso de derecho, lo que no se logra en un modelo de responsabilidad configurado como un monólogo⁷⁹. Ciertamente, la facultad de hacer valer una causa de justificación o exculpación no es propiamente un “derecho”, por lo que tampoco la expresión “abuso de derecho” puede ser empleada en términos técnicos. Pero sí que sirve para ilustrar sobre la estructura de la imputación⁸⁰.

Si se le niega al autor la posibilidad de invocar una regla de imputación negativa (una causa de justificación o de exclusión culpabilidad) con base en un comportamiento previo responsable del presupuesto que motiva la innovación de aquellas reglas, entonces el reproche como tal no puede apoyarse en el comportamiento previo. Puesto que a la estación de reproche pertenece al menos la realización de los elementos típicos legales, la punibilidad del autor no puede quedar justificada con el argumento de que él autor no ha satisfecho el tipo penal (completo) del delito en cuestión sólo porque ha impedido de manera “culpable” la realización del elemento del tipo penal faltante

V. La imputación al ciudadano: el modelo funcional de Pawlik

1. Derecho penal del ciudadano (deber de cooperación)⁸¹

El planteamiento de Pawlik tiene como punto de partida la idea de que el individuo reclama libertad para conducir su vida⁸². El Estado se justifica entonces en tanto sirve al favorecimiento de las aspiraciones de autodeterminación del individuo. Ello se traduce en un deber de proteger por medio del derecho la esfera jurídica del individuo que posibilite semejante autodeterminación⁸³. Pero una exclusiva intervención del Estado en este ámbito puede tener efectos contrarios a los deseados, a saber, una insoportable limitación de las libertades en aras de proteger la propia libertad, que conduzca, de nuevo, a un contexto de excesiva heterodeterminación. Es entonces en el marco de la

⁷⁹ Ibidem, p. 282.

⁸⁰ Ibidem, p. 283.

⁸¹ Es cuanto menos curioso que dedique una parte importante de la primera parte de la obra a la discusión sobre el fin de la pena (pp. 26-29, pp. 52-120, poco más de la mitad) y después no extraiga consecuencia específica alguna de ésta para el deber de cooperación, la competencia o la imputación.

⁸² Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 281, con ulteriores referencias en n. 157. Pawlik entiende la libertad de la voluntad en un sentido kantiano como la capacidad del sujeto de someter su comportamiento a través de razones (la moral o el derecho), es decir, como una institución social a la que le es inmanente el elemento responsabilidad (p. 282).

⁸³ *Ibidem*, pp. 99 ss., 281, y *passim*.

autodeterminación reclamada que el Estado *decide* exigir del individuo ciertas cuotas de autorresponsabilidad (autolimitación), convirtiéndole en representante y corresponsable⁸⁴ en el mantenimiento de un estado de libertad concreta-real (*Aufrechterhaltung eines Zustandes konkret-realer Freiheitlichkeit*)⁸⁵. Como miembro de una comunidad jurídica en la que el individuo interactúa en la esfera pública con otros individuos, cada uno de estos debe participar mutuamente en el aseguramiento de las libertades⁸⁶. En suma, el Estado requiere como presupuesto de la protección de esa libertad de configuración una disposición del individuo a corresponder del mismo modo: exige reciprocidad estricta⁸⁷.

De este modo, el autor concibe un derecho penal *liberal* (*freiheitliches Strafrecht*) en el que la autodeterminación se presenta en una doble dimensión: como el reclamo no solo de un particular responsable *frente al Derecho*, interesado en la protección de su integridad, sino también de un ciudadano del Estado responsable *del Derecho*⁸⁸. Esto quiere decir que toma como referencia una libertad jurídica que alberga un componente liberal y otro democrático, entendido este último no bajo el marchamo discursivo, sino como el espacio en el que el ciudadano puede ejercer su libertad política a través de sus representantes parlamentarios⁸⁹. El Derecho penal comprende el actuar social del sujeto en su rol de ciudadano libre de una comunidad jurídica; es en este contexto donde

⁸⁴ Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht*, pp. 102, 107; para los supuestos de estado de necesidad agresivo, pp. 250 s., y para los supuestos de estado de necesidad que excluyen la imputación, pp. 361 s.

⁸⁵ Entiendo que esta función, que es la que Pawlik atribuye al derecho penal (*Ibidem, passim*, esp. pp. 101 ss., 146, 329), no informa sobre algo distintivo del derecho penal; es decir, es una expresión que podría predicarse de cualquier otra rama del Derecho o del Ordenamiento Jurídico en su conjunto.

⁸⁶ En este sentido, el mantenimiento de ese estado de libertades puede verse como un interés comunitario; y a los individuos como miembros de una comunidad con un rol concreto: defender ese interés.

⁸⁷ Al respecto, cfr. PAWLIK, *Das Unrecht*, pp. 100 ss. Para el autor, siguiendo en esto a Hegel, el ciudadano actúa en la esfera pública como representante de la comunidad jurídica. Ésta se justifica como condición necesaria para el mantenimiento de cierto orden, de un estado de libertades concretas-reales [*Zustand konkret-realer Freiheitlichkeit*], que permita al ciudadano “disfrutar de su derecho” (léase libertad) (con cita a Kant) como condición previa del desarrollo de su personalidad. Ahora bien, la estabilidad de esa posición jurídica requiere de la existencia de una correspondencia de todo ciudadano: es de esta forma que surge su deber de contribuir o cooperar al mantenimiento del estado de libertades.

⁸⁸ PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 102 (énfasis en el original), citando a autores como Forst, Pocock o Walzer; ya antes, EL MISMO, *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation der Strafe*, 2004, pp. 82 s.

⁸⁹ Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht*, pp. 107 ss., donde deja constancia de que no supone su adhesión a las teorías del discurso que postulan una democracia de raíz como fundamento legitimador del derecho; y en nota 594, con una cáustica crítica a K. Günther. Sostiene, además, que pretender justificar el deber de obediencia ciudadano al Estado únicamente en la posibilidad de participación de aquél en la formación democrática de la voluntad, como sostienen quienes se acogen a aquellas manifestaciones de la teoría del discurso, arrastraría *de vuelta* a la sociedad a un *status naturalis*. Rechazando la idea de auto-legislación como legitimación del deber de obediencia al Derecho, véase también PAWLIK, «Selbstgesetzgebung der Regierten: Glanz und Elend einer Legitimationsfigur», en *Recht und Politik. ARSP 93*, 2004, *passim*.

derechos y deberes cobran sentido comunicativo, y donde la acción jurídico-penal es concebida como infracción del deber de cooperación ciudadano.

Así pues, Pawlik prefiere plantear esta discusión en términos de orden político: si la justificación primaria del Estado, y por extensión lo que le obliga, es garantizar la libertad del individuo, sólo en condiciones de paz y seguridad podrá alcanzarse dicho fin⁹⁰. De ahí que, en opinión del autor, en el Estado democrático el deber de obediencia haya de vincularse no tanto a la configuración democrática, sino a la estatalidad de Estado⁹¹. Esta prioridad en la garantía de la autonomía privada respecto de la autonomía política tiene como base la conocida fórmula post-metafísica hobbesiana de relación mutua entre protección y obediencia: “*Oboedientiae finis est protectio*”⁹².

El aseguramiento de un estado de libertades por parte del Estado y los ciudadanos miembros de la comunidad contribuiría así a la co-formación de un ámbito generalizado de expectativas consideradas idóneas para el desarrollo de la personalidad. Concretamente, el individuo pretendería del resto de integrantes de la sociedad —y del propio Estado— un respeto a su esfera jurídica (esfera, por tanto, estabilizada) que le permitiera llevar a cabo la conducción de su propia vida, y viceversa. Libertad y responsabilidad devienen entonces las dos caras de una misma moneda: la persona en Derecho. Con otras palabras: en una comunidad jurídica, el ciudadano que reclama libertad, como condición existencial, debe actuar con responsabilidad, como condición

⁹⁰ Plantear la discusión en estos términos supone legitimar un determinado estado de cosas, de libertades, como el único racional (correcto), para extenderlo como validez general a toda la sociedad. Ello recuerda a la segunda parte de la frase con la que HEGEL (*Principios de la Filosofía del Derecho*, (trad. Vernal), 1988, p. 53) inicia sus *Grundlinien*: “Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig”. Por lo demás, esta propuesta habría de entenderse como una manifestación de la falacia comunitarista de la que habla Alcácer Guirao en su crítica a Lesch, y en la que incurrirían quienes tratan de derivar de las convicciones morales imperantes en una sociedad que las mismas deban erigirse en las correctas, “siendo incapaz el ciudadano de oponer razón reflexiva y crítica a la misma”, ALCÁCER GUIRAO, *Lesión*, p. 82, con cita a GUTMANN, «“Keepin ‘em Down in the Farm After they’ve Seen Pared”: contradicciones de la concepción comunitarista del Derecho» (trad. Alcácer), *Doxa* 1999, p. 478; en el mismo sentido, HOERSTER, «Ética jurídica sin metafísica», en Rodolfo Vázquez (comp.), *Derecho y moral*, 1998, p. 227.

⁹¹ Cfr. PAWLK, *Das Unrecht*, pp. 107 s., y nota 594. Así entendida, la cooperación es básicamente obediencia. La libertad se pone en función de la seguridad en una comunidad jurídica «funcional para la libertad». Lo que tiene visos de ser un argumento circular.

⁹² HOBBS, *Leviatán*, Cap. XXI, Opera, vol. III, p. 168. Sin embargo, esta fórmula nos dirige a la cuestión, nada metafísica, de qué ocurre cuando el Estado no procura dicha protección; caso, por ejemplo, de colectivos excluidos o marginados. En estos casos, siguiendo la fórmula hobbesiana, el súbdito no estaría obligado a obedecer el derecho en la medida en que el vínculo de protección no existiría; al respecto, véase SILVA SÁNCHEZ, en *LH-Suárez Montes*, pp. 715 ss.

del disfrute propio y ajeno de esa libertad⁹³. El ciudadano actúa, en palabras de Pawlik, como representante de la comunidad jurídica, respondiendo *por ella y frente a ella*⁹⁴.

Estas nociones tienen una proyección evidente en el derecho penal, concretamente sobre lo que deba entenderse por función de la pena y por delito. Este último es concebido por el autor como un injusto frente a la comunidad jurídica⁹⁵, una no satisfacción del rol de ciudadano. Sin embargo, como advierte en diversos lugares, expresado de este modo el delito solo es la razón que fundamenta la pena, y no la mera lesión material de una posición jurídica ajena⁹⁶. Más bien, se acerca a una concepción formal del injusto entendido como contrariedad al Derecho como un todo. Esto no significa que sea la comunidad jurídica la idea sobre la que quede legitimada la imposición o existencia de un deber de cooperación, lo que estaría negando la individualidad del sujeto para atribuírsela únicamente a la comunidad. El fundamento de este deber se halla para Pawlik en la libertad del propio ciudadano, pero condición de posibilidad de tal libertad no sería otra que la existencia de un ordenamiento jurídico capaz de imponerse⁹⁷. La pena, que encuentra su fundamento jurídico en el delito mismo (retribución) como expresión de una falta de fidelidad al Derecho, tiene la función no de retribuir mal por mal, sino de confirmar la correspondencia entre cumplimiento de deber de cooperación y disfrute de la libertad en aras del mantenimiento del orden social⁹⁸.

2. Las competencias del ciudadano

Justificado el deber de cooperación ciudadano sobre estas premisas, surge la cuestión sobre el alcance y contenido de este deber: *hasta dónde y cómo* se es responsable de la estabilidad jurídica y a partir de qué criterios ha de delimitarse esta responsabilidad. Es

⁹³ Esta corresponsabilidad del ciudadano por la *conservación* de un estado de libertades dado contrasta con la simplificación que hace el autor del importante papel de legislador que corresponde al ciudadano como miembro de la sociedad. Sobre el consentimiento tácito del individuo a obedecer el Derecho cuando goza de los beneficios que le otorga el Estado (bienes, carreteras, etc.), véase ya LOCKE, *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. Rodríguez Arana, Aguilar, 1981, pp. 90 s.

⁹⁴ Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 107.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 91 con n. 480, p. 107, con ulteriores referencias en n. 594.

⁹⁷ Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 107. Ello es reflejo de una concepción orgánica de la sociedad de tradición aristotélico-tomista en la que la sociedad es vista como una unidad de orden o relacional, no sustancial (al respecto, véase, por ejemplo, HERNÁNDEZ MARÍN, *Historia de la Filosofía del Derecho contemporáneo*, p. 71).

⁹⁸ PAWLIK, *Das Unrecht*, pp. 110, 116.

decir, es evidente que todo ciudadano debe respetar la esfera jurídica ajena, pero determinar dónde empieza y termina este deber requiere de un ulterior análisis. El modelo de responsabilidad que propone Pawlik —siguiendo a Jakobs—, encuentra en la idea de competencia y su posterior especificación el criterio decisivo para llevar a cabo la tarea de delimitación del contenido de la prohibición legal; en general, del deber de cooperación. Puede decirse que el deber de cooperación es el fundamento político-jurídico de la competencia, que no es sino la concreción jurídica de aquél. La infracción de ese deber se corresponde, por tanto, con el llamado contenido material de delito. Su pretensión es reconducir todas las tipologías delictivas a un único sistema de competencias sobre el que fundamentar el alcance del deber de no menoscabar la esfera jurídica ajena y que permita, por tanto, definir los ámbitos de libertad y responsabilidad personal⁹⁹.

Ello significa que el ámbito de libre organización del que dispone el individuo se compensaría con otro ámbito de respeto y mejora de las posiciones jurídicas ajenas, basado en diversas fuentes de responsabilidad. Su planteamiento se centra, esencialmente, en desarrollar un sistema de deberes de garantía que no se circunscribe únicamente a los delitos de omisión impropia¹⁰⁰. A la prohibición general de dañar de manera activa estas posiciones jurídicas se le añade el mandato de neutralización de los peligros, permitidos o no, creados en el ámbito de libertad organizacional de la persona. Ambos encontrarían su fundamento material en el deber (negativo y positivo) de respeto y exigirían del individuo la adopción de ciertas medidas, tanto de aseguramiento como de salvamento¹⁰¹. Junto a estas *competencias de respeto* (*Respektierungszuständigkeiten*), el autor se refiere también a unas *competencias de fomento* (*Ermöglichungszuständigkeiten*)¹⁰² vinculadas principalmente a actos de voluntad previos del propio obligado. Estas figuras serían legítimas en tanto sería un acto voluntario el que limitaría la libertad personal. No obstante, dentro de esta última clase de competencias contempla la inclusión de deberes trascendentes a la asunción voluntaria y ligados a la especial capacidad de prestación del obligado. Para la justificación *liberal* de esta última figura, que incluiría los deberes de prestación propios de la omisión del deber de socorro y del estado de necesidad agresivo

⁹⁹ Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht*, pp. 143 ss., 298, 302 y *passim*. El camino que media entre el deber de cooperación para el mantenimiento de un estado de libertades efectivo (como “bien común”) y la competencia de cada miembro de la sociedad sirve a Pawlik para distanciarse de las teorías comunitaristas.

¹⁰⁰ *Ibidem*, pp. 159 ss.

¹⁰¹ *Ibidem*, pp. 178 ss.

¹⁰² *Ibidem*, p. 177. Sobre esta distinción en el marco de los deberes positivos, véase, VON WRIGHT, *La diversidad de lo bueno* (trad. González Lagier y V. Roca), 2010, pp. 202 ss.

justificante, Pawlik recurre a la idea de reciprocidad, no ya entre personas sino referida a la comunidad jurídica como un todo, y a la idea de solidaridad¹⁰³. Explicar todas las situaciones de hecho tipificadas a partir del uso de figuras que fundamentan la competencia (*Figuren der Zuständigkeitsbegründung*) permitiría tomar como punto de partida la igualdad jurídica de toda persona en Derecho en el ámbito del Derecho penal. Es del análisis de estas competencias de donde habrá de surgir la norma de comportamiento a emplear (seguir) por el sujeto en la concreta situación¹⁰⁴.

¹⁰³ *Ibidem*, pp. 190 ss. Los ciudadanos tendrían entre ellos una responsabilidad indirecta con base en la solidaridad cuando fracasaran los canales prestacionales dispuestos por el Estado. Para una fundamentación de los deberes de solidaridad más desarrollada, véase PAWLIK, «Solidarität als strafrechtliche Legitimationskategorie: das Beispiel des rechtfertigenden Aggressivnotstandes», en *JRE* 2014, pp. 137 ss.

¹⁰⁴ Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht*, pp. 256, 336, entre otras.

CAPÍTULO SEGUNDO. LA FIGURA ‘*OBLIEGENHEIT*’ EN EL CONTEXTO DE IMPUTACIÓN JURÍDICO-PENAL. LA DISCUSIÓN JURÍDICO-PENAL CONTEMPORÁNEA

I. Introducción

Como se ha tratado de advertir, no es posible entrar a discutir sobre la figura de la *Obliegenheit*, sobre su función y ubicación sistemática, sin antes haber expuesto brevemente los rasgos propios de los modelos que la utilizan. Es decir, sin antes haber trazado los rasgos básicos de la construcción teórica en la que puede cumplir una función. El paso previo, por tanto, ha sido conocer el ámbito teórico y conceptual de aplicación. Como se apuntó, pareciera que semejante figura sólo fuera compatible, es decir, sólo pudiera tener una función y solo pudiera coexistir, con una determinada forma de concebir las normas (de comportamiento y de imputación) que operan en el derecho penal.

No obstante, el uso de la figura *Obliegenheit* viene extendiéndose más allá del contexto recién expuesto. Ello ha llevado a que algunos autores llamen la atención sobre un uso inflacionario¹⁰⁵. Y ocurre que cuando un término comienza a poseer semejante extensión, es decir, cuando son muchas las situaciones que pretenden quedar abarcadas por su definición, entonces el término en cuestión acaba por no ofrecer elementos que proporcionen suficiente información para distinguir y ser utilizado. Un concepto en el que esté ausente semejante propiedad, clave para la ordenación sistemática de un conocimiento de la realidad, carece de sentido o función dentro de un sistema. De ahí al destierro teórico-dogmático hay un paso. Precisamente por esta razón, esto es, porque independientemente de la definición que se proponga el concepto ha de tener una función dentro de un sistema, o de una teoría, es que consideramos conveniente plantear la siguiente exposición a partir de la función que las *Obliegenheiten* estarían llamadas a cumplir en los respectivos modelos de atribución de responsabilidad penal.

Con posterioridad a la propuesta que hiciera Hruschka en el contexto de justificación y explicación de su modelo de imputación extraordinaria —a la que un sector minoritario de la doctrina se suma—y después de que se venga recurriendo a tal figura para explicar

¹⁰⁵ Como veremos, Montiel y Sánchez-Ostiz.

o justificar otras situaciones de vinculación *jurídica* distintas, es preciso arrojar algo de luz sobre el tema. No me cabe duda de que fue lo intuitivo del término lo que llevó a Hruschka a adoptarlo para su empresa. Tal proceso recuerda a lo que en filosofía de la ciencia se conoce como “contexto de descubrimiento”. Sin embargo, tal intuición, como proceso de percepción inmediata de algo, tuvo que ser intervenida más tarde por la razón de cara a justificar la necesidad, o incluso *existencia*, de *Obliegenheiten* en la reconstrucción de los procesos de atribución de responsabilidad. Varios son los esfuerzos que se han sumado a esta labor. Pero vayamos por partes.

En lo que sigue tratará de trazarse el curso (no siempre cronológico) de la discusión. A ese respecto, una primera clasificación obedece a la necesidad de aligerar el objeto que interesa a los efectos de esta investigación. De ahí que, por un lado, agrupemos bajo la expresión “usos alternativos” los usos que aparecen alejados de la atribución de responsabilidad jurídico-penal al autor. Por tanto, fuera de este primer criterio general de *clasificación*, los planteamientos expuestos bajo “usos alternativos” no guardarán necesariamente relación alguna; y, cuando lo hagan, se hará la correspondiente indicación. Por el otro, se exponen todos aquellos planteamientos que conceden a las *Obliegenheiten* un papel en el marco de las operaciones de atribución de responsabilidad personal; y, en el interior de estas, la exposición se ordenará por modelos de imputación. No es casualidad entonces que a todos estos planteamientos subyazca, con mayor o menor énfasis, una misma premisa teórica: concebir la teoría del delito como teoría de la imputación; y, en menor medida, una misma distinción, a saber, la de reglas de comportamiento y reglas de imputación.

II. El origen iusprivatista de las *Obliegenheiten* y en contexto de aplicación en la dogmática jurídico-penal

El término *Obliegenheit* es utilizado por la dogmática jurídico-civil para referirse a una clase de exigencia a la que *debe* ajustarse la acción de un sujeto. Dos son básicamente las teorías que tratan de esclarecer la “naturaleza” de estas entidades deónticas¹⁰⁶. En primer lugar, la teoría del presupuesto: para ésta, las *Obliegenheiten* consisten en prescripciones o prohibiciones en virtud de las cuales, dado un supuesto de hecho, recaería sobre un

¹⁰⁶ Sobre lo que sigue, en detalle, MONTIEL, *InDret Penal*, 4/2014, *passim*; BIEWALD, *Regelmässes Verhalten*, *passim*.

sujeto la *Obliegenheit* de realización de una determinada conducta para mantener una determinada ventaja jurídica. Es decir, el cumplimiento con dicha entidad deóntica supondría el presupuesto de esta ventaja. En la medida en que esta ventaja beneficiaría al sujeto, se dice que viene impuesta en su propio interés y, por tanto, sólo para el caso de que el sujeto quisiera disfrutar de aquélla. De esta disponibilidad del contenido normativo con respecto a la voluntad del sujeto suele deducirse la naturaleza hipotética de la *Obliegenheit*. Así, su incumplimiento no infringiría la obligación del *neminem laedere*, en principio no dispositiva y, por tanto, de naturaleza categórica, sino más bien una especie de obligación frente a uno mismo. En segundo lugar, la teoría de la vinculatoriedad representa la opción según la cual la *Obliegenheit* sería un auténtico deber jurídico, expresado también bajo la forma de una prescripción o una prohibición. Su cumplimiento, en este caso, no estaría a disposición de la voluntad del sujeto, sino que vendría impuesto de manera categórica. Ambas teorías utilizan un concepto de *Obliegenheit* para explicar o describir, en principio, las mismas situaciones de sujeción. Son situaciones, en definitiva, en las que parece posible distinguir dos estadios de vinculación normativa: uno de carácter principal y otro de carácter subsidiario o secundario, ambos relacionados entre sí.

Ya en el ámbito jurídico-penal, su uso trataría de explicar (y fundamentar) situaciones de sujeción estructuralmente similares. Este recurso vendría justificado por la insuficiencia explicativa del aparato conceptual del que viene disponiendo la dogmática penal, concretamente de los conceptos de “norma” y “deber”, según algunas concepciones de éstos. Por tanto, sería una necesidad conceptual la que habría animado a parte de la doctrina jurídico-penal a tomar de otra rama del Derecho, la civil concretamente, una figura cuyo uso se refiere a situaciones similares a las que se trataría de dar cobertura en el Derecho penal. Entre los casos de aplicación en el derecho civil y los casos de eventual aplicación en el Derecho penal existiría, se dice, un “parecido de familia” que justificaría la importación del término. Aunque también se proponen otras justificaciones de la importación.

Como se ira revelando durante el análisis de la discusión actual, el disenso es el efecto que caracteriza el tratamiento de esta figura. Disenso que comienza con la plausibilidad de su adopción y que se va manifestando en los distintos estadios que transcurren hasta su conceptualización en el ámbito jurídico-penal. Tales estadios serían, básicamente, la caracterización de la figura que tiene lugar entre la doctrina iusprivatista, la corrección del proceso de importación de un ámbito jurídico a otro, la existencia de

una necesidad conceptual en el sistema de la teoría del delito que justifique la búsqueda de nuevas ideas, la capacidad de rendimiento que puede cumplir con la consecuente ubicación sistemática, etc. Cuestiones todas ellas que cobran autonomía en el examen sobre las condiciones (teóricas y materiales) de posibilidad de la figura de las *Obliegenheiten* en el aparato conceptual de la dogmática jurídico-penal.

Las discrepancias que ahora interesan giran ahora en torno a su caracterización y derivación. Y ello con independencia de la necesidad de un concepto o figura que dé cuenta de la existencia de una sujeción diferente a la que deriva directamente o con necesidad práctica de las normas de comportamiento; una sujeción distinta de la que nace con el deber, o incluso con el deber de cuidado. Sin embargo, más allá de la descripción del contexto de *descubrimiento*, la *Obliegenheit* todavía no ha sido definida y delimitada, al menos de un modo que nos sirva como hipótesis para seguir trabajando. Tampoco sabemos de dónde surge como entidad que pretende servir con cierta fuerza deóntica. En todo caso, puede servirnos como hipótesis de trabajo la explicación que ofrece Hruschka sobre el modo de operar distintivo de la figura:

la infracción de una *Obliegenheit* es una condición de posibilidad para la imputación extraordinaria de una virtual infracción de deber cuando no existen razones para imputar ordinariamente la infracción de un deber¹⁰⁷.

A partir de esta definición de la función de la figura —que, en términos generales, es compartida por la doctrina— es posible hacer explícitas las principales proposiciones que sobre la *Obliegenheit* penalmente relevante sostiene Hruschka. En primer lugar, que deber (*Pflicht*) y *Obliegenheit* son dos entidades normativas distintas. Es decir, son dos exigencias distintas con sus respectivos objetos (acciones o estados) de referencia. En segundo lugar, que de existir razones de imputación ordinaria la infracción de una *Obliegenheit* se vuelve irrelevante. Por lo que, en tercer lugar, de no existir razones de imputación ordinaria la infracción de una *Obliegenheit* se vuelve relevante. Y de ahí su caracterización como sucedánea, secundaria, subsidiaria, en fin, como figura excepcional. En cuarto lugar, que la infracción de una *Obliegenheit* no conduce necesariamente, es decir, causalmente a la infracción de un deber. En quinto lugar, que cumplir con la *Obliegenheit* tampoco conduce necesariamente, es decir, causalmente al cumplimiento de un deber. Pues puede ocurrir que quien así actúa infrinja el deber dolosamente. En sexto

¹⁰⁷ HRUSCHKA, en *Recht auf Rausch*, p. 300; EL MISMO, *Strafrecht*, p. 417; similar, SÁNCHEZ-OSTIZ, *InDret Penal* 1/2015, pp. 13 ss.

lugar, que la imputación extraordinaria presupone siempre la infracción de una *Obliegenheit*¹⁰⁸.

Todo ello parece explicar la necesidad de caracterizar las *Obliegenheiten* como imperativos hipotéticos¹⁰⁹, cuya infracción se traduciría en la figura de la “inculpación frente a uno mismo” («*Verschulden gegen sich selbst*»)¹¹⁰. Así, a diferencia del deber jurídico, entendido tradicionalmente como expresión de la sujeción jurídica por el reconocimiento de un interés jurídico ajeno, indisponible para el sujeto obligado, Hruschka concibe la *Obliegenheit* como un tipo de requerimiento débil («*Aufforderung*», lo denomina) cuyo seguimiento quedaría en cierto modo a disposición del destinatario para el caso de que quisiera alcanzar un objetivo determinado. Consecuencia de ello es que mientras que a la infracción de un deber jurídico le sigue desaprobación y eventualmente una pena, no ocurre lo mismo con la *Obliegenheit*, cuya infracción acarrea simplemente la advertencia de que ello puede serle desfavorable al autor¹¹¹. Por sí sola, la infracción de una *Obliegenheit* no está sujeta ni a reproche ni a sanción jurídico-penal, consecuencias asociadas únicamente a la infracción de un deber penalmente relevante. Sin embargo, ambas figuras son relevantes de cara a la imputación extraordinaria. En estos casos existe, por un lado, el objeto que motiva la reacción frente a una infracción de deber, a saber, la lesión de una esfera jurídica ajena, y, por el otro, una falta de atención o de cuidado que posibilita la atribución de responsabilidad penal por aquella lesión.

Más allá de esta caracterización y de la ubicación del problema en el *topos* imputación extraordinaria (o responsabilidad por el propio defecto de imputación), la noción de *Obliegenheit* no ha sido objeto de mayor precisión por parte de Hruschka. Han sido otros autores los que han contribuido a la labor de delimitación de la figura. Como veremos,

¹⁰⁸ Cfr. HRUSCHKA, en *Recht auf Rausch*, p. 301; EL MISMO, *Strafrecht*, p. 415 ss. Al respecto, en idéntico sentido a Hruschka, JOERDEN, *Strukturen*, p. 45 s., con notas 104 y 105.

¹⁰⁹ Cfr. HRUSCHKA, *FS-Bockelmann*, p. 422, 426; EL MISMO, *Strafrecht*, p. 413; NEUMANN, *Zurechnung*, p. 265 s.; KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 67, 127, 129 ss.; EL MISMO, en *JRE*, 345, n. 19; VOGEL, *Norm*, 1993, p. 77; MAÑALICH, *Nötigung*, p. 71; MÜSSIG, *MiKo*, t. 1, 2ª ed., 2011, § 35, nm. 53 ss.; MONTIEL, *InDret Penal* 4/2014, p. 16 ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ, *InDret Penal* 1/2015, p. 12 ss.; STÜHLER, *Die actio libera in causa*, p. 176. En cambio, como veremos, otros autores caracterizan las *Obliegenheiten* como imperativos categóricos, RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 227; BIEWALD, *Regelgemäßes Verhalten*, pp. 36 s.

¹¹¹ Cfr. HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 416; EL MISMO, en *Recht auf Rausch*, p. 300. Donde advierte sobre el riesgo de confusión entre *Obliegenheiten* y deberes frente a uno mismo. También KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 67; VOGEL, *Norm*, p. 77; SÁNCHEZ-OSTIZ, *InDret Penal* 1/2015, *passim*; MAÑALICH, *Nötigung*, p. 71; MÜSSIG, *MiKo*, § 35, nm. 53 ss.

Kindhäuser viene trabajando su aplicación en la dogmática de la imprudencia, considerada por él como una situación de déficit de imputación (ordinaria) reprochable¹¹². Por su parte, Sánchez-Ostiz ha dedicado numerosos trabajos al estudio de aspectos fundamentales de la noción, entre los que cabe destacar su función, ubicación sistemática y derivación. Pawlik, recurre a la noción *Obliegenheit* en la construcción de un modelo de imputación altamente normativizado que gira en torno a criterios ubicados tradicionalmente en la responsabilidad por imprudencia. Y Montiel, en fin, se posiciona críticamente frente a estos planteamientos.

III. La *Obliegenheit* (y su infracción) como fundamento de imputación extraordinaria

1. Delimitación conceptual y función de las *Obliegenheiten*

Por lo que hace a Sánchez-Ostiz, es evidente que el primer paso ha de ser la búsqueda de un término en lengua española que dé cuenta de la problemática tratada bajo la noción *Obliegenheit*. De hecho, la inexistencia de una figura homóloga en el sistema jurídico-normativo y dogmático español (salvo alguna coincidencia parcial de carácter funcional con cargas o deberes), junto con la presencia de figuras dogmáticas limítrofes desde una perspectiva semántica —como pueden ser las competencias, las cargas, los deberes de cuidado o algunas obligaciones específicas—, hacen necesaria la elección de un término que sea capaz de expresar la idea original en su aplicación al Derecho penal; en este caso, la idea tal como la concibió Hruschka. Si a ello se le añade la disputa existente en la doctrina *iusprivatista* alemana sobre la naturaleza jurídica de tal figura, la dificultad de trasladar la idea aumenta, aunque, a mi modo de ver y como trataremos de demostrar, en absoluto se ve condicionada. Y ello sin perjuicio de que, como suele sostenerse, toda traducción conlleva una forma de traición. Después de todo, el término propuesto por Sánchez-Ostiz como “expresión más idónea” para delimitar la figura conceptualmente y dotarla de un contenido propio es el de *incumbencia*¹¹³. En adelante, salvo a los efectos

¹¹² Cfr. KINDHÄUSER, «¿Qué es la imprudencia?», en *La ciencia penal en la Universidad de Chile*, pp. 217 s.

¹¹³ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, en *Racionalidad práctica*, p. 159; sobre los aspectos terminológicos y etimológicos véase, EL MISMO, *La libertad*, p. 150 s., con notas 39 a 43. Que el concepto admite una construcción propiamente jurídico-penal es subrayado por este autor para liberarlo de la cadena conceptual *iusprivatista*, SÁNCHEZ-OSTIZ, *InDret Penal* 1/2015, p. 4 s.

de alguna aclaración, se empleará el término ‘incumbencia’ en lugar del término original ‘*Obliegenheit*’ para su uso en el contexto de la imputación extraordinaria.

En opinión de Sánchez-Ostiz, la incumbencia tendría, en términos generales, el sentido no de un deber, sino de una “carga que recae sobre una persona de llevar a cabo cierta conducta a la que no está obligado expresamente, pero sin la cual no podrá lograr aquello a lo que tiene derecho”¹¹⁴. Se trataría, por tanto, de una norma o regla de conducta, la cual participa del origen (y sólo de éste) iusprivatista del término. Y es que en el derecho penal operaría más bien como condición de eficacia de la norma de comportamiento. Es decir, como una obligación que precede al propio deber y posibilita su cumplimiento. Con razón advierte este autor que, de tratarse de un deber jurídico-penal, la imputación a la que daría lugar dejaría de ser extraordinaria, pues entonces las reglas de imputación aplicables serían las ordinarias. En todo caso, «deber» e «incumbencia» son dos entidades deónticas que exigen delimitar sus respectivos ámbitos de referencia.

En esta línea, los esfuerzos del autor por precisar la noción de incumbencia giran en torno a los siguientes puntos, siempre marcando su diferencia con respecto al deber: (i) el grado de concreción; (ii) el momento de su exigibilidad; (iii) las consecuencias que derivan de su respectiva infracción¹¹⁵; (iv) los requisitos subjetivos necesarios para afirmar su infracción e imputación¹¹⁶; y (v) el objeto de referencia.

Respecto al grado de concreción del contenido normativo (proposicional) señala Sánchez-Ostiz que, mientras que el deber, cuando nace, es más concreto y está *ya* “listo para ser cumplido”, en la incumbencia es *todavía* necesario precisar la acción requerida para cumplir con el deber¹¹⁷. De lo que se sigue que la incumbencia no es directa o indirectamente exigible, como ocurre con el deber jurídico (y pone como ejemplo el derecho de legítima defensa frente a la infracción del deber), sino que se materializa en el momento de cumplir con el deber¹¹⁸; es decir, es previo al deber. Por su parte, mientras que la consecuencia asociada a la infracción de un deber jurídico es la imposición de una sanción, en el caso de una incumbencia su infracción posibilita, como vimos, el restablecimiento de la imputación y, sólo indirectamente —esto es, a falta de algún presupuesto más—, la imposición de la sanción asociada al deber del que la incumbencia

¹¹⁴ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad*, p. 151; EL MISMO, *FS-Streng*, p. 5.

¹¹⁵ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad*, p. 153.

¹¹⁶ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *InDret Penal* 1/2015, p. 22.

¹¹⁷ *Ibidem*, con nota 77.

¹¹⁸ *Ibidem*.

es condición. Además, para poder imputar ordinariamente la infracción de un deber se exige la concurrencia de dolo como requisito del establecimiento de la relación normativa del sujeto con su hecho; en cambio, la infracción de una incumbencia no requeriría dolo, pues “[p]recisamente se recurre a tal idea para evitar asimilar esos casos con la infracción de un deber”¹¹⁹. Si bien, continúa más adelante, habrá “de respetar lo que se dice para la acción y el hecho, la controlabilidad”¹²⁰. Esta controlabilidad significa aquí el “control sobre lo conocido”, un conocimiento “primario y básico”¹²¹, diferente del “conocimiento sobre el sentido de la acción”, es decir, diferente al dolo¹²². Por último, con la incumbencia se precisaría el deber concreto (concreción de la norma en deber), pero no identificaría, al menos no directamente, los bienes jurídicos en una sociedad¹²³.

Por lo que hace a la delimitación con figuras afines, es decir, con figuras que en la dogmática tradicional ocuparían un lugar semánticamente equiparable al de la incumbencia según su delimitación con el deber, el candidato natural es el *deber de cuidado*. Este autor muestra cierta desconfianza respecto de que la naturaleza del deber de cuidado sea equivalente a la de un deber¹²⁴ y trata de advertir que no operan del mismo modo, pues no siempre coincidiría su ámbito de referencia¹²⁵. Así, por un lado, mientras que la infracción de una incumbencia posibilitaría restablecer la imputación en sus distintos niveles (*imputatio facti e imputatio iuris*), el deber de cuidado valoraría el hecho, una vez imputado a su agente, “como típicamente antijurídico a los efectos del delito

¹¹⁹ SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad*, p. 153; EL MISMO, *Racionalidad práctica*, p. 160.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 161.

¹²¹ SÁNCHEZ-OSTIZ, «La libertad del Derecho penal: ¿de qué hablamos cuando decimos libertad?», en EL MISMO, *La libertad*, p. 205.

¹²² Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad*, pp. 93, 205. Ciertamente, el autor no identifica específicamente el dolo con ninguno de estos dos niveles de conocimiento; más bien, se refiere a un conocimiento primario que debe preceder a la volición, que es condición necesaria para poder imputar como hecho (*imputatio facti*) el proceso en el que el sujeto se ve inmerso (la tradicional «conducta humana» de la teoría del delito); imputado el hecho, éste pasaría a valorarse conforme al tipo concreto doloso o imprudente (*applicatio legis ad factum*) y con ello el conocimiento inicial, de lo que resulta el dolo o la imprudencia (la tipicidad subjetiva) (*ibidem*, p. 205).

¹²³ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *InDret Penal*, 1/2015, p. 14. Creo que con ello el autor da a entender que las incumbencias no pretenden evitar (directamente) la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico; es decir, no serían parte configuradora del injusto, pero sí de la norma. En cambio, como veremos, MONTIEL («Sobre la relevancia de la distinción entre incumbencias y deberes en la dogmática jurídico-penal. A su vez, reflexiones a propósito del *Vorverschulden*», en Carnevali (ed.) *Derecho, sanción y justicia penal*, 2017, p. 13, califica los deberes secundarios —cuyo contenido se identifica con el que Sánchez-Ostiz da a las incumbencias en el Derecho penal— como deberes de lesión, a pesar de que sólo de manera indirecta aspirarían a evitar la lesión de un bien jurídico.

¹²⁴ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *InDret Penal* 1/2015, p. 5 nota 12. También Hruschka, Kindhäuser, Renzikowski o Pawlik, entre otros.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 14, nota 47.

(imprudente) en cuestión”¹²⁶. Es decir, que el deber de cuidado formaría parte de la clase de norma de comportamiento, no de imputación. Por el otro, continúa, cuando de lo que se trata es de restablecer la imputación en el segundo nivel, ya “no procede apelar al deber de cuidado para reprochar al agente su defecto (pues la conducta ya es típica), sino a lo tolerable o no de su error o falta de suficiente voluntariedad”¹²⁷. Esto es, se trataría de dos problemas de atribución de responsabilidad distintos, uno en el nivel del injusto, otro en el de la culpabilidad¹²⁸.

Diferente a las incumbencias es también la figura de la *competencia (Zuständigkeit)* del autor, que es utilizada por algunos modelos de atribución de responsabilidad penal. Prueba de ello sería que los propios autores que postulan el uso de tal figura diferencian entre ésta y la incumbencia como fuente de responsabilidad atribuyéndoles así funciones distintas¹²⁹. Del lado opuesto de la relación jurídica se habla de la *incumbencia o competencia de la víctima* de evitar ciertos riesgos como criterio delimitador de la responsabilidad del autor. Aunque Sánchez-Ostiz acepta que pueda tener cierto sentido hablar de la existencia de una incumbencia en estos casos, su función dista mucho de la que él mismo propone. En efecto, la incumbencia de la víctima sería, más bien, una cuestión a tratar en sede de tipicidad, esto es, de valoración del hecho, y no como un

¹²⁶ *Ibidem*, p. 20 y s. y nota 73.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ Como veremos, la similitud se hace patente con el criterio para determinar la evitabilidad del error (también de prohibición), o la evitabilidad de otro estado defectuoso, sea en el nivel de imputación que sea. Ello es propio de la dogmática de la imprudencia, cuya base tradicional es el cuidado *debido*. Así, el problema parece ser el mismo en ambos niveles de imputación: la situación de defecto de imputación en la que se encuentra el sujeto y de la que se le hace responsable porque pudo evitarla. Entiendo que consciente de ello, el autor parece conceder que mientras que en ciertos casos podría coincidir incumbencia y deber de cuidado, la primera, a diferencia de éste, sería operativa en todos los momentos donde la imputación puede verse interrumpida. Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *InDret Penal*, 1/2015, p. 14, nota 47; EL MISMO, *La libertad*, p. 154. Además, ello permite al autor distinguir entre imputación extraordinaria (restablecimiento de imputación) y atenuación de la pena, sin que lo primero implique lo segundo. A mi juicio, esta es la más importante consecuencia práctica de planteamientos como el Sánchez-Ostiz o Pawlik en torno a las incumbencias. Sin embargo, esta semejanza con los criterios de la imprudencia es la que precisamente deslegitimaría fundamentar el dolo eventual en la infracción de una incumbencia previa (casos de ceguera ante los hechos).

¹²⁹ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *InDret Penal* 1/2015, p. 9, nota 29, y p. 17, siempre en referencia a Jakobs. Sin embargo, véase la discípula de Jakobs, GONZÁLEZ-RIVERO, *Strafrechtliche Zurechnung bei Defekzuständen*, 2001, pp. 140 ss., quien se refiere a un deber de mantenerse en situación de competencia (capacidad de culpabilidad). Sobre ello volveremos al tratar el planteamiento de Pawlik, de quien aprovecharemos la distinción trazada entre ambas figuras.

problema de imputación (al menos no subjetiva)¹³⁰ del suceso como hecho al agente¹³¹. Entendida así, no podría derivar de las propias normas de conducta ni, por tanto, ser objeto de ninguna incumbencia del autor, sino simplemente un “criterio para limitar la responsabilidad del autor en casos de autopuesta en peligro por la víctima”¹³². Por consiguiente, concluye el autor, “no todo lo que nos incumbe constituye una incumbencia jurídico-penal”¹³³. Sánchez-Ostiz advierte también frente al riesgo de confundir la incumbencia con la *obligación de conocer el derecho*. Según el autor, reconocer la existencia de tal obligación en la forma de deber jurídico puede ser contradictorio cuando, por otro lado, se concede cierta relevancia a los errores, esto es, al desconocimiento¹³⁴.

Una figura o regla similar a la *actio libera in causa* —para cuya estructura fáctica reconocible en los niveles de imputación de la construcción dogmática del delito se recurre a la incumbencia— es la de la *actio illicita in causa*, utilizada para explicar los casos de provocación de situaciones de legítima defensa o estado de necesidad justificante. Sánchez-Ostiz entiende que en tales supuestos no sería posible recurrir a la infracción de una incumbencia como fundamento para negar la concurrencia de una causa de justificación. A pesar de que tienen como denominador común el carácter de regla subsidiaria, cada una tiene asignada, en opinión del autor, una función distintiva: así, en los casos de provocación de situaciones de crisis para los bienes jurídicos no entraría en juego “una excepción a las reglas de atribución, sino un precepto que restringe la norma permisiva en supuestos de provocación”¹³⁵. Es decir, en estos casos tampoco se estaría realizando un juicio de imputación, sino de valoración. De ahí concluye Sánchez-Ostiz que en el caso de la *actio illicita in causa* se trataría más bien una no-aplicación de un precepto, en lugar de una imputación extraordinaria¹³⁶. Por lo demás, la circunscripción

¹³⁰ Aunque por distintas razones, encuentran dificultades para concebir la “imputación objetiva” como una operación “objetiva” de “imputación”, SÁNCHEZ-OSTIZ, «¿En qué medida imputa y es objetiva la “imputación objetiva”?», en *La libertad*, pp. 105 ss., y la bibliografía allí citada; ya antes, EL MISMO, *Imputación y teoría del delito*, pp. 524 ss.; véase también, FRISCH/ROBLES, *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, 2ª ed., 2006, y el Prólogo a esta discusión de Silva Sánchez; JOSHI JUBERT, «Normas de conducta y juicios de imputación», *LH-Gimbernat*, pp. 1080 ss.; LEUPOLD, *Die Tathandlung*, pp. 81 ss., 201, para quien la doctrina de la imputación objetiva no iría referida al hecho (*Tatbezogene*), sino al autor (*Täterbezogene*).

¹³¹ SÁNCHEZ-OSTIZ, *InDret Penal*, 1/2015, p. 18; EL MISMO, *La libertad*, p. 151 s.

¹³² *Ibidem*, p. 152.

¹³³ SÁNCHEZ-OSTIZ, *InDret Penal*, 1/2015, p. 18.

¹³⁴ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *FS-Streng*, p. 11.

¹³⁵ SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad*, p. 145; EL MISMO, *Imputación y teoría del delito*, pp. 463 ss.

¹³⁶ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad*, p. 146; EL MISMO, *InDret Penal* 1/2015, p. 8. En contra, MAÑALICH, empezando por la réplica a la recensión de HERNÁNDEZ BASUALTO a su libro “Norma Causalidad y acción”, en «*Ex Libris*», *InDret Penal*, 4/2016, p. 18 y nota 1.

de las incumbencias a la estructura de la imputación extraordinaria conduce al autor a negar su operatividad en otros ámbitos como la tentativa, en cierta clase de obligaciones de las personas jurídicas o como razón de ser de las medidas de seguridad¹³⁷.

En relación con el estatuto normativo de las incumbencias, el autor rechaza su identificación como principios o meta-reglas (para operar y definir reglas)¹³⁸, pues, a diferencia de la concepción estricta de los principios, las incumbencias se formulan con presupuesto, aunque ciertamente indeterminado.

Pero como señalan Atienza y Ruiz Manero, también los principios en sentido estricto tienen una estructura condicional, es decir, cuentan con un presupuesto (condiciones de aplicación), aunque radicalmente más indeterminado que el de las reglas¹³⁹. Lo mismo ocurre con los principios como directrices o normas programáticas (en la clasificación propuesta por tales autores). En su opinión, cuentan con un presupuesto configurado también de forma abierta, pero, a diferencia de los primeros, la conducta prescrita no se encontraría determinada. Siendo lo único que se ordena un determinado estado de cosas como objetivo. Esta dualidad de principios que proponen los autores se corresponde en sentido amplio con la dualidad propuesta por los mismos entre *reglas de acción* (reglas jurídicas regulativas), que pretenden una acción del sujeto, y *reglas de fin*, que pretenden un estado de cosas¹⁴⁰.

Sánchez-Ostiz recurre a tal par conceptual para buscar semejanzas con la operatividad y estructura de las incumbencias. Concretamente, éstas pretenderían “del destinatario, no un hecho, sino un «estado de cosas»”; es decir, en opción de este autor, serían estructuralmente similares a las *reglas de fin*. Lo que recuerda sobremanera a la advertencia efectuada por Engisch sobre la amplitud del deber de cuidado, permitiendo al sujeto adoptar los medios necesarios¹⁴¹. Pero también puede encontrarse cierto parecido con el principio “*respice finem!*” al que alude Renzikowski¹⁴².

Sin embargo, por ahora, y en atención a la posibilidad de entender las incumbencias como principios, nada obstaría a identificarlas estructuralmente con las directrices. Es más,

¹³⁷ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *InDret Penal*, 1/2015, p. 22.

¹³⁸ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema de la teoría del delito*, p. 588.

¹³⁹ Cfr. ATIENZA/RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, p. 31 s.

¹⁴⁰ *Ibidem*. Que, a su vez, se remonta a la distinción sugerida por G. H. von Wright entre normas de deber hacer («*tun-sollen norms*») y normas de deber ser («*sein-sollen norms*»), VON WRIGHT, «Problems and Prospects of Deontic Logic», en Agazzi, Evandro (ed.), *Modern Logic. A Survey*, 1981, pp. 399 ss.; EL MISMO, *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*, 1976, pp. 43 ss.

¹⁴¹ Cfr. ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 280 s.

¹⁴² Cfr. RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, pp. 227 s. (aquí tomo la cita de Sánchez-Ostiz).

siguiendo el desarrollo que efectúan de la dualidad regla acción/regla fin Atienza y Ruiz Manero, las incumbencias se asemejarían más a la estructura propia de las directrices, pues las reglas de fin “configuran de manera cerrada sus condiciones de aplicación, mientras que las segundas [las directrices] lo hacen de manera abierta y, sobre todo, en que las primeras [las reglas de fin] establecen un fin que debe cumplirse en forma plena y no, como es el caso de las segundas, en la mayor medida posible teniendo en cuenta su concurrencia con otros fines y los medios disponibles”¹⁴³. En cualquier caso, debe advertirse que hasta aquí la entidad deóntica constituida por las incumbencias deberá ser de menor intensidad que los principios. Por último, como hemos visto, Silva Sánchez plantea la (aunque controvertida) interesante idea de que las incumbencias podrían obedecer, o tener su fundamento, al principio *honeste vivere*, cuya infracción prolongada sería la base que permitiría imputar de manera extraordinaria¹⁴⁴. Sobre todo ello habremos de volver.

Por lo que hace a su función, ubicar la incumbencia y su infracción como fundamento de la imputación extraordinaria pretende dar respuesta a la pregunta acerca del fundamento de la responsabilidad por las propias carencias de las condiciones de imputación¹⁴⁵. La estrategia consiste entonces en reconducir todas esas situaciones a una misma fuente de responsabilidad: la infracción de una incumbencia ya sea de conocer, ya de mantenerse en condiciones de poder cumplir con el deber. Lo cual supone concebir las incumbencias como normas “*poco precisadas (...) que atañe a su destinatario precisar en el caso concreto*”¹⁴⁶. La infracción de la incumbencia tendría como consecuencia la producción de un defecto de imputación (lo que no significa que el defecto de imputación tenga como consecuencia la realización del tipo (objeto de imputación), que, por tanto, sería imputable como tal, haciéndose así responsable al agente. Sería, en este sentido, una fuente de responsabilidad que operaría restableciendo la imputación¹⁴⁷.

El propio marco jurídico llevaría incorporadas semejantes reglas de imputación cuando habilita para mantener de manera excepcional la imputación, lo que haría explícita la necesidad de contar con una entidad deóntica distinta de la norma de comportamiento (la cual, por cierto, tampoco aparece expresamente formulada). Esto es, en la medida en que permite mantener o reestablecer la imputación *a pesar de* existir motivos para bloquearla,

¹⁴³ ATIENZA/RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho*, p. 34.

¹⁴⁴ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *InDret Penal* 3/2010 (editorial).

¹⁴⁵ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad*, p. 144, ya antes, EL MISMO, «Imputación al sujeto de sus defectos de imputación», en *La libertad*, p. 136, se pregunta por la “fuente de esta exigencia que al ciudadano se le dirige de evitar su defecto de imputación”.

¹⁴⁶ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *InDret Penal*, 1/2015, p. 9 y 12; EL MISMO, *La libertad*, p. 136 s.

¹⁴⁷ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Racionalidad práctica*, p. 162; EL MISMO, *InDret Penal* 1/2015, p. 10.

la responsabilidad que de ello resultara habría de estar fundamentada en la provocación responsable del propio defecto de imputación. Este sería el caso de las reglas que se derivan de los arts. 14 CP (error vencible de tipo y de prohibición) y 20.1º y 2º CP (provocación de ausencia de imputabilidad). De alguna forma, estas previsiones legislativas posibilitarían hablar de reglas de imputación adversativas, aunque, admite Sánchez-Ostiz, la justificación sería más bien “simplista”¹⁴⁸. De ahí que la siguiente cuestión sea la de si realmente *existen*, y, en su caso, de dónde surgen, las incumbencias.

2. Los principios jurídico-penales comprometidos

No obstante, explicado en estos términos el recurso a la idea de una incumbencia como fundamento de la imputación extraordinaria, queda por ver cómo enfrenta este autor las críticas vertidas sobre esta estructura excepcional de imputación. Estas serían, en esencia, la vulneración del principio de legalidad, la ampliación de la tipicidad material, la vulneración del principio de culpabilidad por la necesaria simultaneidad entre injusto y culpabilidad¹⁴⁹. A la crítica de vulneración del principio de legalidad responde Sánchez-Ostiz argumentando que, si la virtualidad de las normas jurídicas es que sean cumplidas, y este es el sentido que le da quien las emite, entonces todo intento de frustración de dicha virtualidad debe ser objeto de imputación¹⁵⁰. De ahí que sea propio de la dinámica de las normas contar con un destinatario que haga lo posible por cumplirlas, es decir, un destinatario sujeto no solo a la no lesión de una esfera jurídica ajena (deber), sino también vinculado por la posibilidad de concretar la norma en deber (incumbencia)¹⁵¹.

Ello estaría relacionado también con la crítica según la cual la imputación extraordinaria permitiría una ampliación de la punibilidad (ampliación, por tanto, de la tipicidad material), en tanto no tendría en cuenta la acción precedente de provocación (o no evitación) para determinar la gravedad de la conducta desde el punto de vista subjetivo, sino solo la acción defectuosa que considera típica¹⁵². Al respecto señala Sánchez-Ostiz

¹⁴⁸ SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad*, p. 147.

¹⁴⁹ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad*, pp. 146 ss.; un desarrollo casi monográfico de estas y otras críticas puede encontrarse en, ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa, passim*.

¹⁵⁰ SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad*, p. 156.

¹⁵¹ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *FS-Streng*, p. 12.

¹⁵² Castigando, por ejemplo, por un hecho doloso aquél que solo lo ha sido durante la acción defectuosa, pero no durante la acción previa, ver SCHÜNEMMAN, «La culpabilidad: estado de la cuestión», en *Sobre el estado de la teoría del delito*, 2001, p. 123; también ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, p. 51.

que esa mayor incriminación no sería tal si fuese posible reconducirla a la que “producen ya las normas penales aceptadas (mediante los tipos penales y las reglas de imputación)”¹⁵³. Como acabamos de ver, el recurso a las incumbencias vendría justificado por la dinámica de las normas de conducta, de la que derivan, por lo que la mayor restricción de libertad quedaría, en su opinión, abarcada ya por el propio funcionamiento del sistema de normas¹⁵⁴, estando, por tanto, legalmente justificada.

Sánchez-Ostiz rechaza, además, que la crítica relativa a la vulneración de la necesaria coincidencia temporal que debe existir entre objeto y fundamento de imputación —expresión del principio de culpabilidad— sea decisiva. Y, en relación con la falta de coincidencia, que exhibe la necesidad de que la realización del hecho por el sujeto vaya acompañada de su capacidad de culpabilidad en sentido amplio, se objeta que de ese modo el reproche se aproxima a la consideración del modo de vida o la personalidad del sujeto¹⁵⁵. El autor cree justificado aceptar una excepción a tal simultaneidad siempre que se respeten los otros postulados garantistas, es decir, siempre que la responsabilidad tenga por objeto el «hecho» en estado defectuoso y su relación con el bien jurídico, y se base en el “contenido de la norma con que cuenta el legislador”¹⁵⁶. Solo de esta forma se evitaría, además, la frustración del propio sistema normativo¹⁵⁷.

3. Derivación normativa de las incumbencias

El problema de la derivación de las incumbencias es uno de los aspectos más controvertidos (e interesantes) de esta figura, sobre todo desde una perspectiva de teoría y filosofía jurídica y política¹⁵⁸. Toda figura que aspire a tener un lugar en el aparato conceptual de la dogmática jurídica ha de someterse a un proceso de legitimación. De hecho, cada uno de los conceptos con los que ha sido comparada más arriba ha tenido que superar su propio proceso de aceptación teórica por parte de la comunidad jurídica¹⁵⁹. De

¹⁵³ SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad*, pp. 147, 156.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 156, con n. 57.

¹⁵⁵ Cfr. ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa.*, p. 29, para quien la imputación extraordinaria se aproximaría peligrosamente al derecho penal de autor.

¹⁵⁶ SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad*, p. 156.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 148.

¹⁵⁸ De hecho, discutiendo al respecto con el profesor Sánchez-Ostiz, coincidimos en que es curioso que la idea no sea planteada por los teóricos del Derecho, ya sea de tradición analítica, ya de tradición continental.

¹⁵⁹ Algo así como superar los procesos dialécticos a los que se refiere Aristóteles para los saberes no científicos (en el sentido fuerte de ciencia, si es que tal cosa existe). Se trata de razonar a partir de argumentaciones y opiniones establecidas “compartidas por todo el mundo, o por la mayoría de la gente, o

ahí la importancia de la derivación como proceso de legitimación teórica de un concepto dentro de un sistema ordenado de conocimiento. Se trata (o, al menos, se asemeja) de lo que en filosofía de la ciencia se conoce como «contexto de justificación», en este caso de un concepto. Es decir: hemos visto la utilidad que, según ciertos autores, pueden tener las incumbencias, pero ¿de dónde surgen? ¿Y por qué las tenemos que aceptar? ¿Cuál es el origen de su base normativa si no están, ni pueden estarlo, previstas expresamente por las disposiciones legales?¹⁶⁰ Son varios los esfuerzos teóricos dedicados a tal empresa. Unos irreconciliables, otros hasta cierto punto compatibles. En lo que sigue se esbozará la discusión habida al respecto. La idea es exponer las propuestas y sus críticas y, sobre lo no criticado, tratar de formular algunas observaciones. Por lo que hace a nuestra toma de postura, ésta habrá de esperar. Pues antes será preciso desarrollar, en la segunda parte de la investigación, nuestros presupuestos teóricos y epistemológicos.

3.1. Incumbencia y norma de comportamiento

El primer ensayo es el realizado por el propio Hruschka. Este autor propone derivar las incumbencias de las prohibiciones y prescripciones primarias¹⁶¹. Esta derivación obedecería a una «conexión sintética justificada» (*begründete synthetische Verbindung*) y, por tanto, no arbitraria¹⁶². Es decir, una conexión de la que se podría predicar cierta necesidad. Como admite el autor, este tipo de conexión o relación sintética se emplea con frecuencia por la comunidad jurídica bajo la designación de ‘teleológica’, aunque sin mayor fundamentación. Y es esta idea la que subyace en la estrategia de fundamentación que sigue Hruschka: la incumbencias serían una derivación teleológica de toda norma de comportamiento, en la medida en que éstas buscan normar su ámbito de regulación con la mayor efectividad posible, es decir, “que cada prohibición *busca* impedir en la mayor medida posible y con la mayor intensidad posible los sucesos indeseados que tiene como

por los sabios; y en el caso de los sabios, bien por todos ellos, bien por la mayoría, bien por los más conocidos y reputados”, ARISTÓTELES, *Tópicos*, I 1, 100b21-24. Lo que en modo alguno excluye la posibilidad de una construcción conceptual crítica frente a tales opiniones y argumentaciones recibidas. Al respecto, véase ROXIN, *AT*, § 20/57.

¹⁶⁰ Como tampoco lo están, por cierto, lo que designamos como normas de comportamiento. Además, como acertadamente constata SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad*, pp. 148 s., con su previsión expresa subsistiría el problema de su infracción en estado de defecto, y pone como ejemplo el problemático § 330a StGB (hoy § 323a StGB, “delito de intoxicación plena”).

¹⁶¹ Cfr. HRUSCHKA, *FS-Bockelmann*, pp. 422, 426 ss.

¹⁶² HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 398, precisamente en el Anexo II dedicado a la aclaración de conceptos importantes y, concretamente, cuando trata la distinción, con base en Kant, de las acepciones ‘analítico’ y ‘sintético’. En ese sentido también, JOERDEN, *Strukturen*, p. 174; BIEWALD, *Regelgemäßes Verhalten*, pp. 162 s. En el caso de Sánchez-Ostiz entiendo que es posible, como se verá, identificar cierta variación respecto de la estrategia seguida por Hruschka.

presupuesto, y que cada mandato *busca* producir en la mayor medida posible y con la mayor intensidad posible los sucesos deseados que presupone”¹⁶³. Por tanto, el “sentido” de las normas de comportamiento¹⁶⁴ sería evitar los estados indeseados de las que traen causa no solo frente a ataques conscientes, sino también frente a ataques inconscientes evitables.

Sin embargo, esta estrategia de vincular normativamente la incumbencia al contenido de la norma de comportamiento adolece de algunas inconsistencias, tal como pronto puso de relieve Neumann. Este autor, que *comparte* tanto el modelo de teoría de las normas propuesto por Hruschka como el recurso a la figura de la *Obliegenheit*¹⁶⁵, observa que, si bien tendría *todo el sentido* que una norma N₂ complementara a una norma N₁, ello no justifica aceptar como válida la norma N₂¹⁶⁶. Y ello en la medida en que toda derivación teleológica acompañaría cierta marca de debilidad e inseguridad, pues el fin de la norma solo puede invocarse para la interpretación del enunciado normativo, mas no como contenido de la norma¹⁶⁷. Es decir, si hablamos de relación de derivación entre dos enunciados normativos, tal relación ha de estar mediada por el contenido. En opinión de este autor, aquí solo sería válida, por tanto, una derivación analítica, según la cual fue válido afirmar que el contenido de N₂ (incumbencia) estuviera ya incluido en N₁ (norma de comportamiento)¹⁶⁸. En este sentido, Neumann entiende como necesaria la distinción entre contenido y fin de la norma: si no se quiere paralizar la interacción social y el libre desarrollo de la persona, la cuestión no es solo *qué* deba alcanzarse (fin), sino *cómo* deba alcanzarse (contenido)¹⁶⁹. Ya no es que el fin concreto no justifique todos los medios,

¹⁶³ Cfr. HRUSCHKA, *FS-Bockelmann*, p. 426 s. (énfasis añadido).

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ Cfr. NEUMANN, «Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit», *ZStW* 99 (1987), pp. 582 ss., advirtiendo de su enorme rendimiento analítico (p. 583). En cambio, véase antes las críticas en, EL MISMO, «Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung», en *GA* 1985, p. 397 s., aunque finalmente indique que su contribución no es una refutación, sino más bien una defensa del modelo de Hruschka (p. 399 s.).

¹⁶⁶ Cfr. NEUMANN, *GA* 1985, p. 395. A esta crítica se suma la mayor parte del sector doctrinal que se ha ocupado de la figura; recientemente, MONTIEL, en *Derecho, sanción y justicia penal*, p. 18, nota 101. semejante crítica entiendo que es extensiva tanto a la “primera fase o momento” de Sánchez-Ostiz (véase más adelante) como a RENZIOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, pp. 80 s., 226 ss.

¹⁶⁷ Cfr. NEUMANN, *Zurechnung und «Vorverschulden»*. *Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung*, 1985 p. 264. – Pero incluso frente a una derivación de este tipo, es decir, incluso si se admitiera que del contenido proposicional de la norma explícita es posible derivar como consecuencia lógica un contenido proposicional “*Obliegenheit*” implícito, cabría preguntarse todavía si afirmar u ordenar lo explícito (la norma) permite afirmar u ordenar lo implícito. Sobre el problema de la «promulgación implícita» o las «normas derivadas», véase, ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, 1997, pp. 43 ss.; brevemente, VILAJOSANA, *El derecho en acción*, 2010, p. 58.

¹⁶⁸ En este sentido, también, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 125 s.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

sino que tal fin no está en condiciones por sí solo de restringir los medios necesarios compatibles con la libertad general de acción¹⁷⁰.

Además, continúa la objeción de Neumann, la modalidad deóntica de la incumbencia es diferente de la modalidad deóntica que adopta el deber. Si, como sostiene Hruschka, por un lado, ambas entidades derivan de una misma norma —de un mismo imperativo categórico (la norma de comportamiento), tanto un imperativo categórico (deber) como un imperativo hipotético (incumbencia)—, y, por el otro, la lesión de una incumbencia es concebida como una fuente de «inculpación frente a uno mismo» (*Verschulden gegen sich selbst*), entonces no parece sostenerse la idea de que tal entidad pretenda, a su vez, desplegar cierta sujeción (*Gebundenheit*) a la norma de comportamiento¹⁷¹. De ahí que tampoco sea posible, concluye Neumann, identificar la imprudencia con la infracción de una incumbencia, en la medida en que toda responsabilidad por imprudencia presupone *también* una obligación frente a terceros¹⁷².

De hecho, Neumann no concibe la posibilidad de que la lesión de una *prohibición* o *mandato* (incumbencia) permita la imputación de la lesión de otro mandato o prohibición (deber)¹⁷³. No comparte, pues, que pueda asumirse un «sucedáneo» («*Surrogat*»), como reemplazo —y, por tanto, equiparable— de un elemento típico fundamental para la imputación ordinaria. La provocación de la propia incapacidad de control —continúa el autor— no es un sucedáneo aceptable de la capacidad de control¹⁷⁴.

Frente a ello, Neumann concibe la infracción previa como “la caducidad de una posibilidad de defensa”¹⁷⁵. El autor no está obligado a mantener su capacidad de acción o de motivación, “pero de no hacerlo no podrá invocar su incapacidad de acción si realiza un tipo penal en tal estado”¹⁷⁶. De ahí que la incumbencia solo pueda encontrar consideración consecuentemente en el contexto de la norma de sanción; pues no se trata de lo que el autor debe hacer, sino de la cuestión de lo que puede ocurrir si hace o no hace algo¹⁷⁷. Por tanto, no se trata de una meta-norma que contiene el *deber* de seguir la norma primaria. Más bien, Neumann propone entender las incumbencias como reglas de

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 265.

¹⁷¹ *Ibidem*; EL MISMO, *Zurechnung*, p. 265 s.

¹⁷² NEUMANN, *GA* 1985, p. 396 s.

¹⁷³ Cfr. NEUMANN, *Zurechnung*, p. 267; EL MISMO, *GA* 1985, p. 397.

¹⁷⁴ Cfr. NEUMANN, *GA* 1985, p. 397.

¹⁷⁵ NEUMANN, *Zurechnung*, pp. 268, 276 ss.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 267.

argumentación (*Argumentationsregeln*) pertenecientes a un diálogo sobre la responsabilidad (*Verantwortungsdialog*) en el que interactúan autor y víctima¹⁷⁸.

3.2. Incumbencia y norma de sanción

Como Neumann, tampoco Kindhäuser considera que las normas de comportamiento pues erigirse en el origen normativo de las incumbencias¹⁷⁹. Sin embargo, frente a las objeciones del primero —imposibilidad de derivación analítica y fragilidad de la derivación teleológica—, Kindhäuser se muestra más categórico: no sólo asume la imposibilidad de derivación lógica, sino que además se manifiesta radicalmente contrario en relación con la derivación teleológica. En efecto, si se asume la premisa según la cual nos encontramos frente a normas ontológica y funcionalmente distintas —premisas que Neumann no parece asumir consecuentemente—, el núcleo del problema se hace explícito¹⁸⁰. En términos funcionales, una norma de comportamiento sólo puede orientar a los destinatarios sobre qué acción tienen que ejecutar u omitir, pero no que, además, deban mantenerse en posición de poder seguir la norma. Es decir, no alcanza a las acciones coadyuvantes necesarias para mantener o adquirir la capacidad de seguimiento. Si la infracción de una incumbencia ha de servir como criterio de imputación, entonces

¹⁷⁸ Cfr. NEUMANN, *GA* 1985, p. 400. Una crítica a esta concepción puede verse en KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 81, nota 40.

¹⁷⁹ El término *Obliegenheit* es utilizado por este autor durante sus primeros trabajos: Kindhäuser, *Gefährdung*, pp. 40, 65 ss., 76 s., 115 ss., 129 ss.; EL MISMO, *JRE* 1994, pp. 339 ss.; de nuevo, en EL MISMO, *FS-Puppe*, p. 59; EL MISMO, «¿Qué es la imprudencia?», en Mañalich (ed.), *La ciencia penal en la Universidad de Chile*, pp. 226, 228; véase, EL MISMO, *AT*, 2006, § 33, nota 17, y hasta su última (8ª) edición, lamenta que semejante terminología no haya podido imponerse. En idéntico sentido, EL MISMO, en *JRE* 1994, p. 346. No obstante, en otros trabajos, véase, por ejemplo, «Zur Funktion von Sorgfaltsnormen», en Hefendehl/Hörnle/Greco (coords.), *FS-Schünemann*, 2014, pp. 143 ss.; o EL MISMO, «Acerca de la fundamentación de las exigencias de cuidado», en *REJ*, p. 15, utiliza la expresión «*Sorgfaltsanforderung*» (exigencia de cuidado) para expresar la *necesidad* de activar unas medidas de precaución o cuidado que aseguren la capacidad, tanto de acción como de motivación. También se refiere a “exigencias de cuidado”, no sólo como fundamento de la imprudencia sino también del carácter vencible del error de prohibición, MAÑALICH, «El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno», en *RD*, 1/2011, p. 108, nota 67; en cambio, véase en EL MISMO, *Norma, causalidad y acción*, p. 134, con nota 148, donde el autor recurre indistintamente a la noción de incumbencia y exigencia secundaria. RUDOLPH, *Das Korrespondenzprinzip*, pp. 72 ss., 90 ss., en cambio, se sorprende de las similitudes entre la *Obliegenheit* y las exigencias de cuidado (*Sorgfaltsanforderungen*). Se trataría, en ambos casos, de reglas de conducta secundarias cuya infracción no es punible en sí misma considerada. Frente a los deberes, tienen una función de soporte, secundaria. Las consecuencias de sus respectivas infracciones serían también semejantes; igual que quien provoca su defecto de imputación no puede recurrir a este dato, quien conduce a una velocidad excesiva y atropella a un niño que se le interpone en su camino no puede recurrir a que en ese momento no tenía control sobre su vehículo. Se impondría así la suposición de que las exigencias de cuidado propias del ámbito del riesgo permitido no son nada distinto a las incumbencias. Rudolph indica que la verificación de esta sospecha requeriría de una investigación sobre la derivación y el alcance de las incumbencias y las exigencias de cuidado.

¹⁸⁰ Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 80.

solo pueden ser exigencias derivadas de las normas de sanción¹⁸¹, cuyo fin es, precisamente, el de asegurar la vigencia de la norma y concretar las expectativas asociadas al autor. Expresado de otro modo: como la norma de sanción, también las incumbencias tienen la función asegurar la medida necesaria de fidelidad a derecho para la efectividad deseada de la norma¹⁸². Al fin y al cabo, es una exigencia integrada en la idea de persona fiel a Derecho¹⁸³. Sobre ello volveremos más adelante.

Por tanto, a pesar de que exista acuerdo sobre la función asignada a la figura incumbencia, y que, por consiguiente, tanto para Hruschka como para Kindhäuser lo acertado sea atribuir a la incumbencia un estatus relacional con respecto a la norma de comportamiento —deber de evitación en Kindhäuser; norma comportamiento en Hruschka—, que la concreción de la norma vaya precedida de una operación de imputación y esta comparta teleología —según Kindhäuser— con la norma de sanción, conduce a que el anclaje normativo sea para estos autores distinto.

3.3. Incumbencia y razonamiento práctico: el destinatario racional

Pocos autores han vuelto a tratar este aspecto fundamental de las incumbencias. Uno de ellos, seguramente el que con mayor firmeza viene contribuyendo al desarrollo teórico de esta figura, es Sánchez-Ostiz. Como ya apuntáramos, creo que es posible identificar dos momentos en la evolución de la fundamentación teórica que propone este autor. De entrada, parte de la premisa —siempre siguiendo de cerca a Hruschka—, de la existencia de una relación de dependencia entre la incumbencia y la norma de comportamiento a la que secunda. Esta relación de dependencia sugiere que las incumbencias son condición de posibilidad (de eficacia), necesaria pero no suficiente, de las normas de comportamiento¹⁸⁴. Ello puede expresarse en el sentido de que cumplir con la incumbencia es necesario para poder cumplir con la norma. Para explicar esta relación, y abordar así el “«punto de anclaje»” normativo de las incumbencias, el autor acude a la

¹⁸¹ Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 65; VOGEL, *Norm*, pp. 70 s. En el mismo sentido la objeción formulada por MAÑALICH, *Nötigung*, pp. 71 s., quien encuentra “problemático el intento de derivar de una norma categórica una exigencia de comportamiento de naturaleza hipotética, cuya infracción ha de servir para una función de imputación. Pues con ello se niega que los criterios de imputación, cuya tarea es la determinación de las condiciones de responsabilidad, no comparten la teleología de la medida jurídico penal sobre el comportamiento correcto, que sirve a la protección de los bienes jurídicos”. Como vemos, este modelo no rechaza que, en efecto, la estructura de la incumbencia sea equivalente a la de una regla de conducta; de hecho, toda exigencia dirigida a un individuo lo es. Pero su función, para lo que sirve, es de criterio de imputación.

¹⁸² Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 80.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 65; MAÑALICH, *Nötigung*, p. 70.

¹⁸⁴ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad*, p. 150.

idea de la dinámica de las normas de comportamiento¹⁸⁵, lo que supone atender al propio funcionamiento y operatividad de éstas¹⁸⁶. Esto significa prestar atención a la relación de comunicación de la norma, esto es, tanto a los actores que las ponen en movimiento por la vía de promulgarlas —emisor (autoridad)—, como a quien la recibe —receptor (destinatario)—. Se parte, entonces, de una concepción expresiva (pragmática) de las normas.

La evolución de Sánchez-Ostiz se sucede dentro de este marco teórico general: la primera fase de su propuesta sugiere derivar el contenido de la incumbencia del contenido de la norma primaria de comportamiento en cuestión. Así, este autor afirma que, junto con los contenidos primarios de las normas de comportamiento, materializados en los concretos deberes de acción, existirían unos contenidos secundarios necesarios “para hacer posible el cumplimiento de los primarios”¹⁸⁷. En otras palabras: “en la regla de conducta en cuestión iría incluida la incumbencia”¹⁸⁸. Y es ese el contenido de la norma con el que cuenta el legislador —volvemos al argumento teleológico— cuando decide proteger determinados bienes jurídicos¹⁸⁹. Por tanto, se hace pasar como contenido proposicional de una norma lo que, según estos autores, es al mismo tiempo presupuesto de ella. Y, como vimos de la mano de Neumann y Kindhäuser, son argumentos tanto lógicos (formales) como teleológicos (materiales) los que se oponen a este tipo de derivación.

La segunda fase altera en parte esta justificación teórica. El autor continúa concibiendo las incumbencias como condiciones de aplicabilidad de la norma primaria de comportamiento, las cuales, sin embargo, dejarían ahora de pertenecer o derivar del

¹⁸⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 147, 149.

¹⁸⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 149 ss. Según el autor, en la “lógica” de éstas, *InDret Penal*, 1/2015, p. 15. Por “lógica” sólo es posible entender aquí una lógica en sentido trascendental (condición de posibilidad *à la* Kant), pero no formal (conceptual). Pues, como hemos visto en la crítica de Neumann a Hruschka, no es correcto afirmar que entre el contenido de las normas de comportamiento y el de las incumbencias se dé una derivación analítica.

¹⁸⁷ SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad*, p. 154. En esto sigue la exposición de RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, pp. 80 ss., 242 ss.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 158.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 156. Esto puede ser así, pero quizá esté mal expresado. Es decir, es cierto, por ejemplo, que el legislador no sólo sanciona los hechos dolosos, sino también, en su caso, los imprudentes. Pero esto no significa que exista una norma de comportamiento que prohíba los hechos dolosos e imprudentes (algo así como un: “!No debes matar conscientemente o por resultado de una imprudencia!”), sino que tal prohibición derivaría del juego, o puesta en relación, entre normas de comportamiento y reglas de imputación. El término ‘norma de comportamiento’ puede emplearse en dos sentidos, o tiene dos usos, uno locucionario (semántico) y otro ilocucionario (pragmático). Puede que la confusión que vengo señalando en varios lugares se deba a que tales autores emplean el término sin reparar en estos dos usos. Sobre esta confusión, véase MAÑALICH, *Norma*, p. 20 con nota 13.

contenido concreto de éstas para pasar a ser conceptualmente dependientes de toda norma con pretensión de vigencia¹⁹⁰.

Concretamente, sugiere que las incumbencias “serían instrumentos de concreción de la norma en deber y permisión”¹⁹¹. Para ilustrar esto aprovecha el esquema explicativo que ofrece el silogismo práctico¹⁹². Como es sabido, esta figura puede ser utilizada para explicar el razonamiento medios-fines que lleva a la acción necesaria. Pero también, y precisamente por eso, para determinar el concreto deber de acción de un individuo sujeto a una norma como premisa práctica¹⁹³. Es decir, el razonamiento práctico concluiría con la acción necesaria desde un punto de vista moral o jurídico. Es en este último sentido como se utiliza en la filosofía moral y en la teoría del derecho. Simplificando, dada una norma que define un objetivo determinado (como premisa mayor), y dados unos conocimientos y capacidades del destinatario de la norma (como premisa menor), se concluye con la acción que debe ejecutarse u omitirse. Por tanto, condición necesaria para que la norma de comportamiento se concrete dado el caso (dada la premisa menor) en un deber, es contar con un destinatario racional que disponga de conocimiento y capacidad para ello. Un destinatario, por tanto, con poder de concreción.

En este esquema, Sánchez-Ostiz plantea el recurso a las incumbencias como forma (vía exigencia) de mantener personalmente “aseguradas” tanto la premisa mayor (el contenido normativo) como la menor (el conocimiento y la capacidad del destinatario). De ahí que para este autor las incumbencias —es decir, el cumplimiento de éstas— constituyan condiciones de aplicabilidad de las normas de conducta y, como tales, como constituyendo a la persona en su rol de destinatario (condiciones de aplicación personales/humanas, por oposición a las físicas/externas). Como veremos, es necesario distinguir entre aplicabilidad de una norma y seguimiento de una norma. Según el uso que hace Sánchez-Ostiz de la expresión “aplicación (o aplicabilidad) de una norma”, cumplir con las incumbencias sería, más bien, condición de seguimiento de la norma. O, expresado de otro modo: condiciones del empleo de una regla por parte del sujeto, de que

¹⁹⁰ SÁNCHEZ-OSTIZ, *FS-Streng*, pp. 11 s., nota 44. Al respecto, véase la distinción que efectúa Searle entre mandatos sinceros y mandatos insinceros, para hacer notar que la intención del que manda no es una condición necesaria de los mandatos.

¹⁹¹ *InDret Penal* 1/2015, p. 14. Ya adelanta esta idea en SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad*, p. 136 y s. El autor utiliza la expresión “regla de conducta” como especificación de la norma en cuestión, EL MISMO, *Imputación y teoría del delito*, p. 388), como concreción de la norma para la acción y, dentro de aquella, según sea un deber o una permisión, EL MISMO, *FS-Streng*, p. 6.

¹⁹² Sobre el recurso al silogismo práctico como guía para explicar la acción volveremos más adelante.

¹⁹³ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 54 ss.; EL MISMO, *InDret Penal*, 4/2008, p. 9.

la regla pueda regir su razonamiento práctico. Pues una norma puede ser aplicable a una situación particular en la que se encuentra el sujeto sin que esa aplicabilidad dependa de que el sujeto la esté empleando como premisa de su actuar¹⁹⁴.

Ciertamente, en el planteamiento de este autor, la incumbencia, antes que derivar de la norma, sería una exigencia derivada, por un lado, de la consideración del sujeto como dotado de ciertas capacidades (“Puesto que eres un ser racional, puedes prever la necesidad de mantenerte en posición de seguir las normas”, rezaría la exigencia) y, por el otro, de la idea de que toda norma de comportamiento debe, si pretende llamarse ‘norma’ —esto es, por una necesidad conceptual— contar con un destinatario capaz de tomarla como razón para su acción¹⁹⁵. De ahí que, en opinión del autor, la no previsión expresa de las incumbencias no resulte criticable desde la óptica del principio de legalidad, “en la medida en que se hallan en relación con el deber en cada caso en cuestión”¹⁹⁶.

En cuanto al contenido de semejante exigencia, el autor distingue según las condiciones personales que, por necesarias, su ausencia (no disposición) sea susceptible de interrumpir la imputación. Así, existirían, por un lado, las *incumbencias de conocer*, tanto los datos fácticos como los contenidos normativos, evitando de esta manera situaciones de error de tipo y de prohibición, respectivamente. Por el otro, las *incumbencias de disposición* para actuar (ejercer la volición) y seguir la norma (voluntariedad)¹⁹⁷, dirigidas a evitar situaciones de ausencia de “conducta humana” y de ausencia de imputabilidad por falta de capacidad de motivación. En palabras de Sánchez-Ostiz: “incumbe concretar la norma en deber y no perder la capacidad de cumplirlo”¹⁹⁸. Ello pone de manifiesto que el seguimiento de las normas no sólo se garantizaría por medio de las penas, “sino también a través del aseguramiento de aquellas condiciones (fácticas y «jurídicas») de las que

¹⁹⁴ Sobre ello habremos de volver en la segunda parte de la investigación. Por ahora puede adelantarse que si sostenemos que aseguran no sólo el seguimiento de la norma de conducta sino también la posibilidad de imputación, entonces la figura no puede operar como condición conceptual de la norma, sino de su seguimiento.

¹⁹⁵ SÁNCHEZ-OSTIZ, *InDret Penal* 1/2015, pp. 15, 20; EL MISMO, *La libertad*, pp. 147 y 150.

¹⁹⁶ SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, p. 554

¹⁹⁷ SÁNCHEZ-OSTIZ, *InDret Penal*, 1/2015, pp. 15 s. Esta distinción ilumina toda la filosofía moral desde Aristóteles; deudoras, en este sentido, de la seminal distinción aristotélica entre «volición» y «elección» (ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, III, 1111b-5 ss.). Para una muestra, dos ejemplos de distintas épocas y corrientes filosóficas: recuerda a la que efectúa Kant en su *Metafísica* entre «arbitrio» y «voluntad», donde arbitrio se refiere a la acción y voluntad al fundamento de la acción. Pero también a la distinción de Harry G. Frankfurt entre voluntad de primer y de segundo orden, FRANKFURT, «Freedom of the Will and the Concept of a Person», en el mismo, *The Importance of What We Care about: Philosophical Essays*, 1988, pp. 11 ss. Sobre ello, véase también, SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad*, p. 199, con nota 52.

¹⁹⁸ SÁNCHEZ-OSTIZ, *FS-Streng*, p. 8.

aquel depende”¹⁹⁹. Resumiendo: las incumbencias serían condiciones de posibilidad de las respectivas normas de conducta derivándose, por consiguiente, de la propia dinámica de éstas que *cuenta con* un sujeto racional como destinatario.

Parece entonces evidente que el autor entienda que “*se trata de reglas de conducta, pero su operatividad se refiere a las reglas de imputación*”²⁰⁰. Como regla de conducta, su estructura requiere de dos momentos: un presupuesto y una consecuencia. El contenido general quedaría como sigue: “«si eres destinatario de una norma, preocúpate de conocer esta y las circunstancias del caso para saber cuál es tu deber», «y procura mantenerte en disposición de poder cumplirlo», que constituirían el presupuesto de la incumbencia, como norma que es; al que seguiría su consecuencia: «de lo contrario, se te imputará igualmente»”²⁰¹.

3.4. Incumbencia y el concepto de persona en derecho (*Rechtsperson*)

Otra estrategia encaminada a justificar el origen normativo de la figura de la incumbencia es la que recurre al concepto de persona en Derecho (*Rechtsperson*), tal como es concebida por Günther. La idea general sugiere que sobre la persona en su rol de miembro de una comunidad jurídica recaería la *carga* de comportarse con cierta responsabilidad. Semejante exigencia tendría su origen (justificación) en la existencia de un vínculo político-jurídico entre el individuo y la comunidad a la que pertenece, hipostasiado en la ciudadanía como título inclusivo. Bajo esta premisa, la ciudadanía se concretaría en el rol del ciudadano como de destinatario de las normas. En esta línea, Günther sostiene que ser miembro de una comunidad jurídica y, por extensión, destinatario de las normas jurídicas que se dan los miembros de esa comunidad, lleva aparejada una carga que difiere, en cuanto a su contenido concreto, de los propios deberes que derivan de las normas. Esa carga no se vincula tanto a una acción u omisión, como al mantenimiento de un estado

¹⁹⁹ SÁNCHEZ-OSTIZ, p. 150, citando a RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 230. En el mismo sentido, HRUSCHKA, *FS-Bockelmann*, 1979, pp. 426 y s.; EL MISMO, *Strafrecht*, p. 287. Como vimos, que las *Obliegenheiten* compartan función (y fin) con las penas es el argumento teleológico utilizado por Kindhäuser, Vogel o Mañalich para plantear su derivación de las propias normas de sanción.

²⁰⁰ SÁNCHEZ-OSTIZ, *InDret Penal*, 1/2015, p. 19 (énfasis original). No se entiende, en cambio, que el autor insista en este inciso final pues el propio concepto de imputación implica de por sí un sujeto, un objeto y un criterio de imputación.

²⁰¹ SÁNCHEZ-OSTIZ, *FS-Streng*, p. 8; EL MISMO, *InDret Penal*, 1/2015, p. 20. El enunciado es formulado de forma similar, aunque haciendo mención de “lo exigible” y sin expresar la consecuencia, que se entiende es la misma, PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 310: “¡Preocupaos, en el marco de lo exigible, de poder cumplir aquel mandato de forma suficientemente fiable!”. Sin embargo, y a diferencia de Sánchez-Ostiz, entendemos que de esta forma Pawlik se estaría refiriendo a lo que tradicionalmente se denomina “cuidado debido” (véase su remisión a Binding en ese lugar).

personal: un estado en el que se está motivado a ser fiel a Derecho²⁰². Günther habla entonces de «persona en Derecho *responsable*» (*verantwortliche Rechtsperson*)²⁰³.

Así, siguiendo a Habermas, este autor describe dos facetas inherentes a todo sujeto miembro de una comunidad jurídica: la del ciudadano autor de las normas y la de la persona en Derecho destinataria de éstas. Ambas facetas se corresponden con los discursos en los que interviene la persona, a saber, el político y el jurídico, y, aunque racionalmente distinguibles, conforman la esencia de la persona deliberativa²⁰⁴. En una democracia deliberativa, que es el marco teórico en el que se inserta la persona deliberativa, son los propios ciudadanos quienes fijan las condiciones bajo las cuales es posible imputar la infracción de una norma²⁰⁵. Dicho de otro modo, corresponde a los ciudadanos la “construcción discursiva del concepto de persona en Derecho responsable”²⁰⁶. Es más, cuando existe disenso en torno a la aceptabilidad de una causa de exculpación, observa Günther, es un disenso que gira en torno a las concepciones sobre la persona²⁰⁷, pues hechos psíquicos relevantes para la imputación han de interpretarse a la luz de un concepto de persona²⁰⁸.

²⁰² Cfr. GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, 2006, pp. 109, 245. Esto tiene cierta relación con la distinción entre reglas fin y reglas acción vista antes. Distinción entre acción y estado de cosas, que no desconoce la necesidad de llegar a él por medio de acciones u omisiones.

²⁰³ *Ibidem* (énfasis añadido).

²⁰⁴ *Ibidem*, pp. 71 ss., 245 s., 249 y *passim*. Con esta separación de las diferentes facetas de la persona, Günther se aleja del concepto comunitarista de (buen) ciudadano (p. 251). Acogen también la noción discursiva de persona, KINDHÄUSER, «La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad», en Kindhäuser/Mañalich, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, pp. 93 ss.; EL MISMO, «Culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de derecho», en Kindhäuser/Mañalich, *Pena y culpabilidad*, pp. 226 ss.; MAÑALICH, «Pena y ciudadanía», en Kindhäuser/Mañalich, *Pena y culpabilidad*, pp. 116 ss. En España, véase, MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal*, 2009, pp. 289 ss. Con matices, FEIJOO SÁNCHEZ, «Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?», *InDret Penal* 2/2011, pp. 33 s., advierte que “[e]l gran acierto de Günther ha sido vincular estas ideas con el tratamiento del fundamento legítimo de la culpabilidad en un sistema democrático de libertades. Sin embargo (...) acaba exagerando la dimensión política de la culpabilidad”. En contra de la autolegislación como vínculo legitimador (ciudadanía), es decir, de la conexión interna entre culpabilidad y democracia, PAWLIK, *Das Unrecht*, pp.; SILVA SÁNCHEZ, «Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal», en Fernández Teruelo/González Tascón/Villa Sieiro (coords.), *LH-Suárez Montes*, 2013, pp. 715 ss.; ideas que esboza en su excelente prólogo a Kindhäuser/Mañalich, *Pena y culpabilidad*, pp. XIII ss.

²⁰⁵ Cfr. GÜNTHER, *Schuld*, p. 257. Como reconoce Günther, esta idea encuentra cierta inspiración en Merkel, quien ya vinculara la culpabilidad con la legitimidad política (*Ibidem*, pp. 5 ss., 24 ss., 115).

²⁰⁶ Cfr. GÜNTHER, «Strafrechtliche Verantwortlichkeit in der Zivilgesellschaft», en Prittwitz/Manoledakis (eds.), *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende*, 2000, 27, p. 39; EL MISMO, *Schuld*, pp. 113, 256, entre otras.

²⁰⁷ Cfr. GÜNTHER, *Schuld*, p. 207.

²⁰⁸ Cfr. GÜNTHER, *Schuld*, p. 257.

Aunque empleando diferentes vías de fundamentación, tanto Pawlik (como veremos, acudiendo a la pena) como Günther establecen de esta forma un vínculo material (político) entre la operación de imputación y las nociones de ciudadanía y persona en Derecho²⁰⁹. En el caso que ahora nos ocupa, Günther circunscribe la aplicación de la exigencia al ámbito de la culpabilidad, en el que la persona no realiza la capacidad de motivación fiel a Derecho²¹⁰. Y realizar esa capacidad, es decir, mantenerse en ese estado, es el objeto de la incumbencia. De ahí que su infracción, de la que tiene que resultar la supresión de ese estado de motivación fiel a Derecho, constituya para Günther un actuar “contra sí mismo”. Esta última expresión, empleada con cierta ambigüedad en los planteamientos expuestos hasta ahora —y que para alguna autora tiene una importante resonancia moral²¹¹—, parece cobrar una dimensión más firme en el planteamiento de este autor. Pues en la medida en que la persona que infringiera una incumbencia estaría *actuando* contra el concepto de persona en Derecho responsable en el rol de destinatario de la norma²¹², habría una auto-contradicción *literal* (considerada esta persona artificial) contra ella misma en tanto miembro de una comunidad jurídica.

Como hemos visto que ocurre en las propuestas de Hruschka, Kindhäuser o Sánchez-Ostiz, Günther también sugiere que semejantes exigencias se encontrarían legalmente presupuestas, por ejemplo, en el § 35 párr. 1 frase 2 StGB, donde se prevé una regla de imputación para los casos en los que el autor provoca la situación de peligro propia del

²⁰⁹ En rigor, el vínculo se halla en la noción de ciudadanía. Al respecto, fundamental ya, JAKOBS, *Norm, Person. Gesellschaft. Vorüberlegungen einer Rechtsphilosophie*, 3ª ed., 2008, pp. 88 ss., 108 ss. Una de las diferencias entre ambos planteamientos tiene que ver con el modelo de persona que construyen; mientras que Günther toma como base a una persona deliberativa (crítica: con capacidad de distanciarse de acciones y exteriorizaciones y tomar una postura crítica al respecto), Pawlik parte —como enseguida veremos— de una persona que prefiere la seguridad y para ello obedece, o debe hacerlo. Un reciente tratamiento crítico de ambas posturas se encuentra en el excelente trabajo de CIGÜELA SOLA, «El ciudadano y el excluido frente al Derecho penal. Los límites del ciudadano deliberativo de Günther y Kindhäuser y del ciudadano cooperativo de Pawlik», *InDret Penal*, 2/2017, donde se contraponen “ciudadanía” (en tanto “título inclusivo”), como fundamento del deber de obediencia, y “exclusión” (en tanto ausencia de ese título), como situación que hace vacilar esa fundamentación. Por lo demás, como se desprende de este (necesario) trabajo, resulta urgente que desde nuestra comunidad de conocimiento se dé respuesta al problema de la justificación, y en su caso administración, del castigo a los excluidos por la sociedad y el Estado. Como advierte Cigüela Sola, “[e]l problema sería marginal si no fuera porque el reproche penal recae, de modo mayoritario, precisamente en sujetos que no encajan en sus respectivas concepciones de ciudadano” (*ibidem*, p. 25); esto es, en personas excluidas. Al respecto, ya, MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal*, 2009, pp. 230 ss. También, SILVA SÁNCHEZ, en *LH-Suárez Montes*, pp. 715 ss. Y así, no pueden compartirse las insensatas (o provocadoras, pero insensatas al fin y al cabo) palabras de Jakobs cuando sentencia que “la exclusión en una sociedad de libertades siempre es autoexclusión”, JAKOBS, «¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad», en Cancio/Feijoo (eds.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, 2008, p. 46.

²¹⁰ Cfr. GÜNTHER, *Schuld*, p. 109.

²¹¹ Cfr. GONZÁLEZ-RIVERO, *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 80.

²¹² Cfr. GÜNTHER, *Schuld*, p. 110.

estado de necesidad exculpante y de la que resulta la exigibilidad de tolerar ese peligro. La incumbencia toma la forma entonces de una “prohibición de ponerse en una situación de peligro”, tal como operaría en la *actio libera in causa*²¹³. Por su parte, en relación con la regla de imputación prevista en el § 17 StGB, la incumbencia se presenta como mandato de procurarse el conocimiento necesario de la norma, de manera que únicamente pueda invocarse error de prohibición cuando el cumplimiento de la incumbencia fuera inexigible²¹⁴.

La figura de la incumbencia es entonces parte en la construcción de un concepto de persona normativo, esto es, perteneciente al ámbito del deber ser. Sin embargo, Günther advierte que el fundamento de cumplimiento con tal exigencia —y, por tanto, el fundamento material de la culpabilidad— no se encuentra en sentido estricto en un sistema de normas morales, sino precisamente en el sistema de normas jurídicas legitimado a partir de la autonomía política²¹⁵. Es decir, no se es culpable porque *siendo* libre para actuar de otro modo el agente cometió un hecho antijurídico²¹⁶, sino porque *disponiendo* de la capacidad para tomar postura crítica (*Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme*) no la ejerció. Esta capacidad se adscribe a una persona como “libertad comunicativa” si: 1) puede ejecutar el acto cognitivo de toma de postura acerca de exteriorizaciones y acciones, tanto propias como ajenas, y; 2) es capaz de seguir las razones que acepta, ejecutando por tanto un acto de voluntad²¹⁷. Por tanto, nos encontramos ante un concepto de persona que ha de servir al jurista como baremo de lo legítimamente exigible en el interior de un sistema *jurídico*-normativo.

A partir de estas premisas teóricas, el autor sostiene que las incumbencias son autónomas respecto de las normas a las que van referidas y rechaza su asimilación a un deber moral de formación de una voluntad fiel a derecho²¹⁸. Las incumbencias “no pueden requerir otra cosa más que mantenerse en estado de una persona de derecho responsable con

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 245. Este autor señala además que de esta forma se reduce la carga normativa del concepto de persona.

²¹⁶ Correctamente advierte el autor sobre el carácter adscriptivo y convencional de la noción “libertad”, GÜNTHER, *Schuld*, p. 115: “que la sociedad interprete determinadas cualidades y capacidades o incapacidades como libertad o no-libertad individual no significa que tal libertad sea un estado de cosas susceptible de descripción empírica”. En esta línea, también, MOHR, «Welche Freiheit brauch das Strafrecht?», pp. 87 ss.; MAÑALICH, «Determinismo, autonomía y responsabilidad penal», en Kindhäuser/Mañalich, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, pp. 204 s.

²¹⁷ GÜNTHER, *Schuld*, pp. 246 ss.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 110, con nota 257.

aquellas capacidades necesarias para el seguimiento de una norma”²¹⁹. De esto se deriva, en opinión de Günther, que el contenido de deber de las incumbencias haya de ser “lógicamente equivalente” con el deber de seguir la norma. Pero si concebimos la incumbencia como el *deber* de seguir la norma y, por tanto, como el deber de reconocer a los otros como personas en Derecho iguales²²⁰, entonces se está dando respuesta al fundamento político de la normatividad del Derecho (*Verbindlichkeit des Rechts*), lo que de entrada se aleja del uso *original* del término, entendido éste como el que le dio Hruschka. Ahora bien, ante la más que posible objeción metodológica verificable en el paso lógico que existe entre el discurso político y el jurídico, Günther subraya que el deber de seguimiento de la norma se basa en la pura positividad del derecho, independiente de su legitimidad. Es decir, lo que de entrada rememora el vínculo ético-político rousseauiano, no es más que la constatación de un deber jurídico de seguir el derecho en tanto persona en derecho²²¹.

Günther advierte cierta similitud entre su planteamiento y el modelo de responsabilidad dialogal de Neumann. Si para este autor el discurso de responsabilidad se erige, o se construye, sobre reglas de argumentación válidas, impidiendo invocar argumentos de descarga cuando no corresponda, para Günther el autor no puede invocar válidamente un concepto de persona cuya capacidad de motivación fiel a derecho no se corresponda con el concepto de persona establecido (convenido) por los ciudadanos²²².

Así pues, en el concepto de persona deliberativa se comunican ambos planos, el político y el jurídico, la idea de estado democrático y la idea de estado de derecho, respectivamente. Ser persona en derecho implica un compromiso político, pero sobre todo jurídico para con el resto de las personas. Günther rechaza que se trate de un concepto ético de persona que haya de “preocuparse por una disposición estable de «actitud interna de fidelidad a derecho [*rechtstreue Gesinnung*]»”²²³. El deber de seguir una norma jurídica y de evitación del injusto no significa que el destinatario de la norma haya de aceptar la norma como razón propia. No tiene que interpretar el deber de seguimiento de la norma como autovinculación de su voluntad y seguir la norma como persona moral²²⁴.

²¹⁹ *Ibidem*.

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ *Ibidem*, p. 253.

²²² *Ibidem*, p. 111.

²²³ *Ibidem*. Por lo que descarta que se trate de casos de «*Vorverschulden*», a los que asigna una connotación ética.

²²⁴ *Ibidem*, p. 251.

De ahí que descarte con rotundidad que la infracción de una incumbencia sea síntoma de un carácter defectuoso o una culpabilidad por la conducción de la propia vida²²⁵.

En suma, para Günther la imputación jurídico-penal presupone un concepto de persona en derecho responsable y la posibilidad de imputar aun cuando no se dispone de las capacidades que el derecho penal presupone para realizar ese concepto de persona encuentra su justificación en la exigencia de que el destinatario se comporte de manera tal que se mantenga en el estado de persona con capacidad de responsabilidad²²⁶.

De ello puede extraerse una importante conclusión que en adelante nos sirva como premisa teórica; es posible distinguir entre deber, en un sentido técnico-jurídico; y contenido de deber, como lo debido en un sistema normativo. Y de este modo afirmar que es compatible pretender, por un lado, trazar una distinción conceptual entre deber jurídico e incumbencia y, por el otro, atribuir a toda incumbencia un contenido de deber (como enunciado de deber) en tanto exigencia perteneciente a un sistema normativo. De ahí la corrección de la expresión “entidad deóntica” para referirse, también, a las incumbencias.

IV. Las *Obliegenheiten* como fundamento de imputación al ciudadano. El modelo de Pawlik

1. La lesión del deber de cooperación del ciudadano

Como otros autores, también Pawlik asume, en principio, la distinción entre normas de comportamiento y reglas de imputación²²⁷. Mientras que las primeras delimitan las competencias del ciudadano y, de este modo, el contenido de lo prohibido y del deber, las segundas, de nuevo, establecen las condiciones bajo las cuales puede imputarse a un ciudadano la realización culpable de un hecho, fijando a su vez sus límites. La lesión del

²²⁵ *Ibidem*, p. 111.

²²⁶ *Ibidem*, p. 109; en el mismo sentido, MAÑALICH, *Nötigung*, p. 70, nota 208. Algo más extensamente en EL MISMO, *InDret Penal* 1/2013, pp. 20 ss., esp. pp. 23 s.; similar, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 80 ss., sostiene que la *Obliegenheit* nace de la expectativa de un comportamiento fiel a derecho depositada sobre un sujeto a quien, entonces, incumbe comportarse de acuerdo con aquella expectativa.

²²⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 255 ss., esp. p. 259 o p. 335, cuando recurre a tal estructura sistemática para distinguir el doble significado del concepto de cuidado y situar el cuidado “externo” u “objetivo” en el ámbito de la norma de conducta y el cuidado “interno” o “subjetivo” en el ámbito de la imputación. Aunque, como se verá, rechazando la terminología “deber de cuidado”.

deber de cooperación exige, entonces, tanto un comportamiento contrario a la competencia como que éste sea susceptible de imputación²²⁸.

A ello se añade que para la delimitación de lo debido Pawlik estima necesario complementar la expectativa básica de todo ordenamiento jurídico, cuyo contenido prescribiría a todo sujeto la omisión de aquellas acciones contrarias a su competencia (que lesionarían posiciones jurídicas ajenas), con una expectativa de segundo orden cuyo enunciado fuera: “¡Preocupaos, en el marco de lo *exigible*, de poder cumplir aquel mandato de forma suficientemente fiable!”²²⁹; porque, de no hacerlo, se os imputará igualmente el incumplimiento.

La expectativa normativa de segundo orden deviene entonces una expectativa jurídica. Para el autor, esta forma de “aseguramiento normativo” del ordenamiento jurídico estaría justificada en la medida en que sólo así sería posible su subsistencia y el éxito de las funciones que tiene atribuidas. En palabras de Binding, que cita el propio autor, esta expectativa de segundo orden sería una “«parte *constante* de todos los deberes particulares que surgen de las normas, nunca un mandato independiente»”²³⁰. Además, tal expectativa se estabilizaría “socialmente” y no constituiría un deber sino una

²²⁸ La asunción de esta distinción normológica hecha por Pawlik difiere de la de otros autores, pues no se corresponde fielmente con la distinción entre injusto y culpabilidad ni, por ende, con la distinción de dos niveles de imputación, hecho/deber y culpabilidad. Así, por ejemplo, PAWLIK, *Das Unrecht*, pp. 263 s., aunque sin ofrecer argumentos concluyentes. Como veremos, el autor parte de que la teoría de las competencias, además de perfilar las propias normas de comportamiento, tiene un papel clave en la extensión de las incumbencias, (ibidem, p. 354). En este sentido también MÜSSIG, «Zurechnungsformen als gesellschaftliche Praxis», en Pawlik/Zaczyk (eds.), *FS-Jakobs*, 2008, pp. 428 ss. Pawlik ha sido recientemente interpelado por Robles Planas en relación con la asunción de esta premisa de teoría de las normas (véase, «Informes sobre la discusión», en PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, pp. 160 ss.). Robles Planas expresa su oposición a la distinción analítica entre normas de comportamiento y reglas de imputación, pues presupone un concepto de norma insostenible y “un absurdo” (esto último citando a Binding). Así, contrariado por el hecho de que Pawlik emplee semejante distinción en *Das Unrecht*, le pregunta por su opinión. Pawlik, después de rechazar la metodología analítica, que sería la que favorece la distinción en cuestión, parece ceder ante la contradicción advertida por Robles Planas. Ahora bien, la dualidad de normas le habría sido útil para resolver problemas de clasificación y lingüísticos. Por lo que accede a *corregir* semejante distinción; en su lugar propone hablar del par conceptual “norma de comportamiento en un sentido aún incompleto, abstracto, necesitado de un complemento” (ibidem, p. 161) y regla de imputación. De ahí que la distinción que creo correcta en el modelo de Pawlik sería entre competencia y regla de imputación.

²²⁹ Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 310. Obsérvese que, de tratarse la observancia de la *Obliegenheit* de una expectativa, aunque de segundo orden, el principio que estaría indirectamente comprometido como consecuencia de su no observación sería el *neminem laedere*.

²³⁰ PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 310. En ese lugar Binding se refiere al cuidado. Esa “parte constante de todos los deberes” no ha de ser equiparada con la expresión que utiliza Sánchez-Ostiz sobre la “dinámica de las normas”, pero sí que se acerca a su idea de un “contenido conceptual secundario” en toda norma. Más bien, como señala en el mismo lugar el propio BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Vol. II/1, p. 241, toda norma se ve fundamentada también por el deber de cuidado.

“*Obliegenheit*”, cuya mera infracción (sin que haya dado lugar a la contrariedad a una competencia) es “«completamente conforme a Derecho»”²³¹. De lo que se sigue que cuando efectivamente vaya acompañada de la contrariedad de una competencia posibilitará que esta sea imputada como lesión del deber. De entrada, operaría como en los modelos vistos más arriba.

La figura de la incumbencia se sitúa de este modo en el centro del modelo de atribución de responsabilidad penal de este autor. Y ello es así no sólo porque el cumplimiento de lo que incumbe al ciudadano pueda llegar a descargarle de responsabilidad penal (interrumpiendo la imputación) en el caso de una contrariedad objetiva a la competencia, sino también, y aquí entiendo reside una de las aportaciones más relevantes del planteamiento de este autor, porque será determinante para medir la contrariedad a deber, es decir, para resolver la forma de imputación (dolosa o imprudente).

1.1. Infracción de una incumbencia como fundamento de imputación: imposibilidad de interrupción del proceso de imputación

Pawlik parte de la tesis según la cual sólo es posible considerar la exclusión de la imputación cuando el propio autor no es competente, bien sobre la evitabilidad del error²³², bien sobre la superación de una situación de conflicto²³³. Esto es, el autor podría

²³¹ PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 310 s., citando a Binding y con ulteriores referencias en la literatura contemporánea; véase también p. 309 n. 335, p. 329 con referencias jurisprudenciales y doctrinales en nota 441. En el mismo sentido del texto, como vimos, HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 416, “solo la infracción de deberes (jurídicos) se castiga, mientras que la mera infracción de incumbencias como tal queda impune”; y SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad*, p. 151 y s. No obstante, como ya se apuntó, para este último autor el concepto de *Obliegenheit* parece trascender al de “deber de cuidado”; en este sentido, véase SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad*, p. 136 con nota 62, rechazando su equiparación con el deber de cuidado y distinguiendo la *Obliegenheit* precisamente de las afirmaciones de Binding a las que se remite Pawlik. Por su parte, este autor admite que su concepción de *Obliegenheit* es lo que para la doctrina mayoritaria se conoce como “deber de cuidado”. Sin embargo, señala que dicha sujeción deóntica se explicaría de forma más exacta no a través del deber sino de la *Obliegenheit*: en la medida en que su incumplimiento no se manifiesta necesariamente en la contrariedad a una competencia, y ésta delimita el ámbito de lo debido, no es posible afirmar que su incumplimiento constituya per se una infracción de deber. Esto le lleva a sostener que el mero incumplimiento de una *Obliegenheit* no es jurídico-penalmente relevante, sino que tiene carácter neutral, pp. 310, 329. Ciertamente, ello se corresponde en esencia con el tratamiento legal que tradicionalmente recibe la imprudencia, que mantiene la irrelevancia jurídico-penal de la infracción del deber de cuidado que no llega a manifestarse en un resultado típico. Sin embargo, tanto desde un punto de vista dogmático como de *lege ferenda*, nada obstaría, en algunos casos, a castigar la tentativa imprudente, por ejemplo, JAKOBS, *PG*, 9/27, p. 395; VOGEL, *Norm*, p. 53, con nota 155. Ya antes, JESCHECK, *Lehrbuch*, p. 517; así mismo, FREUND, «vor §§ 13 ss.», *MiKo* nm. 323/324, advirtiendo que el hecho de que por el momento ese comportamiento no sea punible obedece únicamente a una reserva del legislador. Aquí surge, además, el problema de la legítima defensa frente agresiones imprudentes.

²³² Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht*, pp. 329, 343.

²³³ Cfr. *Ibidem*, p. 355, citando a JAKOBS, *AT*, § 20/12; MK-MÜSSIG, § 35/40; GONZÁLEZ-RIVERO, *Zurechnung, passim*.

llegar a descargarse (*sich entlasten*) en ciertos casos de error de prohibición o estado de necesidad excluyente de la imputación y en supuestos de exceso en la legítima defensa²³⁴, siempre que no le correspondiera jurídicamente evitar tales situaciones. La posibilidad de imputación depende pues de la distribución de riesgos (y cargas) en el marco de relaciones jurídicas más o menos complejas²³⁵. Fuera de los casos amparados por causas de inimputabilidad, al autor le es exigible reconocer y motivarse conforme al contenido del deber de comportamiento, aplicando para ello el esfuerzo que espera la comunidad jurídica de todos sus miembros²³⁶. Con otras palabras: al ciudadano incumbe ocuparse con cierta anticipación y esfuerzo del cumplimiento de las normas jurídicas²³⁷.

Como es sabido, en los supuestos de error, ya sea por una falsa representación de la realidad, ya por una ausencia total de ésta, las reglas de imputación positivas varían según el objeto del error. Se distingue entre error sobre el supuesto de hecho y error de prohibición. Ese tratamiento diferenciado consiste no sólo en una asignación legal de distintas consecuencias jurídicas a la evitabilidad del error, es decir, al comportamiento previo al error, sino en exigir jurisprudencialmente —y esto es lo que más preocupa a Pawlik— diferentes estándares de *verificación* de dicha evitabilidad que no estarían axiológicamente justificados²³⁸. Propone entender entonces el error de tipo como una especie de error de prohibición y unificar así el criterio de imputación.

En opinión del autor, un criterio unitario que establezca cuándo es evitable un error tiene que venir dado por la figura de la incumbencia. Incumbe al ciudadano mantenerse en

²³⁴ Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 302.

²³⁵ *Ibidem*, pp. 323 ss., esp. 329.

²³⁶ *Ibidem*, pp. 257, 310 s., 334 s., 341 ss. En términos muy similares vimos se pronuncian Sánchez-Ostiz o Kindhäuser.

²³⁷ La cuestión será determinar el alcance de esa anticipación. Como expresa de manera muy gráfica CIGÜELA SOLA en la discusión recogida en los informes de PAWLIK, *Ciudadanía*, p. 161 s., pareciera que el papel de la incumbencia es alargar temporalmente la llamada del derecho penal, extendiéndose incluso a momentos previos al peligro en los que el ciudadano aún está relajado.

²³⁸ Al respecto, ya, JAKOBS, *AT*, § 8/5 ss.; EL MISMO, «El principio de culpabilidad», en *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 365 ss.; también RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, pp. 122 ss. El StGB establece en su § 16 párr. 1 que “no actúa con dolo quien en la comisión de su hecho no *conoce* una circunstancia perteneciente al tipo legal. La responsabilidad por imprudencia permanece intacta”; de lo que se derivan dos consecuencias: 1) una definición para el dolo: actúa con dolo quien en la comisión de su hecho conoce las circunstancias pertenecientes al tipo legal; 2) si el error ha sido imprudente se castigará. Por su parte, el § 17 señala que “si al autor, en la comisión del hecho, le faltase la comprensión de hacer un injusto, entonces actúa sin culpabilidad, cuando no pudo evitar ese error. Si lo hubiera podido evitar, la pena podrá atenuarse según el § 49 párr. 1”. Además de la atenuación obligatoria (§ 16) frente a la facultativa (§ 17), el tratamiento legal diferenciado es claro, a lo que se suma que el BGH aplica criterios más estrictos para apreciar la inevitabilidad del error de prohibición. Por su parte, PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 322, pp. 312 ss., trata de demostrar la debilidad de los argumentos favorables a la divergencia axiológica. En el mismo sentido, JAKOBS, *AT*, 8/5a, con ulteriores referencias.

disposición, tanto para averiguar las circunstancias fácticas, lo que Pawlik denomina «incumbencia de esfuerzo» (*Bemühensobliegenheit*)²³⁹, como para adquirir conocimientos sobre la relevancia jurídica de sus conductas, designada por el autor como «incumbencia de averiguación sobre el Derecho» (*Rechtserkundungsobliegenheit*)²⁴⁰. Es decir, el ciudadano tiene que mantenerse en una actitud previsoras antes de asumir cualquier actividad con la que puedan generarse riesgos para terceros y evitar así posibles representaciones falsas o inexactas de la realidad²⁴¹. En el caso de que el sujeto no cumpliera con tales incumbencias, la ausencia de conocimientos resultante no se le adscribiría de forma contrafáctica, “sino que se le bloquea[ría] la posibilidad de apelar en su descargo a la percepción defectuosa producida de forma contraria a la incumbencia”²⁴².

Pero ¿cuáles son los límites de ambas incumbencias? Y, ¿qué medida de esfuerzo y averiguación incumbe llevar a cabo al ciudadano? ¿Hasta dónde le es exigible llegar? Esto es, ¿cuáles son los límites de lo imputable? La respuesta está en algún punto entre el héroe y el enemigo, abstraída de las capacidades psíquicas del concreto autor y, en todo caso, siguiendo “criterio[s] de exigibilidad funcional a la libertad concretado[s] por medio del rol de ciudadano”²⁴³. Son, por tanto, consideraciones de exigibilidad de tipo normativo las que van a permitir concluir que “[u]n autor que desconoce aquello que

²³⁹ PAWLIK, *Das Unrecht*, pp. 329 ss.

²⁴⁰ *Ibidem*, 341 ss.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 330. – De entrada, este planteamiento no resulta en nada nuevo con respecto a la dogmática de la imprudencia: con otro nombre, es la *obligatio ad diligentiam*. De nuevo, así lo reconoce el propio Pawlik, limitándolo al “cuidado interno” (“*innere Sorgfalt*”), (entrecomillado suyo). Al respecto, véase la siguiente nota.

²⁴² *Ibidem*, p. 311. Para los casos de error, tanto de prohibición como de tipo, Pawlik estima esencial que se delimite el objeto a *representar*: la norma para los primeros, el riesgo permitido para los segundos; y distinguirlo claramente del alcance de las incumbencias, lo que, según él, no siempre consigue la categoría de la lesión del deber de cuidado pues “activo propio de la dogmática de la imprudencia es únicamente” la cuestión de la imputación subjetiva (p. 334 s.). Es decir, lo que la doctrina dominante refiere con la expresión “deber objetivo de cuidado” no se correspondería con una cuestión propiamente de la imprudencia, cuestión esta de imputación, sino con la infracción o no de la norma de conducta, cuestión esta de riesgo permitido o no. Lo que no significa, según Pawlik, propugnar un criterio subjetivo (psicologicista) para la imputación que premie actitudes habituales de infidelidad al Derecho, sino someterlo a una cierta objetivación (nota 476). Es decir, si para Pawlik la competencia, que viene delimitada objetivamente, sí que afecta a lo que pueda imputarse, es decir, lo objetivo delimita lo subjetivo; pero no a la inversa: del deber deriva lo que yo me tenga que esforzar en conocer, pero *de* mi conocimiento de más en una situación con la que no estoy especialmente relacionado, es decir, donde no existe mi deber, no puede derivar un deber. Una consecuencia directa de este planteamiento se manifiesta en el rechazo de los conocimientos especiales como configuradores del deber “objetivo” de cuidado.

²⁴³ *Ibidem*, p. 302.

puede esperarse que conozca un ciudadano en su rol tiene entonces, por principio, que soportar que su conducta contraria a la competencia se le impute como lesión de deber”²⁴⁴.

Entre estas consideraciones la premisa mayor es la que se desliza por toda su obra; cualquier exigencia normativa (cualquier incumbencia en el caso que nos ocupa) ha de pretender distribuir los riesgos: evitar que los esfuerzos se traduzcan en una resignación que afecte al ejercicio de la libertad de acción; pero, a su vez, posibilitar cierta seguridad en las expectativas que tienen las eventuales víctimas con respecto a su seguimiento²⁴⁵. De ahí que deba hacerse una ponderación entre ambas como criterio para resolver acerca de la extensión de la incumbencia. Las pautas generales para tal ejercicio son similares en ambas clases de errores: “Por un lado, es decisivo el significado que ocupe la circunstancia [o la norma jurídica, V.V.] ignorada para un estado de libertad real; con lo que se llega a la dimensión del daño inminente, así como a la intensidad del peligro. Por el otro, juega un papel cómo se haya creado la relación dentro de la cual será relevante la incumbencia de esfuerzo [o de averiguación sobre el Derecho, V.V.]”²⁴⁶. De entrada, la incumbencia será más intensa en el marco de una relación especial que en el de una relación jurídica negativa no cualificada (*unqualifiziert-negative Rechtsverhältnis*). Además, distinguiendo entre normas centrales y normas periféricas dentro de un mismo ordenamiento jurídico-penal, el desconocimiento de las primeras será más difícil de justificar; mientras que los estándares de evitabilidad respecto de las segundas no podrán ser tan estrictos, en tanto normas que no afectarían tanto a la libertad.²⁴⁷

Junto con la incumbencia de reconocer el derecho, Pawlik sostiene que, reconocido éste, existiría la incumbencia de motivarse conforme al este. Así, distintos a la constelación de casos que se acaban de ver, donde Pawlik trata de constatar cómo la incumbencia de *saber* lo que en una determinada situación es conforme a derecho depende de la propia figura de competencia, son los casos en los que, una vez se ha reconocido el comportamiento que es jurídicamente obligado, *el sujeto se enfrenta a dificultades para motivarse al cumplimiento de lo reconocido*. También en estos casos el ciudadano se encontraría sujeto a una incumbencia cuyo fin, de nuevo, es el mantenimiento de un estado de libertades

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 311. Respecto a esto último, cita a Stübel, Binding, Engelmann. Ello recuerda a la operatividad del concepto de persona en su rol de destinatario de normas de K. Günther.

²⁴⁵ *Ibidem*, pp. 330, 342. En el mismo sentido para la imprudencia ya KINDHÄUSER, *AT* § 33 nm. 4.; JAKOBS, *PG*, 9/26, p. 394; para la evitabilidad del error de prohibición, FREUND, *AT*, § 4 nm. 61., p. 146 s.; ROXIN, *PG*, § 21/40.

²⁴⁶ PAWLIK, *Das Unrecht*, pp. 343.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 331.

real: superar en la medida de lo exigible esas eventuales dificultades para motivarse. Tal entidad la expresa Pawlik como «incumbencia de automotivación» (*Obliegenheit zur Selbstmotivierung*).

No sería este el caso cuando el sujeto se encuentra en una situación de necesidad que es consecuencia de su propio comportamiento anterior antijurídico o de no obligada tolerancia para la víctima. Y ello en tanto tal comportamiento anterior quedaría ya vinculado normativamente a la *Obliegenheit* que le exige preocuparse por cumplir las normas con la suficiente fiabilidad²⁴⁸. En este supuesto se exige del individuo en su rol de ciudadano (competencia) hacer frente (cargar con) a la dificultad de motivación. Diferentes son los supuestos del exceso en la legítima defensa (§ 33 StGB) y el estado de necesidad excluyente de la imputación (exculpante). Por lo que hace al primero, señala que en ningún caso tiene el destinatario del ataque el deber de cargar con los excesos del autor, es decir, su deber no alcanza allí donde ya no hay nada que neutralizar. Ahora bien, para saber si ese exceso, que “acentúa la individualidad del autor”, es o no manifestación de una deslealtad a la comunidad jurídica se hace necesario recurrir a la motivación del autor. Solo si su exceso es manifestación de “confusión, miedo o temor” (de acuerdo con la redacción del § 33 StGB) podrá entenderse que el sujeto sigue siendo fiel a la comunidad (básicamente porque no habrá hecho un mal uso de su libertad) y, por tanto, estará justificada su exculpación²⁴⁹.

1.2. La *Obliegenheit* como medida de la contrariedad al deber de cooperación

Más allá de estos supuestos en los que quedaría comprometida —y en su caso excluida— la posibilidad de imputación, el sujeto ha realizado un injusto criminal, es decir, ha infringido su deber de cooperación. Ha expresado, en definitiva, su falta de fidelidad al Derecho. No obstante, “no todo déficit de fidelidad tiene el mismo significado”²⁵⁰, sino que éste puede manifestarse “subjetivamente” con distintos contenidos; éstos, a su vez, se traducen en distintas formas de imputación jurídico-penal²⁵¹. En este punto Pawlik se

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 356, con nota 581.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 359 s. en cuanto a la fundamentación a la que recurre para los casos de situación de necesidad exculpante, al destinatario del ataque también le alcanza una co-competencia (*Mitzuständigkeit*) de superación de la situación de necesidad, no ya como representante de la comunidad jurídica (tal fundamento no le sirve para ir tan lejos), sino por la contingencia en el reparto de roles en el conflicto concreto: la víctima actual podría haberse encontrado en la situación de necesidad del autor y viceversa (*Ibidem*, p. 361).

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 257.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 363.

ocupa de la medida de la contrariedad del deber o, lo que es lo mismo, en qué medida se es culpable (en coherencia con su propuesta sistemática de unificar injusto y culpabilidad). No sin antes, y de acuerdo con el pensamiento estrictamente sistemático que despliega sobre toda la obra, proponer un único concepto al que reconducir funcionalmente las formas en las que se presenta semejante contrariedad: el concepto de evitabilidad²⁵².

Pawlik rechaza los planteamientos que entienden el dolo únicamente a partir de estados mentales. Además, constata en gran parte de la doctrina jurídico-penal, tanto una recurrente inclinación a desarrollar los presupuestos de la imputación subjetiva a partir de la figura del dolo como propósito (del dolo directo de primer grado), lo que dejaría sin fundamento a la imprudencia inconsciente²⁵³, como a entender la teoría de la representación en términos más o menos psicológicos²⁵⁴. Ello conduciría, según el autor, a considerar de manera insuficiente las condiciones de un estado de libertades real²⁵⁵. En su opinión, lo fundamental ha de ser la *exigencia* a todo ciudadano de un esfuerzo en la evitación de todo comportamiento contrario a la competencia. Aquí es donde deberá instaurarse el límite de la vinculatoriedad del derecho y, de esta forma, el punto de partida de una teoría de la imputación subjetiva orientada a la libertad²⁵⁶.

Como se ve, su razonamiento se invierte con respecto al de los planteamientos que entienden el hecho doloso como prototipo de delito y sugiere acoger un “criterio procedente de la dogmática de la imprudencia” para determinar la estructura que subyace a toda imputación subjetiva²⁵⁷. Esta unidad de criterio lleva consigo entender la relación entre las formas de imputación dolo-imprudencia como una correlación *plus-minus*²⁵⁸ en la que mientras el actuar doloso expresaría la metáfora “enemistad frente al Derecho” (*Rechtsfeindschaft*), el actuar imprudente manifestaría una “simple ausencia de amistad frente al Derecho” (*Mangel an Rechtsfreundschaft*)²⁵⁹.

²⁵² *Ibidem*, pp. 367 ss.

²⁵³ *Ibidem*, p. 369.

²⁵⁴ *Ibidem*, pp. 390 ss.

²⁵⁵ *Ibidem*, pp. 371, 104 ss.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 371.

²⁵⁷ *Ibidem*, pp. 372, 374.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 373.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 375. Tengo mis dudas sobre la correspondencia entre las concepciones de «enemigo» que postulan tanto Jakobs como Pawlik. Frente a la noción de «enemigo» con cierta vocación de permanencia que generalmente se atribuye a la concepción de Jakobs, definido a partir de lo que este autor considera delincuencia del enemigo —drogas, terrorismo, reincidencia, etc.— y que motiva la pérdida del estatus normativo completo (material y formal) de persona, aunque aceptando que de cambiar su comportamiento

Con el planteamiento de unidad sistemática, Pawlik da un paso más frente a los planteamientos que ubican la incumbencia únicamente como fundamento de una imputación extraordinaria en sentido amplio²⁶⁰. En efecto, esta figura no sólo operaría en los casos *más tradicionales* de responsabilidad propia por el defecto de imputación, sino también como criterio corrector para atribuir responsabilidad dolosa²⁶¹; me refiero aquí a los casos de ignorancia deliberada o indiferencia ante los hechos²⁶². El hecho de que para Pawlik el límite entre el dolo y la imprudencia no se encuentre en el establecimiento de una relación psicológica suficiente entre el primero y la realización del tipo, sino en criterios de índole axiológica, impide hablar propiamente de defectos de imputación. Más bien, la demarcación dependerá de la dimensión o medida de la infracción de la incumbencia atribuible al autor²⁶³.

En la línea de Jakobs, la estrategia de Pawlik consiste en someter al dolo a una fuerte normativización (hasta las últimas consecuencias, podría decirse). A tal efecto, recupera con algunos matices las figuras más tradicionales del *dolus indirectus* y del *dolus malus*²⁶⁴. Por medio de ambas figuras, el autor pretende dar forma y contenido a su

el enemigo podría volver a convertirse en ciudadano (cfr. JAKOBS, «¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad», en Cancio/Feijoo (eds.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, 2008, pp. 46 s.), en la concepción de Pawlik podría hablarse de una noción “pasajera” que se caracterizaría por que el ciudadano, aunque enemistado con el Derecho, nunca deja de ser ciudadano. Ello se evidencia en su deber, también en tanto ciudadano, de tolerar la pena. A pesar de lo metafórico del término “enemistad”, su utilización denota *todavía* una cierta actitud interna de la persona a la que, como veremos, Pawlik (en un movimiento hegeliano) llega a través de lo comunicado jurídicamente (por tanto, exteriorizado) por aquélla.

²⁶⁰ Llegando al mismo resultado que Pawlik al aceptar que “algunos casos de dolo eventual encerrarían una imputación de la conducta *a pesar* del error del agente (imputación extraordinaria)”, SÁNCHEZ-OSTIZ, en *La libertad*, pp. 94 ss., (énfasis añadido), p. 157 s.; EL MISMO, en *Racionalidad práctica*, p. 157; EL MISMO, *InDret Penal* 1/2015, p. 21 con nota 75. Como vimos, el análisis en dos tiempos del dolo permite a este autor restablecer la imputación del hecho por infracción de una incumbencia para después valorar el hecho como doloso, a pesar de la inexistencia de conocimiento actual. En cambio -véase a continuación-, al entender el dolo como una suerte de dolo indirecto, Pawlik no necesita recurrir a estructuras de imputación excepcionales. De nuevo, gráficamente: para este autor, quien de manera imprudente actúa con dolo, actúa con dolo y no con imprudencia.

²⁶¹ Veremos que esta divergencia de ámbitos de actuación de la figura de incumbencia está motivada, precisamente, por el modelo de imputación dolosa que trata de construir Pawlik.

²⁶² PAWLIK, *Das Unrecht*, pp. 362 ss.

²⁶³ *Ibidem*, p. 375, y continúa: “las acciones que, por medio de un juicio racional, son todavía compatibles con la máxima de la evitación de una infracción de la ley o que han sido co-provocadas por medio de circunstancias que permiten al autor descargarse de parte de la responsabilidad por su evaluación errónea merecen una crítica menor que aquellas acciones que ya no admiten realmente semejante interpretación. Mientras que las formas de comportamiento del primer grupo sólo dan muestra de una falta de amistad por el derecho, el segundo tipo de acciones son manifestación de una enemistad a derecho”.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 375. Siguiendo en esto en parte a JAKOBS, «Gleichgültigkeit als dolus indirectus», en *ZStW* 114 (2002), pp. 584 ss., 593 ss. Sobre el evidente «parecido de familia» entre el *dolus indirectus* y el *dolus eventualis*, resultando este último solo un sustituto parcial, PAWLIK, *Das Unrecht*, pp. 385 s. Una exposición sobre el surgimiento del *dolus indirectus* puede encontrarse en RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 54 ss.

concepto de «enemistad frente al Derecho», retomando así la idea de *ignorantia mala*. Con todo, el dolo es concebido en términos negativos como una “ausencia de voluntad de omitir la infracción de la norma de conducta a pesar de su enorme peligrosidad”; más concretamente, un “*no haberse motivado al cumplimiento de la norma cuestionada por su conducta pese a que debía racional y exigiblemente reconocer que con ella creaba un peligro no permitido cualificado para la posición jurídica protegida por aquella norma*”²⁶⁵. De lo que se sigue que hay, que debe haber, una “voluntad” debida²⁶⁶.

El concepto de dolo que utiliza la doctrina en general no abarcaría ciertos grupos de casos que, desde una perspectiva axiológica, merecerían el mismo tratamiento que los efectivamente abarcados. No hacerlo —no abarcar aquellos casos—, conllevaría un tratamiento privilegiado de éstos²⁶⁷ (su tratamiento como imprudentes) que no resultaría justificado. En opinión de Pawlik, esta especie de quiebre axiológico estaría presente en los siguientes casos —plantados hace tiempo por Jakobs²⁶⁸—: i) el autor sabe que, sabiendo que la provocación de determinados resultados es objeto de prohibición, parte de que su acción no conducirá a la provocación de un resultado tal, “bien porque *subestime* de manera *burda* el potencial lesivo de su conducta, bien porque *perciba sólo incompletamente* las circunstancias que fundamentan el juicio de peligrosidad”²⁶⁹; ii) el autor *no considera en absoluto* las circunstancias que fundamentan el peligro. Son los casos conocidos como de «indiferencia» (*Gleichgültigkeit*) o «falta de consideración» (*Rücksichtslosigkeit*) hacia los hechos y el derecho²⁷⁰.

²⁶⁵ PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 375 (énfasis en el original), p. 380.

²⁶⁶ Construcción similar en Kindhäuser, para quien al autor no se le reprocha haber actuado intencionalmente de modo contrario a la norma, sino, más bien, no haber actuado intencionalmente conforme a la norma.

²⁶⁷ Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 391, con cita a PUPPE (*Das Vorsatz*, p. 41), cuando constata que las concepciones psicologizantes de la teoría de la representación “no [significan, V.V.] sólo acaso una concesión a la ausencia de razón, cuidado o respeto frente al derecho ajeno, sino precisamente el premio a esa ausencia”. A la tesis de Schmidhäuser de que se premia la reflexión responde Pawlik (ibidem, n. 794) con que la pregunta delicada es “si está axiológicamente justificado privilegiar al irreflexivo temerario (imprudencia) frente al que toma en consideración el peligro sin ilusión (dolo)”. En contra, Kindhäuser.

²⁶⁸ Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 8/5a ss.; EL MISMO, *ZStW* 114 (2002), pp. 584 ss.; véase también LESCH, «Dolus directus, indirectus und eventualis», *JA*, 1997, pp. 802 ss.; EL MISMO, *Das Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revisión*, 1999, pp. 140 ss. Que no son otros que los agrupados por la doctrina y la jurisprudencia, con más o menos acierto, como “ceguera ante los hechos/derecho”, “ignorancia deliberada” o “falta de consideración”.

²⁶⁹ Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 394, n. 808 (énfasis añadido), pp. 391, 393.

²⁷⁰ Obviamente, la inclusión de estos supuestos dentro del ámbito de responsabilidad dolosa implica el mismo tratamiento jurídico para los casos de ceguera intencionada (ignorancia deliberada).

La estrategia del autor pasa entonces por dar forma (normativa) al sujeto de la imputación, para lo que recurre a una construcción hegeliana de «ciudadano racional» (*vernünftige Bürger*) como *reemplazo* del individuo concreto:

un hombre racional, que, en tanto agente, es siempre alguien que piensa, y al que, como tal, se le puede exigir que conozca “lo universal de la cosa de la acción” (...) Puesto que la aparición “no es una absoluta casualidad, sino manifestación de su ser general interior”, el hombre racional debe conocer el contexto que activa con su acción; “me está vedado el escindirme”²⁷¹

Ello le permite a Pawlik renunciar a la consideración de la valoración del riesgo efectuada por el propio autor y a estimar como decisiva la interpretación de la conducta desde el *punto de vista* objetivo del ser racional, no para atribuir un conocimiento de manera contrafáctica, sino “«para negarle la competencia de decidir por él mismo de forma jurídicamente vinculante sobre la relevancia de la acción del conocimiento del riesgo que [de hecho] tenía»”²⁷². Por tanto, la figura del ciudadano racional permitiría aprehender el valor expresivo (lo que expresa el individuo particular) de una conducta al “equiparar *completamente* el conocimiento realmente existente y el desconocimiento en sí mismo inexcusable”²⁷³. En esto consiste el *dolus indirectus* para Pawlik. Así, el autor ha desconocido circunstancias que bajo el parámetro de ciudadano racional no es tolerable que desconozca, por lo que no puede desvincularse de ellas²⁷⁴. Si ese desconocimiento es imputable al autor, entonces ha desconocido lo que le incumbía conocer. Por tanto, este desconocimiento *contrario a la incumbencia* es inexcusable²⁷⁵ y se le imputa como fallo bajo el parámetro normativo de un ser racional; lo que es concebido por Pawlik como expresión (en este lugar) de enemistad frente al Derecho²⁷⁶.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 382 (el entrecomillado pertenece a Hegel): „ein vernünftiger Mensch, der als Handelnder stets auch ein Denkender sei und dem als einem solchem zuzumuten sei, dass er «das Allgemeine der Sache der Handlung kenne» (...) Weil die Erscheinung «keine absolute Zufälligkeit, sondern Manifestation seines innerlichen allgemeinen Wesens» sei, solle der vernünftige Mensch den Zusammenhang kennen, den er mit seiner Handlung aufruft; «das Zersplittern ist mir abgeschnitten»“.

²⁷² *Ibidem*, p. 392, citando en esto a Puppe. Aunque no aparece en el texto de Pawlik, Puppe subraya que esa competencia corresponde al Derecho (*NK-Puppe*, § 15/55) por medio del juez (*NK-Puppe*, § 15/85). Es importante este elemento porque relaciona el programa de normativizar las figuras de imputación con un situarse en el prisma del derecho. Podría decirse que es una, acaso la más importante, característica definitoria de la normatividad.

²⁷³ Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 394, con referencias a pasos en este sentido en la doctrina actual.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 382.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 394.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 397. Es lo que tradicionalmente se conoce como *ignorantia mala*. La pregunta es si esa *ignorantia mala* es suficiente para castigar por dolo.

Como vimos más arriba, el comportamiento objetivamente contrario a la competencia todavía no es para Pawlik el objeto completo de la imputación. Sólo cuando semejante comportamiento (acción) alcanza la lesión del deber es imputable y, a su vez, infracción de la competencia. Aquí es donde se revela la trascendencia de su rechazo a la distinción sistemática entre injusto, como objeto de imputación, y culpabilidad, como ámbito en el que operan las reglas de imputación personal. Su concepto de injusto criminal como un todo, como única acción jurídico-penal relevante, le conduce a sintetizar, en un mismo momento, tanto el juicio de infracción como el juicio de imputación del deber: la misma lesión es entendida como un proceso de imputación; y es sólo entonces cuando se plasma la función del Derecho penal²⁷⁷. Esta misma unicidad es la que subyace en su intento de refundación de la teoría del *dolus malus*²⁷⁸.

Frente a la concepción tradicional del *dolus malus* que definía el dolo como una decisión voluntaria y consciente de su significado antijurídico, por un lado, y al triunfo de la teoría de la culpabilidad que lo disuelve en un dolo natural y una conciencia del injusto, por el otro, Pawlik recupera la idea del *dolus malus*: “[E]l dolo del tipo es solo un componente sistemáticamente dependiente de la conciencia del injusto”²⁷⁹; cómo si no, parece preguntarse Pawlik, “fundamentar el mayor grado de injusto que realiza el autor doloso respecto del autor imprudente”²⁸⁰. Como se vio, la respuesta de Pawlik es una: mientras que el primero expresa una “enemistad frente al Derecho”, el segundo manifiesta una “ausencia de amistad frente al Derecho”. En esta relación entre el autor y el ordenamiento jurídico-penal, el elemento psicológico tradicional es desplazado por Pawlik con una construcción normativa; así, la hostilidad jurídica (*dolus malus*) se manifiesta “no solo en el autor que deliberadamente crea un riesgo no permitido cualificado (...), sino también en aquel que ignora por razones que le gravan de manera intensa, como la indiferencia o

²⁷⁷ Siguiendo de nuevo a JAKOBS, *Estudios penales, passim*, esp. pp. 122 ss. El planteamiento neohegeliano de este autor puede sintetizarse en su afirmación: “Acción es convertirse a sí mismo en culpable” (p. 124); y a LESCH, *Verbrechensbegriff*, pp. 221 ss.; Ya antes BINDING, *Normen*, II/1, pp. 83, 92 ss., quien habla de acción en sentido jurídico. Sobre la crítica a este concepto de acción como sinónimo de delito sin capacidad analítica, véase ya RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff*, 1967, pp. 88 s. – La obra de Pawlik consiste en la construcción de una teoría de la acción jurídico-penalmente relevante a partir de una teoría de la imputación que va descubriendo “las implicaciones del concepto de acción libre”, p. 297.

²⁷⁸ Véase también JAKOBS, «Dolus malus», en Rogall (ed.), *FS-Rudolphi*, 2004, pp. 107 ss.

²⁷⁹ Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 404.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 404.

la desconsideración, lo que es obvio para cualquier ser racional”²⁸¹ (*dolus indirectus* ¿asimilando a la *ignorantia mala?*)²⁸².

2. Consideraciones críticas al planteamiento de Pawlik

Lo que más preocupa a Pawlik son los casos en los que se posibilita a una persona que realiza un hecho más o menos negligente (en sentido amplio) la obtención de una ventaja jurídica, cuando, en realidad, está mostrando una (más) intensa falta de fidelidad al Derecho. Es decir, le preocupan quienes no muestran una determinada disposición y actitud jurídica. Casos que pueden seguir agrupándose bajo la estructura “responsabilidad por los propios defectos de imputación”, a pesar de que el propio Pawlik no los considere un “defecto de imputación” que dé lugar a la imputación extraordinaria. Ello le lleva a sugerir un reajuste normativo que, con base en un perfil normativo del ciudadano (el ciudadano racional), reconstruya los criterios, tanto de exclusión de la imputación como de medición de las formas de imputación. Este ciudadano participa de una razón jurídica comunitaria²⁸³, la cual evoca un conocer general, un sentido común, de las máximas de la experiencia, con el que trata de fundamentarse un deber-conocer epistemológicamente posible para todo miembro de la comunidad.

La estrategia de Pawlik se enmarca en la más reciente dogmática de la imputación del dolo y la imprudencia, la cual, de manera heterogénea, sugiere, entre otras cosas, recuperar la figura del *dolus indirectus*, de modo tal que se prescindiera de la idea de dolo como estado mental para pasar a identificarlo como un juicio de reproche o introducir el fenómeno de la ignorancia o ceguera voluntaria en el elenco de criterios operativos en el dolo eventual. Desde este planteamiento se advierte la urgencia axiológica de un tratamiento diferenciado de los supuestos en los que, a pesar de no concurrir representación, el sujeto muestra una falta de interés, indiferencia u otra actitud disposicional grave frente a la realidad. Es en el contexto de esta corriente normativizadora del dolo donde (también) cabe insertar el recurso (terminológicamente

²⁸¹ *Ibidem*, p. 406.

²⁸² Trasladado esto a la realidad positiva española supondrá aplicar *contra legem* a los errores (tanto de tipo como de prohibición) las reglas de imputación previstas para los casos de trastorno mental transitorio e intoxicación plena “cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión”; en el mismo sentido ya FEIJOO SÁNCHEZ, *InDret Penal*, 3/2015, p. 14.

²⁸³ Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 294 s.

algo azaroso) de la figura de la incumbencia, cuyo efecto consistiría en la ampliación del radio de lo imputable ya sea vía no-exclusión de la imputación, ya vía normativización en favor de la imputación a título de dolo.

La respuesta al porqué del recurso a la incumbencia parece venir en dos direcciones: 1) una de carácter normológico con consecuencias meramente terminológicas: en la medida en que la infracción de una incumbencia no implica *per se* consecuencia jurídico-penal alguna no es posible referirse a ella como un deber jurídico; esta cuestión exige, no más que lo hace la naturaleza del deber de cuidado, aclarar la relación que existe entre la incumbencia y la norma jurídico-penal; 2) otra de carácter sustantivo: se amplían los límites de lo imputable por imprudencia en tanto contemplaría supuestos de imprudencia por la conducción *general* de la propia vida, por el carácter, la actitud, etc.; se amplían los límites de lo imputable por dolo al acoger supuestos de dolo sin representación o, si se me permite, por imprudencia. El recurso que hace Pawlik a la figura de la incumbencia amplía los límites de lo imputable por razones materiales (funcionales) de mantenimiento de un estado de libertades.

En relación con lo primero, la precisión terminológica de Pawlik parece, de entrada, correcta. ¡Cómo llamar deber a algo a cuya mera infracción no se le asocian consecuencias jurídico-penales directas! Sobre lo segundo, los aspectos sustantivos, cabe destacar que se amplía o modifica la intensión del concepto tradicional de dolo: conocer, y en su caso querer, la realización del tipo penal, dejan de contar como condiciones disyuntivamente suficientes y, en cambio, se torna suficiente, bajo ciertos presupuestos, el haber actuado con una indiferencia o ceguera grave. Consecuentemente, se amplía también su extensión a los grupos de casos citados. Expresado de manera gráfica, estos autores (Pawlik/Sánchez-Ostiz) considerarían suficiente una suerte de “error o ignorancia dolosa”. La cuestión es qué debería ser la base del reproche en estos casos, si el dolo o la imprudencia.

En distintos lugares, Pawlik trata de anticiparse a una crítica a la que quedaría expuesto su modelo de imputación: el tomar como base del juicio de reproche elementos que pertenecen más bien a la conducción *general* de la propia vida o un carácter defectuoso (falta de sensatez en general)²⁸⁴. No sólo rechaza expresamente semejante modelo, sino que sostiene que la falta de atención puntual no es *objeto de reproche*, operando la

²⁸⁴ Por ejemplo, cfr. PAWLIK, *Das Unrecht*, pp. 309 s., n. 337 *in fine*; p. 379; p. 396, n. 816.

infracción de una incumbencia únicamente para *impedir la posibilidad de una descarga* del autor por su comportamiento contrario a una competencia²⁸⁵. En cambio, en otro lugar sostiene de manera firme que en los supuestos de estimaciones erróneas causadas por indiferencia o falta de consideración “puede -¡y tiene!- que serle imputada su «indiferencia» como enemistad jurídica”²⁸⁶. Es evidente que en el planteamiento de Pawlik tales actitudes sí que son objeto de reproche, y seguramente ¡tengan! que serlo. El problema radica entonces en: 1) que título se le atribuye a ese reproche (dolo/imprudencia); 2) en qué lugar se establece la frontera entre la actitud puntual frente a una situación de hecho y la actitud general frente a la vida, el derecho, etc.

En cuanto a lo primero, sigue un razonamiento paralelo al que efectúa en el error de prohibición²⁸⁷. De hecho, solo reclama para el dolo lo que ya se aplica por la jurisprudencia y doctrina alemanas para aquél: que la concurrencia de error no atenúe en todos los casos y que cuando lo haga sea —siguiendo también en esto a Jakobs—, en virtud de la disposición a la fidelidad al derecho del autor y no de lo que éste conozca o pueda conocer²⁸⁸. Como el mismo Pawlik concede, sus reflexiones van más allá del tenor literal posible de la regla del § 16 StGB que regula y define el dolo, por lo que exigen una “corrección legislativa”²⁸⁹. Por tanto, ha de entenderse como discurso crítico de *lege ferenda*²⁹⁰. Sin embargo, el hecho de que no esté justificado el tratamiento privilegiado al que hace referencia no implica necesariamente que tales supuestos deban caer ya bajo el tratamiento legal que recibe el dolo (sin contar con la poca claridad en los criterios a partir de los cuales se atribuiría un significado u otro al comportamiento del sujeto). Queda todavía por justificar *si y por qué* ello debería ser así²⁹¹. Es posible que sea ese el motivo por el que Pawlik recurre a la figura dogmática de la incumbencia. No me refiero a que recurra a ella *ad hoc* para poder castigar estos casos con dolo, sino que su utilización como centro sobre el que gira su sistema de imputación permite, además, entender estos

²⁸⁵ *Ibidem*, pp. 309 s., n. 337.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 397.

²⁸⁷ *Ibidem*, pp. 345 ss.; de modo similar, HRUSCHKA, *Strafrecht*, pp. 332 ss.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 397, nota 820 *in fine*.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 395.

²⁹⁰ Diferente en el CP español, donde la inexistencia de una definición positiva de dolo sirve a algunos autores para la inclusión de ciertos casos como dolosos sin que con ello se lesione el principio de legalidad, véase RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, 2007, pp. 115 ss., 193 ss.

²⁹¹ Similar FEIJOO SÁNCHEZ, *InDret Penal*, 3/2015, quien para los casos de ignorancia deliberada entendida como “ceguera provocada (ante los hechos)” (p. 13) declara “[q]ue alguien pueda ser responsabilizado de su déficit cognitivo provocado no implica necesariamente que tal responsabilidad tenga que ser a título de dolo” (p. 3), pues “no es tan obvio que normativamente merezca el mismo tratamiento saber que no querer saber” (p. 6).

casos como dolosos, *aunque* no concurra representación. Es decir, le permitiría llegar al dolo por medio de la infracción de una incumbencia.

Todo ello sin perjuicio de que, si de propuestas *lege ferenda* es de lo que se trata, nada obste a hacer lo propio con una tercera figura a caballo entre el dolo y la imprudencia. Desde una perspectiva intuitiva sigue resultando difícil compartir la equiparación entre la indiferencia (grave) y la seguridad de que la conducta es delictiva: ¿verdaderamente expresan la misma “negación” de los valores subyacentes a las normas? Es decir, ¿verdaderamente es posible esa unidad de criterio que gira en torno a la figura de la incumbencia? Es obvio que existe una proximidad axiológica entre ambas situaciones, por lo que la discusión previa es una cuestión político-criminal de merecimiento o necesidad de pena²⁹². De nuevo, justificado por qué no la imprudencia, quedaría por justificar por qué sí el dolo. No hacerlo significaría, además, que ante la duda (se sabe que no la imprudencia, pero no se sabe que sí el dolo) se aplique la ley menos favorable al reo. Con todo, planteamientos como los de Pawlik o Sánchez-Ostiz parecen abrir un ámbito de aplicación *propio* a la figura de las incumbencias en la constelación de casos límite entre la imprudencia y el dolo. El problema es que cabe la posibilidad de que, como advierte Feijoo Sánchez, los errores (y también la ignorancia) que dan lugar a una actuación *dolosa* sean de “tipo motivación[ales] (...) incompatibles con el ordenamiento jurídico”²⁹³. Un Derecho penal que tenga por objeto de reproche los motivos se aventura, a todas luces, al terreno, para muchos, vedado, de la culpabilidad por la conducción de la propia vida.

Entiendo que Pawlik no ofrece criterios suficientes frente a este supuesto peligro. Sobre el perfil normativo del ciudadano debe comprender, no queda muy claro qué criterios deban aplicarse para determinar el nivel de esfuerzo o disposición puede esperarse en cada caso para poder cumplir con el deber. Es decir, no ofrece criterios claros sobre la extensión de lo que incumbe al ciudadano. Se refiere a que la incumbencia viene

²⁹² Aceptando la cercanía comunicativa de los casos, pero rechazando una identificación, MIRÓ LLINARES, «Dolo y Derecho penal empresarial: debates eternos, problemas modernos», en *CPC* 113 (2014), pp. 219 ss.; propone como solución la introducción de un sistema categorial más rico, MOLINA FERNÁNDEZ, «Cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal», en *LH Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 739; en el mismo sentido, MIRÓ LLINARES, *CPC* 113 (2014), p. 224. También desde una perspectiva axiológica, RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, pp. 192 s., señalando que en algunos casos de indiferencia podría equipararse la necesidad de pena a la del dolo; SÁNCHEZ-OSTIZ, en *La libertad*, pp. 95 y 157, de acuerdo con “imputar un proceso como hecho doloso, sin que propiamente exista conocimiento en términos psicológicos (...) porque no es posible (no es *aceptable socialmente*) valorar el proceso como imprudente” (p. 95, énfasis original).

²⁹³ FEIJOO SÁNCHEZ, *InDret Penal*, 3/2015, p. 16 s.

delimitada por la competencia; a que los factores de inhibición externos o internos para actuar conforme a deber tengan tal peso que se pueda afirmar que el hecho de sucumbir a ellos no pone en duda la fidelidad jurídica del sujeto²⁹⁴; a que la deslealtad se mide en función de la importancia con respecto al mantenimiento de un estado de libertad real; a los criterios subjetivos de la indiferencia y la falta de consideración; etc.

En suma, el modelo de imputación puede reconstruirse como sigue: el dolo es reconstruible como imprudencia y la imprudencia se puede explicar con la idea general del error de prohibición evitable. El autor ignora e infringe la incumbencia de conocer un deber o estar en disposición de cumplir con el mismo. La lesión de una incumbencia es la lesión de un deber de competencia. Para Pawlik el contenido normativo de la incumbencia pasaría a formar parte del deber de cooperación ciudadano. Y la formación de este deber se lleva a cabo a partir de un perfil de sujeto normativo (racional): el ciudadano. A este se le reprocha, esencialmente, un mal uso (irracional) de su libertad.

V. El planteamiento de Varela, incumbencia-fin (categórica) e incumbencias-medio (hipotéticas) ²⁹⁵

Parte de un concepto de persona óntico-normativo, existente desde la dignidad y la autonomía, portador de derechos y deberes, y mediado por lo social²⁹⁶. Ello se expresa en la distinción de dos dimensiones de la persona: la primera, ontológica, en la medida en que “se es persona porque se es sujeto de dignidad y autonomía”, y, conectada con esta dimensión, la segunda, social, por cuanto “lo social es una condición necesaria para la realización personal junto a los demás”²⁹⁷. Sobre esta base rechaza la idea de persona como una construcción social, es decir, niega a la sociedad la condición de presupuesto

²⁹⁴ PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 298.

²⁹⁵ Lamentablemente, el profundo desarrollo ensayado recientemente por esta autora en relación con la figura de la incumbencia en el marco de un sugerente modelo de imputación de primer nivel (injusto) no ha podido ser considerado en toda su extensión e importancia en la presente investigación. La ausencia de tratamiento se refiere, fundamentalmente, la aplicación de su modelo teórico a las estructuras dogmáticas, lo que se corresponde con el *Capítulo IV* de su obra.

²⁹⁶ VARELA, *Dolo y error*, p. 54.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 56. Para la dimensión ontológica toma como base la ética de Hildebrand; para la dimensión social, se sirve de la teoría del reconocimiento recíproco de Honneth.

de la persona²⁹⁸, pero no de la realización de ésta, lo que viene condicionado por el reconocimiento recíproco.

Acoge una concepción *compatibilista* de libertad que asuma, por un lado, un determinismo (blando) natural y social y, por el otro, la autopercepción de la persona como un ser libre²⁹⁹. Más allá de la determinación causal externa, el sujeto también puede estar determinado internamente. Sin embargo, es un *determinismo* susceptible de ser neutralizado y superado por el propio sujeto, siempre que reúna las capacidades necesarias para ello³⁰⁰. La autora prefiere hablar, en este sentido, de “autodeterminación” antes que de “libertad”, y, tomando un pasaje del *Discurso del Papa Pío XII a la Asociación Internacional de Derecho Penal* (1953), señala que, a pesar de “toda influencia interna y externa (...), [ello] no quiere decir que no tenga que luchar para *seguir por el recto sendero*, que no tenga que emprender *cada día* un combate difícil contra los impulsos instintivos, tal vez enfermizos; sino que significa que, a pesar de todos los obstáculos, el hombre normal *puede y debe* afirmarse a sí mismo (...)”³⁰¹.

Así, afirmarse a sí mismo consiste en manifestar o ejercitar la libertad, y ello puede verse imposibilitado por condicionantes externos o internos, los cuales, sin embargo, pueden y deben ser neutralizados. En este contexto, Varela explicita la relevancia de las incumbencias como una “clase de mandato universal y connatural a cada uno de nosotros (...), que como deberes *informales* nos brindan pautas básicas de orientación” para superar las barreras a nuestra libertad³⁰². Pues la vida en sociedad nos necesita libres y responsables, esto es, autorresponsables, y ello incluye un compromiso que “empieza por nosotros y para los otros”. Por tanto, las incumbencias, en la medida en que exigirían de nosotros ejercer razonablemente la libertad y mantener la capacidad de seguimiento de las normas, cumplen la función de permitir la operatividad del derecho³⁰³. Formulado de

²⁹⁸ Ibidem, p. 54. La idea de persona como constructo social no se agota, sin embargo, en la construcción de Jakobs y las teorías sociológicas. De hecho, la dignidad, los derechos, los deberes, la autonomía, la libertad y la responsabilidad también pueden ser resultado de una atribución (construcción) social, es decir, de una actitud proposicional de un tercero (Quante, 24 ss.).

²⁹⁹ VARELA, *Dolo y error*, p. 61.

³⁰⁰ Es decir: no es determinismo, al menos no el determinismo relevante en la discusión entre deterministas y librealbedristas.

³⁰¹ VARELA, *Dolo y error*, pp. 61 s. Texto íntegro disponible en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1953-30044300458 (trad. por Quintano Ripollés), (énfasis añadido).

³⁰² VARELA, *Dolo y error*, p. 63 (énfasis original).

³⁰³ Ibidem, p. 64.

modo categórico por la propia autora, “el sistema normativo del Derecho (penal) se encuentra concebido sobre la base de las incumbencias”³⁰⁴.

En opinión de Varela, las incumbencias tendrían su origen en la naturaleza humana de individuo, definido como “autoconciencia individual”. De esto se sigue que la posibilidad de acceso (cognoscibilidad) a ellas sería posible a través de un juicio apriorístico³⁰⁵. Para ello, y con un (a mi juicio, interesado) apoyo en Honneth, toma como premisa antropológica la idea de «autorreferencia práctica» (*praktische Selbstbezug*) del ser humano, la cual estaría subdividida en tres estratos: la confianza en sí mismo (*Selbstvertrauen*), el respeto de sí mismo (*Selbstachtung*), el sentimiento del valor de sí mismo (*Selbstwertgefühl*)³⁰⁶. En correspondencia con estos tres estratos de autorreferencia existirían tres niveles de reconocimiento con sus respectivas tres prácticas de menosprecio³⁰⁷, lo que significa que la autorreferencia práctica está condicionada por el reconocimiento recíproco³⁰⁸. Dicho de otro modo: que la ejecución de nuestras vidas —y con ello nuestra identidad personal— quedaría supeditada a la actitud de respeto por parte de los sujetos con quienes interactuamos. Para Varela, las incumbencias jurídico-penalmente relevantes se desprenderían del *respeto de sí mismo* —de donde surgiría “la consciencia de ser un sujeto moralmente responsable de las propias acciones”—, y del respeto al otro³⁰⁹. A partir de esta opción, sostiene que una persona así configurada normalmente conocerá de la existencia de un “deber connatural de sujetarse a las reglas de la sociedad”³¹⁰, siendo, por tanto, normas connaturales a las personas³¹¹. En este contexto, las incumbencias son definidas por Varela como “*proposiciones deónticas o enunciados prescriptivos que regulan de modo no formal la vida en sociedad (...)* reglas básicas del comportamiento que hacen posible la convivencia y el desempeño de las funciones de los miembros de la sociedad”³¹².

Con la construcción de la incumbencia-fin, Varela pretende asignar a la figura de la incumbencia una mayor relevancia de la que originariamente se le asigna como mero

³⁰⁴ Ibidem, p. 125.

³⁰⁵ Ibidem, p. 134.

³⁰⁶ Ibidem, pp. 135 s.

³⁰⁷ Ibidem, p. 136.

³⁰⁸ Ibidem, p. 137.

³⁰⁹ Ibidem, pp. 137 s.

³¹⁰ Ibidem, p. 133.

³¹¹ Ibidem, p. 157.

³¹² Ibidem, p. 133, (énfasis original).

fundamento de la imputación extraordinaria³¹³. Esta última función sería exclusiva de lo que la autora designa como incumbencias-medio (hipotéticas). Así, mientras que las incumbencias-fin harían referencia al “ejercicio razonable de la libertad”, las incumbencias-medio se referirían al “seguimiento razonable de las normas”. El carácter instrumental de las últimas iría referido al cumplimiento de las primeras como fin superior³¹⁴. Por tanto: para ejercer la libertad de manera razonable (fin en sí mismo) el sujeto tiene que seguir razonablemente las normas (medio). Conjuntamente consideradas, poseerían una “función inmanentemente instrumental, desprovistas de contenidos valorativos, cual es la de regular la acción humana”³¹⁵. Serían, en suma, reglas técnicas dispuestas como medios necesarios para un fin superior: hacer posible la sociedad.

La relación de sentido que establece Varela entre la incumbencia-fin y la norma de comportamiento consiste en que la segunda encontraría su fundamento —su “*razón de ser*”— en la primera, de forma tal que la prohibición de matar se fundamentaría en una incumbencia genérica de actuar sin lesionar a terceros³¹⁶. Tal forma de concebir la incumbencia (como incumbencia-fin) se asemeja a la identificación de unos principios o mandamientos primeros de legitimación material de las prohibiciones. En este caso, concretamente, del *neminem laedere* y del *alterum salvare*, a los que expresamente asigna la categoría de incumbencia-fin negativa, para el primero, y la categoría de incumbencia-fin positiva, para el segundo³¹⁷.

En cuanto a la diferencia con respecto a los deberes jurídicos, sugiere que las incumbencias operarían como razones lógicas (yo diría con necesidad práctica) para la acción. En cambio, los deberes jurídicos operarían como razones axiológicas para la acción. Además, encuentra cierta semejanza entre estas dos especies de deberes y la seminal distinción formulada por Searle entre reglas constitutivas y reglas regulativas. Tomando el contexto de la sociedad como un *juego* (social), mientras que el cumplimiento con las incumbencias sería como las condiciones básicas de *admisión* al «juego social», el seguimiento de los deberes jurídicos serían las condiciones de

³¹³ VARELA, *Dolo y error*, p. 133 s.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 150.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 140.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 129.

³¹⁷ *Ibidem*, pp. 145, 151, con nota 431, 154 s., 157, entre otras.

permanencia en el «juego social»³¹⁸. Esta metáfora da buena muestra de la relación de sentido que se establecería entre una y otra entidad.

La inobservancia de una incumbencia-medio generaría una “especie de autocastigo, esto es, la posibilidad del fracaso del propio sujeto”³¹⁹. Con esta idea de fracaso del sujeto, que la autora compara con el refrán “en el pecado se lleva la penitencia” (algo parecido a *poena naturalis*)³²⁰, se advierte que cada cual pagará las consecuencias de sus actos. Así, seguir las incumbencias conduciría al éxito, no seguirlas conduciría tarde o temprano al fracaso individual y social del sujeto³²¹. Frente a este fracaso subjetivo, Varela distingue un fracaso intersubjetivo: el sujeto se “autoexcluye y pierde su pretensión de exigir o solicitar disculpas por las consecuencias de la elusión de incumbencias”³²².

La autora propone como posibles fundamentos de los efectos aflictivos de la inobservancia de las incumbencias la referencia a algunos principios generales del derecho. Concretamente recurre a cuatro, cuya invocación podría, en su opinión, ofrecer una justificación del reproche³²³: i) *nemo auditur propriam turpitudinem alegans* («nadie puede alegar su propia torpeza en su beneficio o como descarga»); ii) *venire contra factum proprium* («nadie puede ir en contra de sus propios actos»); iii) «nadie puede beneficiarse de ventajas obtenidas de forma impropia»; iv) «nadie puede ejercer abusivamente sus derechos». Todo ello conduce a la idea de autorresponsabilidad³²⁴ por la propia torpeza, por los propios actos y por el ejercicio de los derechos.

El planteamiento de Varela incorpora como novedad dos aspectos: en primer lugar, propone una fundamentación de la figura de las incumbencias que acude a un concepto metafísico de persona dotada de la capacidad natural de acceder de manera racional al contenido de unos primeros principios de configuración de la vida en sociedad. En segundo lugar, introduce la figura de la incumbencia-fin como mandato supremo de toda vida en sociedad.

³¹⁸ Ibidem, p. 127.

³¹⁹ Ibidem, p. 144.

³²⁰ Con cita a Jakobs, *Sociedad, norma y persona*, pp. 27 ss.

³²¹ VARELA, *Dolo y error*, p. 144, nota 407. Conducción propia vida de manera deshonesta que concluye con el delito como forma de fracaso.

³²² Ibidem.

³²³ Ibidem, pp. 146 ss. Aunque no lo especifica, tales principios se encontrarían en la base de lo que la autora denomina incumbencia-medio, pues sólo la inobservancia de ésta es la que motivaría la imposibilidad de alegar el contenido semántico (abstrayéndonos, por tanto, del operador deóntico «nadie puede») que forma parte de la estructura de aquéllos.

³²⁴ Ibidem, pp. 155 s.

Sobre el primer punto, entiendo que no es necesaria la idea de acudir a unos primeros principios de ordenación justa de la vida social a los que se accedería mediante el uso natural de la razón³²⁵. Como es sabido, la referencia a tales principios es distintiva de las doctrinas del derecho natural, a las que la autora parece adscribirse³²⁶. Estos enunciados habrían de operar como *primeros* principios morales generales —considerados bajo el prisma iusnaturalista como “principios del derecho”— que sirvieran de inspiración al legislador o de *dictamina rectae rationis* que proporcionaran el contenido y fundamento de las leyes que coordinan la vida social³²⁷. El recurso a ellos se extiende también entre las corrientes iusnaturalistas de la dogmática jurídica y, en general, de la teoría y filosofía del derecho. Pero también los humanos integrarían el elenco de destinatarios idóneos de tales principios, pues, concebidos racionalmente, nada obstaría, presupuesta la libertad como condición de posibilidad de la razón práctica, el acceso a aquéllos. Naturalmente, la autora advierte de que tales reglas o principios no serían suficientes para el mantenimiento de una sociedad organizada, por lo que se vuelve imprescindible el establecimiento de normas positivas que recojan aquellos principios, los desarrollen en preceptos más detallados y regulen también aquellas cuestiones más técnicas³²⁸.

Aquí no se pretende renunciar a la existencia de principios sustantivos y a la posibilidad de que los mismos tengan una función operativa o regulativa en el marco de un sistema

³²⁵ En la tercera parte de la presente investigación trataremos el concepto de persona con el que cuenta el derecho penal.

³²⁶ VARELA, *Dolo y error*, p. 52, nota 85. Aunque en este lugar la autora circunscribe su búsqueda en el Derecho Natural, el cual define como “el derivado de la naturaleza humana”, al concepto de persona, las propias incumbencias tienen como condición de posibilidad esa concepción antropológica de persona. Esta huida al derecho natural en la configuración de las incumbencias se manifiesta en las siguientes palabras de la autora: “existen normas *jurídicas* de conducta *prepositivas* o pre-legales, que no se vinculan directamente al sujeto desde una sanción, si no [*sic.*; *scil.*: sino] desde una especie de sanción, como el fracaso”. A pesar de que la autora sostiene expresamente que las incumbencias emanarían del orden social, entiendo que la única posibilidad de considerar como aparente la *contradictio in terminis* que resulta de la identificación de aquéllas, a la vez, como normas “jurídicas” y “prepositivas”, consiste en entender la norma jurídica-prepositiva como perteneciente a un sistema jurídico prepositivo. Y, hasta donde alcanzo, semejante opción sólo puede existir como derecho natural. Ello no sería el caso si habláramos de un sistema normativo (prepositivo) *social* —no jurídico—, como sistema al que pueden pertenecer las normas que nos damos en la sociedad y que no conforman el sistema normativo *jurídico*. Ciertamente, la aparente identificación que hace esta autora de las incumbencias como “normas jurídicas prepositivas” podría deberse también a un descuido. De hecho, en la p. 128, con nota 337, la autora apunta que si bien “las incumbencias son una especie del género «deber»” (texto), prefiere la fórmula “«deber *pre-jurídico*» antes que «deber secundario» (nota; énfasis añadido); en el mismo sentido en p. 135.

³²⁷ Al respecto, fundamental el análisis de BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, (1965), 1991, pp. 70 ss., en el que diferencia tres formas principales de manifestación del iusnaturalismo: el escolástico, el racionalista moderno y el hobbesiano; véase también, DELGADO PINTO, *De nuevo sobre el Derecho Natural*, 1982, pp. 10 s., quien expone los tres rasgos que distinguen el ideario mínimo común de las doctrinas iusnaturalistas, el cual está presente en el trabajo de Varela.

³²⁸ DELGADO PINTO, *Derecho Natural*, p. 10; VARELA, *Dolo y error*, p. 139.

jurídico de normas, sino, más bien, a la idea de que éstos vengan dados con carácter previo a los ordenamientos jurídicos o a la configuración política de la sociedad. Más bien, semejantes principios tendrían una existencia implícita en el ordenamiento, esto es, serían extraídos a partir de enunciados presentes en el ordenamiento jurídico. Ello tampoco supone renunciar a la idea de que los mismos tengan su origen en prácticas sociales no formalizadas, pues es un hecho que la configuración del sistema normativo-jurídico consiste, con frecuencia, en la explicitación de semejantes prácticas por la vía de su institucionalización (formalización).

Dicho esto, concebir las incumbencias como principios regulativos con alto grado de generalidad —en el sentido de mayor o menor generalidad de las propiedades relevantes del caso que regula³²⁹—, me parece plausible desde una perspectiva semántica si consideramos la definición extensional de la expresión “presupuestos deónticos genéricos”³³⁰ con la que la autora describe (en un sentido amplio) a las incumbencias.

Por lo que hace a la introducción de la incumbencia-fin, pueden presentarse dos problemas. En primer lugar, si, como señala Varela, su inobservancia implica (de manera simultánea) la infracción de un deber jurídico, o viceversa, entonces aquélla se convierte en una paráfrasis de éste, innecesaria desde una perspectiva positiva. Así, sería suficiente con afirmar que A tiene el deber jurídico de evitar la realización del tipo que toma como base la norma de comportamiento en cuestión. Que semejante circunstancia vulnere, además, el *neminem laedere* o el *alterum salvare* aparece, bien como una redundancia, bien como un salto discursivo. Si, en cambio, la inobservancia de una incumbencia-medio tiene (yo diría: “puede tener”) como consecuencia la infracción de un deber jurídico que posibilita la imputación de un hecho a un sujeto, entonces la incumbencia-medio cobra relevancia desde una perspectiva positiva. Es decir, opera como criterio jurídico de imputación personal. Entiendo discutible sugerir para la infracción de las incumbencias así concebidas una eficacia en ámbitos normativos divergentes —el social (fin) y el jurídico (medio)—. Dicho de otra forma: que la incumbencia-fin opere en el discurso moral y la incumbencia-medio en el discurso jurídico.

Esto vuelve plausible entender la idea de incumbencia-fin propuesta por Varela como estructural y materialmente equiparable a lo que en la filosofía moral y del derecho se conoce como el deber (moral) de obediencia al derecho. En el modelo de la autora, este

³²⁹ Cfr. Atienza/Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho*.

³³⁰ VARELA, *Dolo y error*, p. 129.

deber pasaría a configurarse como una incumbencia de obediencia o seguimiento del derecho. Ello le lleva a concluir que “un ciudadano que pretende realizarse como persona en concordancia con el Ordenamiento Jurídico y pretende de este su protección y de sus pares el reconocimiento (...) carga a sus espaldas con (...) la carga de respetar las normas”³³¹. Ciertamente, esta visión sinalagmática entre libertad —en la forma de realización personal, protección y reconocimiento— y responsabilidad —seguir las normas—, es la misma que encontramos en el “deber de cooperación” del planteamiento de Pawlik³³²: *una cosa por la otra*. Para que el individuo pueda beneficiarse de la libertad debe asumir, a su vez, las cargas derivadas del esquema social precisamente a través del seguimiento de sus normas³³³. Este es, como es sabido, uno de los fundamentos ensayados en la filosofía del derecho, política y de la moral para justificar el *deber* de obediencia al derecho³³⁴.

Por lo demás, si renunciamos al origen iusnaturalista de estas figuras, es sugerente y plausible la idea de entender la incumbencia-medio como un mandato o norma originado en la práctica social —sin que ello implique considerarlos como parte de una realidad objetiva— cuya inobservancia puede posibilitar la atribución de responsabilidad jurídico-penal por imprudencia, pues podría hacer válida la idea apuntada por Silva Sánchez, según la cual “[e]n determinados ámbitos de la vida, en los que falta una regulación específica jurídico-administrativa y tampoco cabe hallar reglas técnicas o *leges artis* (...) la cláusula de cierre de las fuentes del deber de cuidado no pueda ser sino una *fórmula general como la del neminem laede!*”³³⁵.

VI. El planteamiento crítico de Montiel

El planteamiento de Montiel relega las incumbencias a un ámbito residual dentro de la dogmática jurídico-penal. Sin embargo, su aportación crítica sobre las condiciones de

³³¹ Ibidem, p. 125.

³³² Resonancia de la que la propia autora se hace eco, VARELA, *Dolo y error*, p. 126, nota 331, p. 152, nota 434.

³³³ Al respecto, véase, SIMMONS, *Moral Principles and Political Obligation*, 1974, cap. 4.

³³⁴ Fundamental RAWLS, «Legal Obligation and the Duty of Fair Play», en Hook (ed.), *Law and Philosophy*, New York, 1964, pp. 9 s.

³³⁵ SILVA SÁNCHEZ, «Mandato de determinación e imprudencia», *InDret Penal*, 2012, pp. 2 s., (énfasis añadido). Similar, VOGEL, *Norm*, pp. 250 ss. En una línea próxima pues entenderse las palabras de RAZ, *From Normativity to Responsibility*, 2011, p. 257: “[N]egligence is not a legal concept; it is merely borrowed and used by the law”.

posibilidad jurídico-penal de tales entidades normativas imprime a la discusión del dinamismo necesario, apuntando a los aspectos delicados de su recepción. Su planteamiento puede ordenarse de acuerdo a tres ideas: i) el origen y la naturaleza-jurídica de las *Obliegenheiten*³³⁶; ii) la falta de correspondencia entre éste y los supuestos de aplicación en los que el sector doctrinal expuesto propone el uso de las *Obliegenheiten*; iii) la necesidad, y propuesta, de una entidad normativa que consiga comprender la sujeción normativa en todos esos supuestos: los deberes secundarios.

1. La importación defectuosa

Este autor parte de la premisa según la cual es incorrecto el uso que un sector de la dogmática jurídico-penal asigna a las *Obliegenheiten*, en origen un criterio de imputación propio del derecho privado. Por un lado, objeta que se esté acogiendo este concepto de manera acrítica, caracterizándolo unilateralmente a partir de la teoría del presupuesto (presupuesto para ventaja, obligación frente a uno mismo, imperativo hipotético, no exigibilidad jurídica, su lesión no sería antijurídica, pero sí desaprobada jurídicamente). Por el otro, que acogida tal concepción se esté aplicando de manera inadecuada³³⁷. Más concretamente, señala que la operatividad de las *Obliegenheiten* jurídico-penales en el grupo de casos definidos por la provocación de irresponsabilidad jurídico-penal (que agrupa indiscriminadamente bajo el rótulo «*Vorverschulden*»)³³⁸, no vendría caracterizada por estos elementos de origen iusprivatista³³⁹. De ahí que Montiel sitúe el problema no en el origen o en la institución importada propiamente, sino en el proceso de importación³⁴⁰. Ello permite inferir las dos premisas a partir de las cuales construye la crítica este autor: 1) que únicamente existe un método de importación correcto; 2) y que

³³⁶ En la exposición crítica de este autor se aludirá al término ‘*Obliegenheit*’, pues es en relación con el origen de esta figura que gira la crítica principal.

³³⁷ Cfr. MONTIEL, *InDret Penal*, 4/2014, p. 15. Muestran también sus dudas al respecto, NEUMANN, *GA*, 1985, pp. 396 s.; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 220, nota 42; HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002, p. 80.

³³⁸ Aunque de entrada el planteamiento de Sánchez-Ostiz pueda insertarse aquí, véase SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad*, p. 136, nota 64, rechazando que su planteamiento de responsabilidad extraordinaria se fundamente en “una suerte de «*Vorverschulden*», de situaciones previas en las que el agente se hace culpable, pues ello parece atentar contra la exigencia de simultaneidad (y referencia) de la acción”. Además, esta negativa de Sánchez-Ostiz puede deberse a que Neumann, quien ha tratado monográficamente las estructuras de imputación «*Vorverschulden*», incluiría entre ellas supuestos como la provocación de la necesidad de defensa, los cuales son para Sánchez-Ostiz, no de imputación extraordinaria, sino de aplicación o no de una norma; en el mismo sentido, GÜNTHER, *Schuld*, p. 110.

³³⁹ Cfr. MONTIEL, *InDret Penal* 4/2014, pp. 15-20.

³⁴⁰ MONTIEL, en *Derecho, sanción y justicia penal*, p. 3 nota 14.

la doctrina jurídico-penal sigue de manera estricta la caracterización propuesta por la teoría del presupuesto.

Es esta última objeción metodológica la que aquí interesa³⁴¹. En el desarrollo de ésta, Montiel emplea los rasgos definitorios de la teoría del presupuesto³⁴² como condiciones necesarias y suficientes de aplicación del concepto. Así, insiste en rechazar la posibilidad de aplicar el término ‘*Obliegenheit*’ a la constelación de casos que, según los autores que practican la “libre importación”, mantendrían una conexión semántica con el concepto de ‘*Obliegenheit*’ en su uso contextual jurídico-civil.

2. Respuesta a la primera crítica

Sin embargo, entiendo que esta crítica adolece de dos problemas. De entrada, como acertadamente ha tratado de mostrar Sánchez-Ostiz, la construcción de una categoría con relevancia penal que tiene su *origen* en el derecho privado no queda necesariamente sujeta a éste cuando esa importación, más que del contenido o del fundamento de la institución, lo es de su denominación³⁴³. Antes bien, continúa este autor, se trataría de una necesidad conceptual la que justificaría una importación que, por lo demás, “tiene algo de azaroso”³⁴⁴. En esta línea, algún autor ha sugerido que entre ambas realidades a representar (y, por tanto, pertenecientes a “juegos del lenguaje” distintos), existiría un

³⁴¹ Aquí se parte de que no es relevante para la investigación entrar en la discusión sobre la naturaleza jurídica de las *Obliegenheiten* en el ámbito del Derecho privado; en primer lugar, porque sería pretencioso tomar parte en un ámbito jurídico que no es el nuestro; en segundo lugar, y esta razón convierte en innecesaria la anterior, porque, como se verá, entendemos que de ello no depende su viabilidad en el Derecho penal. El propio Montiel indica que no es este el “reproche más severo que cabe formular”, MONTIEL, *InDret Penal* 4/2014, p. 14. Por lo demás, son pocos los autores de la doctrina alemana o hispanohablante que, acogiendo la figura *Obliegenheit*, haya dedicado un estudio (siquiera una página entera de un trabajo), a este pseudo-problema. Ello quizá sea indicador de la poca relevancia que tiene para los fines teóricos de la dogmática jurídico-penal. Hasta donde alcanzo, dedican algo más de atención el propio Montiel (trabajos referenciados en el presente apartado) y BIEWALD, *Regelgemässes Verhalten*, pp. 105 ss.).

³⁴² No es arbitrario que Montiel recurra a esta caracterización y no, por ejemplo, a la que da la teoría de la vinculatoriedad (*Verbindlichkeitstheorie*); antes bien, es razonable, pues es el propio Hruschka quien desde los inicios imprimió el marchamo de la teoría del presupuesto a la figura de la *Obliegenheit* en el Derecho penal.

³⁴³ Aquí entendemos que este es proceso puede ser libre, derivado de una necesidad conceptual. Es más, entendida como se hace aquí, no tiene nada específicamente jurídico-civil, sino que consistiría en una derivación de la propia normatividad del Derecho, cuestión esta que trasciende a todas sus ramas de distintas formas. De ahí que incluso fuera productivo plantearnos si el concepto de incumbencia, una vez construido por la dogmática jurídico-penal, podría tener alguna capacidad de rendimiento en el ámbito jurídico-civil más allá de las *Obliegenheiten* jurídico-civiles.

³⁴⁴ SÁNCHEZ-OSTIZ, *InDret Penal* 1/2015, p. 5.

“aire de familia” que posibilitaría la adopción del término ‘*Obliegenheit*’ por parte de la dogmática jurídico-penal³⁴⁵. Y es esta estrategia la que creemos interesante desarrollar. De hecho, es también la que de una manera tácita desarrolla el propio Montiel en su propuesta final.

Una explicación a este razonamiento puede ser la siguiente: existe un grupo de situaciones de posible relevancia jurídico-penal a las que se les quiere dar un nombre (aplicar un término) que logre reducirlas a un concepto; es decir, se tiene una representación, pero *todavía* falta un término para identificarla, o el que se tiene no satisface desde una perspectiva teórica. Existiría, por tanto, una necesidad conceptual. En el Derecho civil se usa un término —*Obliegenheit*— para dar nombre a un grupo de casos que guardan ciertas semblanzas con los representados en el Derecho penal. Obviamente, no es posible equiparar los casos, pero la caracterización (construcción) iusprivatista del concepto puede ser útil. De hecho, es *como-si* los casos representados en Derecho penal estuvieran sujetos, también, a una especie de *Obliegenheit*. Hasta aquí podría decirse que lo que se traslada es una ficción, que lo que se hace tiene cierto carácter metafórico, incluso estético. Y así es; pero, por ahora, sirve para explicar o comprender en un nivel intuitivo algunos grupos de casos. Es evidente que esto no es suficiente, pero es el comienzo. Adquirido el concepto o, más bien, la idea que expresa, se trata ahora de ver si es plausible construir un concepto propiamente jurídico-penal que tenga cabida en la teoría del delito.

De esta forma se trata de advertir que la premisa mayor del razonamiento de Montiel es discutible y, por tanto, también su conclusión. Brevemente, pareciera ser el siguiente: una importación correcta debe llevarse a cabo respetando los elementos de la teoría del presupuesto (PM); a los grupos de casos propuestos no les son aplicables tales elementos (Pm); por tanto, la importación realizada es incorrecta (C). Decimos que la premisa mayor es incorrecta porque entendemos que si lo que se invoca es un “aire de familia” con ello no pretende significarse que exista una plena correspondencia entre las condiciones definitorias de unos casos y de otros, sino únicamente semblanzas. Con ello no pretendo, sin embargo, prejuzgar que la solución de las *Obliegenheiten* sea la adecuada para los propósitos del Derecho penal; o, como se pregunta Montiel, responder a si “¿tiene sentido

³⁴⁵ MAÑALICH, *Nötigung*, p. 70, y nota 206 se refiere expresamente al “aire de familia” como única razón que justifica la transmisión de una exigencia de acción, lo que no implica que su contenido de significado tenga que permanecer inalterado; subraya, además, que ese parecido es *mayor que* con respecto a los deberes; HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 416, señala que el *uso* que hace de los conceptos de “*Obliegenheit*” y “*Obliegenheitsverletzung*” se apoya, aunque no coincide de manera exacta, en la utilización jurídica habitual de tal concepto, por ejemplo en el Derecho se seguros; es decir, lo que suele traducirse con la fórmula “inculpación frente a uno mismo”.

una distinción entre deberes e incumbencias en el Derecho penal?”³⁴⁶. Antes bien, de lo que se trata ahora es de dejar constancia que hasta el momento nada es metodológicamente incorrecto.

El segundo problema del que adolece la crítica de Montiel está condicionado por lo anterior: el autor rechaza la posibilidad de una concepción de *Obliegenheit* que, hasta donde alcanzo, no todos proponen como necesaria o vinculante, aunque recurran a ella porque encuentren ciertas semejanzas. Es decir, no existe identidad de objeto de discusión, de modo que tampoco pueden encontrarse los argumentos de los eventuales adversarios o, mejor dicho, sus desacuerdos. De ser así, se estaría utilizando el *todo por la parte*, es decir, atribuyendo un argumento *ex toto* que sólo es defendido *ex parte*. Por tanto, no es que lo sostenido por Montiel no sea cierto, sino que sólo lo es por lo que hace a una parte del sector doctrinal que promueve la importación de la *Obliegenheit*.

Así, por un lado, y como se ha dicho, es cierto que algunos autores proponen la importación de una idea (no de una institución) que debe su desarrollo a la dogmática iusprivatista de las obligaciones. No obstante, lo hacen expresamente y sin recurrir necesariamente al contenido o a la naturaleza que se le otorga en origen, lo que les permite tratar de construir una figura con capacidad explicativa —y quién sabe si algo más— en el seno de la dogmática jurídico-penal. Por el otro, Montiel entiende que falta la correspondencia conceptual con lo exigido por la teoría del presupuesto y que lo adecuado sería la importación del concepto original tal como ha sido desarrollado por la dogmática del derecho privado. En este sentido, nada impediría a los autores que trasladan la idea, pero no el contenido, a desarrollar y aplicar el *nuevo* concepto con denominación prestada a los casos que estimen convenientes (obviamente, respetando los procesos de adaptación conceptual propios de la dogmática jurídico-penal) y evitando de esta forma su completa caracterización conforme al modelo del presupuesto. Pero tampoco parece haber problema en que el importador de la denominación y del contenido, en este caso Montiel, lo aplique a los casos en los que estima pudiera tener algún rendimiento, ya sea explicativo, ya de otro tipo. Al final, de lo que se trata es de servirse de instrumentos que ayuden a explicar y comprender el fenómeno del delito en toda su extensión.

Así, la objeción de tipo metodológico es acompañada por este autor de razones materiales por las cuales entiende que las características normativas de las *Obliegenheiten* jurídico-

³⁴⁶ MONTIEL, en *Derecho, sanción y justicia penal*, p. 3.

civiles no concurrirían en los casos jurídico-penales propuestos, al menos no conforme a la teoría del presupuesto. Si bien el propio Montiel concede que tales características “podrían hallarse también en las *Obliegenheiten* jurídico-penales”³⁴⁷ —de hecho “aparece con suma claridad”³⁴⁸—, pone en duda que pueda ser aplicada a “las concretas características del Derecho penal”³⁴⁹. De lo que concluye que no es plausible hablar, *stricto sensu*, de una infracción de *Obliegenheiten*³⁵⁰, sino más bien de un deber jurídico secundario³⁵¹. A pesar de que aquí se considere que debe ser rechazada la premisa según la cual la no correspondencia institucional deba condicionar la construcción de un concepto jurídico-penal de *Obliegenheit*, a esta objeción habrá de responderse justificando, en la medida de lo posible, los “parecidos de familia” existentes entre los casos que se quieren reunir bajo el concepto de incumbencia. Sólo después podrá comprobarse si ese parecido justifica acoger la caracterización de la teoría del presupuesto o si, además, el parecido está presente también con la teoría que afirma que nos encontramos frente a auténticos deberes.

Recordemos brevemente la caracterización de las *Obliegenheiten* que ofrece la teoría del presupuesto: 1) su cumplimiento constituye un presupuesto objetivo para conservar ciertas ventajas en una relación jurídica; 2) son una forma de “inculpación frente a uno mismo” (*Verschulden gegen sich selbst*); es decir, su incumplimiento no comportaría daños para terceros, sino que son los propios intereses jurídicos del incumplidor los que se verían afectados; 3) son formuladas como imperativos hipotéticos; no pudiendo ser su cumplimiento exigido por el ordenamiento jurídico o por un tercero; 4) su infracción no parece ser antijurídica, y, de serlo, en ningún caso podría tener el mismo carácter de antijuridicidad que resulta de la infracción de deberes jurídicos. De estas cuatro condiciones definitorias, el autor se ocupa esencialmente de las tres últimas para rechazar su concurrencia en los supuestos de provocación de una condición personal de imputación.

Así, advierte que la sujeción normativa en tales supuestos constituye algo más que una obligación frente a uno mismo, en tanto entrarían en el horizonte de “infracciones al *neminen laedere* y, por tanto, serían supuestos de «obligación frente a terceros»”, siendo

³⁴⁷ MONTIEL, *InDret Penal* 4/2014, p. 11.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 12

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 13

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 20

³⁵¹ MONTIEL, en *Derecho, sanción y justicia penal*, pp. 11 ss.

su consecuencia “principal [no directa] (...) la imposición de una pena”³⁵². Por su parte, no puede afirmarse que consistan en imperativos hipotéticos, pues excluyen la “finalidad de quien actúa, en tanto motivo determinante de su voluntad”³⁵³; es decir, el contenido normativo de las incumbencias sería “*objetivamente necesari[o]*”, como lo es el de cualquier norma con relevancia jurídico-penal más allá de su formulación lingüística en modo condicional³⁵⁴. De lo que deriva, por último, que se trata de situaciones desvaloradas jurídicamente, aunque por sí solas no sean merecedoras de penas, es decir, no tengan consecuencias jurídicas.

3. Deberes secundarios: la transmutación de casi todas las incumbencias

La figura de las *Obliegenheiten* no sólo se ha importado sin respetar su construcción iusprivatista, sino que, además —tal como continua la argumentación de Montiel—, un análisis riguroso de los casos susceptibles de ser explicados por medio de aquéllas revelaría otra inconsistencia. Este autor entiende que en la constelación de casos que se definen conforme a la idea de provocación de estados defectuosos, la doctrina jurídico-penal estaría haciendo un uso aparente de *Obliegenheiten* jurídico-penales para resolver la imputación, pero en realidad se trataría de auténticos deberes-jurídicos. De ahí que el proceso sea definido por Montiel en términos de *transmutación*: lo que en derecho civil se conocen como “deberes secundarios” o “deberes complementarios” habría perdido su denominación por la de *Obliegenheit* (incumbencia) al trasladarse al derecho penal³⁵⁵. Es decir, se estaría acogiendo la teoría de la vinculación sin ser consciente de ello. Si bien, el contenido y la función de estos deberes sería esencialmente el mismo que el que se predica de las *Obliegenheiten* —asegurar la prestación primaria³⁵⁶—, su construcción teórica varía respecto de éstas. Y lo hace precisamente en torno a los elementos definitorios ofrecidos por la teoría del presupuesto y a partir de las aportaciones de la dogmática jurídico-civil.

Frente a la caracterización *propia* de las *Obliegenheiten* como obligaciones frente a uno mismo, la idea principal del autor es que los intereses que vendría a proteger la imposición

³⁵² MONTIEL, en *Derecho, sanción y justicia penal*, p. 11; EL MISMO, *InDret Penal*, 4/2014, p. 16.

³⁵³ *Ibidem*, p. 17.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 17.

³⁵⁵ MONTIEL, en *Derecho, sanción y justicia penal*, pp. 9-10.

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 5. Aunque, como veremos, más adelante parece contradecir esta idea (p. 20).

de estas entidades normativas al Derecho penal son los de la comunidad y de terceros, resultando entonces de su incumplimiento la lesión del principio *neminem laedere*³⁵⁷. Es decir, los deberes subsidiarios —como sugiere denominarlos Montiel— expresarían, junto con los deberes principales, la prohibición de dirigir el propio ámbito de organización de modo tal que lesione los intereses de la comunidad o de terceros, aun cuando —continúa—, la posibilidad de lesión del bien jurídico fuera (como lo es cuando se trata de la infracción de *Obliegenheiten*) indirecta. Así, ambas entidades constituirían la relación negativa a la que se encuentra sujeto todo ciudadano de no poner en peligro ni lesionar bienes jurídicos ajenos. La *Obliegenheit qua* deber subsidiario es concebida, por tanto, como parte de un “deber de lesión”³⁵⁸.

En definitiva, el deber subsidiario constituye un deber previo a la prestación principal cuya relación con el objeto protegido siempre será de naturaleza indirecta, lo cual determina su infracción como un injusto de lesión mediata³⁵⁹. La operatividad de tal deber, como su propio nombre indica, entra en juego en defecto de la posibilidad de que el deber principal sea objeto de imputación directa y principal; es decir, es el fundamento de lo que denomina responsabilidad subsidiaria³⁶⁰. En cambio, descarta que la infracción del deber subsidiario sea, por sí sola, merecedora de pena³⁶¹, si bien no de cierta desvaloración jurídica³⁶². La justificación de este deber, cuya fundamentación es el trasunto de la omisión impropia, se hallaría en la exigencia a toda persona de controlar y dominar su propio cuerpo y funciones, evitando que trasciendan a esferas jurídicas ajenas los peligros generados en el propio ámbito de responsabilidad³⁶³.

³⁵⁷ Cfr. MONTIEL, *InDret Penal* 4/2014, pp. 16 s.

³⁵⁸ MONTIEL, en *Derecho, sanción y justicia penal*, p. 13. Subraya el autor que esta caracterización general “negativa” del deber no impide que en su concreción el contenido normativo (acción/omisión) venga determinado por cualquiera de los operados deónticos (mandato/prohibición) (p. 14).

³⁵⁹ Cfr. MONTIEL, en *Derecho, sanción y justicia penal*, p. 13. Cambiando su postura respecto al anterior trabajo en el que consideraba la entidad no como un deber de lesión, sino como un deber de peligro, *InDret Penal* 4/2014, pp. 17 ss.

³⁶⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 13 y 21 s.

³⁶¹ Cfr. MONTIEL, *InDret Penal* 4/2014, pp. 17 y ss., y nota 112 con ulteriores referencias.

³⁶² Cfr. MONTIEL, *InDret Penal* 4/2014, p. 18 y notas 116 y 117 con ulteriores referencias.

³⁶³ Cfr. MONTIEL, en *Derecho, sanción y justicia penal*, p. 16.

4. Infracción de deberes subsidiarios como objeto de imputación. ¿Qué queda de las *Obliegenheiten*?

Montiel rechaza que estas entidades normativas puedan ser derivadas tanto de las normas de comportamiento (Hruschka, Sánchez-Ostiz)³⁶⁴ como de las normas de sanción (Kindhäuser, Neumann, Mañalich). Por su parte, frente a las propuestas de Kindhäuser y Neumann, señala que resulta “extraño” asociar a la norma de sanción una función de determinación de conductas, por lo demás poco conciliable con la distinción sistemática y funcional entre normas dirigidas a los ciudadanos para configurar sus comportamientos y normas dirigidas a los jueces para aplicar sanciones³⁶⁵.

Frente a este modo de existencia a costa de otras normas, Montiel concibe los deberes subsidiarios como entidades “*independientes y originarias*”³⁶⁶, cuya relación con los deberes primarios vendría presidida por una “vinculación se sentido”³⁶⁷. Es decir, complementaría el sistema de normas de comportamiento, lo que posibilitaría la consecución de un estado de libertades real³⁶⁸. Proyectado sobre el sistema de atribución de responsabilidad, la infracción del deber subsidiario no sería otra cosa que el fundamento de la responsabilidad por imprudencia. Por tanto, resultado de esta concepción es la distinción de un injusto objetivo imprudente autónomo, con “*lesividad propia*”³⁶⁹, y la imposibilidad de hablar en puridad de una imputación de tipo extraordinario si no, más bien, de una responsabilidad de naturaleza subsidiaria. Esto es, si de una parte la operatividad de la *Obliegenheit* posibilitaría el restablecimiento de la imputación —actuando así como criterio de imputación y, por tanto, tomando como objeto a imputar la acción inmediatamente lesiva—, en la postura de Montiel la infracción del deber secundario constituiría de manera subsidiaria el objeto de imputación, restando

³⁶⁴ Sobre la propuesta de derivación de la norma de comportamiento, se une a la crítica formulada por Neumann a Hruschka: la *Obliegenheit*, o cualquier otra entidad que prescriba el seguimiento de la propia norma, no puede lógicamente ser parte del contenido de ésta.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 19. En realidad, la función orientadora de comportamientos que atribuyen estos autores a la incumbencia vinculada a la norma de sanción es la propia de este tipo de normas: no es tanto un “debes” sino más bien una advertencia de lo que puede llegar a suceder si se hace o no se hace algo. Sobre ello, véase la exposición de ambos planteamientos. Al respecto, es será relevante entender la relación que media entre la norma de sanción y las reglas de imputación.

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 19 (énfasis original). Ello contradice la idea de subsidiariedad.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 19 s., citando a Feuerbach.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 20.

³⁶⁹ MONTIEL, en *Derecho, sanción y justicia penal*, p. 21 (énfasis original).

importancia a la acción subsecuente³⁷⁰. De este modo, el deber subsidiario es configurado como un auténtico “deber de cuidado”³⁷¹ cuando su infracción cree un peligro desaprobado *ex ante* de realización del resultado.

En suma, la solución propuesta por Montiel para los grupos de casos de provocación de irresponsabilidad puede ser considerada con independencia de la crítica, a mi juicio incorrecta, sobre el proceso de importación de las incumbencias (*supra*). Como se ha visto, propone entender que en tales casos el comportamiento del sujeto estaría ya jurídicamente vinculado por un deber secundario vinculado a la propia norma que protege el bien jurídico concreto. Con ello, su propuesta de solución estaría reclamando un *mayor* “parecido de familia” con lo que en la dogmática iusprivatista alemana se conoce como deberes complementarios (*Nebenpflichten*) o deberes secundarios (*Sekundärpflichten*), y, en definitiva, con la *teoría de la vinculación* acerca de las *Obliegenheiten*.

Por fin, sin avanzar en la propuesta, el autor considera posible aplicar la figura de las incumbencias como requerimiento a las potenciales víctimas para que activen medidas de autoprotección (*Obliegenheiten* de autoprotección), pues en estos casos sí concurriría la caracterización propia del modelo importado según la teoría del presupuesto³⁷². Esta sería para el autor la única y genuina incumbencia jurídico-penal. Sobre este de la figura volveremos más adelante.

VII. Usos alternativos de la noción *Obliegenheit*

La problemática a la que nos enfrentamos en la presente investigación es la estructura temporal de la responsabilidad penal. Ser responsable de nuestras acciones implica, al menos en el Derecho penal y en algunos sistemas normativos, haber actuado en *situación de responsabilidad*. Nos interesan pues los casos en los que la concurrencia de este presupuesto pueda presentar dificultades. Es la estructura común que subyace a los casos complejos expuestos más arriba en el marco de la imputación subjetiva (en sentido amplio). Por tanto, en este lugar serán expuestos de manera ciertamente expeditiva otros usos alternativos que viene haciendo la doctrina jurídico-penal de la noción de

³⁷⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 13. De entrada, pueden distinguirse en ambos planteamientos los diferentes modelos de imputación de responsabilidad penal en los casos de *alic* (estructural): modelo de la excepción y de la tipicidad, respectivamente.

³⁷¹ Cfr. *Ibidem*, p. 14.

³⁷² MONTIEL, *InDret* 4/2014, p. 21 y nota 125: EL MISMO, en *Derecho, sanción y justicia penal*, p. 22.

Obliegenheit y que, en principio, son ajenos a la problemática expuesta. Y ello en la medida en que, si bien será posible identificar algunos rasgos comunes, las prácticas de responsabilidad en el que es empleada es manifiestamente distinta.

1. *Obliegenheit* y autorresponsabilidad de la víctima

Desde hace un tiempo, el comportamiento de la víctima es objeto de especial interés por parte de la dogmática jurídico-penal. Este interés obedece a la posibilidad de valorar el comportamiento de la víctima como corresponsable del daño sufrido. Si tal es el caso, entonces se habla de “autorresponsabilidad de la víctima”. Pero para llegar a esa conclusión es necesario considerar si sobre la víctima pudo recaer la exigencia de protegerse a sí misma. Es a esta exigencia de autoprotección a la que algunos autores se han referido con la noción *Obliegenheit*³⁷³. En ese sentido, las *Obliegenheiten* han de servir al jurista como figura dogmática con la que determinar (interpretar) el alcance de ciertos tipos penales. La premisa de naturaleza teórico-política de la que parten es de carácter contractualista: la distribución de esferas de libertad. De ahí se pretende llegar a la idea de subsidiariedad del derecho penal como premisa político-criminal que ha de legitimar la *intromisión* en la esfera de la víctima que resulta de las exigencias de autoprotección. La pena estatal debe ser subsidiaria con respecto a la autoprotección de la víctima³⁷⁴.

³⁷³ Entre otros, con distinto énfasis, véase SCHÜNEMANN, «Die Zukunft der Viktimo-Dogmatik: Die viktimologische Maxime als regulatives Prinzip zur Tatbestandseinschränkung im Strafrecht», en *Festschrift für Hans Faller*, 1984, pp. 357 ss.; SEELMANN, «Paradojas de la orientación hacia la víctima en el Derecho penal», (trad. Nuñez Ojeda/Vogt Geisse) en EL MISMO, *Estudios sobre Filosofía del Derecho*, 2013, p. 198; JAKOBS, *Rechtswang und Personalität*, 2008, pp. 41 ss.; CANCIO MELIÁ, «Opferverhalten und objektive Zurechnung», *ZStW* 1999, (357), pp. 382, nota 91, 384, quien emplea una expresión (“le incumbe el deber”) sobre la que habremos de volver; BIEWALD, *Regelgemäßes Verhalten*, pp. 108, 113 ss., advirtiendo de que el concepto que propone no es idéntico al que sirve de fundamento a la imputación extraordinaria, pp. 37, nota 19, 91, nota 146, 106, nota 4; MITSCH, *Rechtfertigung und Opferverhalten*, 2004, pp. 43 ss.; HÖRNLE, «Die Obliegenheit, sich selbst zu schützen, und ihre Bedeutung für das Strafrecht», *GA* 2009, pp. 626 ss.; LA MISMA, «Subsidiariedad como principio limitador. Autoprotección», (trad. Montaner Fernández) en Hirsch/Seelmann/Wohlens (ed. alemana), Robles Planas (ed. española), *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*, 2012, pp. 95 ss.; como vemos, MONTIEL, «¿Existen las *Obliegenheiten* en el Derecho penal?», *InDret Penal* 4/2014; EL MISMO, en *Derecho, sanción y justicia penal*, pp. 3 ss.

³⁷⁴ SCHÜNEMANN, en *FS-Faller*, pp. 357 ss. Muestra sus dudas, HÖRNLE, *GA*, pp. 626 ss.; LA MISMA, en *Límites al derecho penal*, pp. 88 ss., 97 ss.

El desarrollo teórico de la figura *Obliegenheit* en el contexto de la autorresponsabilidad de la víctima se debe sobre todo a Biewald³⁷⁵. Así, aunque en este contexto puede parecer arbitrario el uso de la noción *Obliegenheit* en lugar de la de deber, la razón es simple: mientras que la infracción de deberes conlleva una responsabilidad frente a terceros, la infracción de las *Obliegenheiten* han de conducir a la autorresponsabilidad (*Eigenverantwortlichkeit*)³⁷⁶. Esta opción no desconoce la posibilidad de hablar de “deberes frente a uno mismo”, sino que la rechaza por reconocer tales deberes como deberes de virtud ajenos a un sistema jurídico³⁷⁷. Son, entonces, normas jurídicas, que no se desprenden expresa o directamente de las leyes, sino que corren paralelas a los deberes, de los que dependen³⁷⁸. Sin embargo, esta relación de dependencia es distinta de la que se propone en el contexto de la imputación extraordinaria, en el que deber y *Obliegenheit* recaen sobre un mismo sujeto. Así, en el contexto de la autorresponsabilidad de la víctima, la dependencia sugerida se refiere a la que mediaría entre la *Obliegenheit* (de protección), que recae sobre la eventual víctima, con respecto al deber (de evitar el injusto), que recae sobre el eventual autor. Además, propone concebir las *Obliegenheiten* como imperativos categóricos, sin que su formulación condicional prejuzgue la necesidad (incondicionada) de su cumplimiento³⁷⁹.

A pesar de que el uso en este contexto difiere del visto para el ámbito de la imputación personal (extraordinaria), es fácil advertir ciertos aspectos comunes. En primer lugar, su uso se propone como entidad deóntica necesariamente diferente al deber jurídico. En segundo lugar, y en esto converge con planteamientos como el de Hruschka o Sánchez-Ostiz, es un opera como un instrumento que incide en la interpretación de la tipicidad *material*. En un caso puede restringir *prima facie* el objeto de imputación al autor debido a una extralimitación de la libertad de la víctima por no reducir o evitar ciertos riesgos; en el otro podría ampliar el objeto de imputación debido a una extralimitación de la libertad del autor. En tercer lugar, ambos casos tienen por objeto determinadas medidas de cuidado o precaución que corresponde a sus respectivos destinatarios activar si quieren alcanzar la pretensión de defensa o invocación de eximente (autor) o la de que se imponga la pena al autor (víctima). Por tanto, en cuarto lugar, apelan a la idea de

³⁷⁵ BIEWALD, *Regelgemäßes Verhalten*, pp. 28, 37 s., 105 ss., 113 s., 138, 152, 159 y *passim*.

³⁷⁶ *Ibidem*, pp. 37 s.

³⁷⁷ *Ibidem*, pp. 37 s., 107, con nota 9. Similar, también, HRUSCHKA, «Die Unterscheidung von Pflicht und Obliegenheit», en Matt. Kaufmann (ed.) *Recht auf Rausch und Selbstverlust durch Sucht*, 2003, p. 300; NEUMANN, *GA*, 1985, p. 398.

³⁷⁸ BIEWALD, *Regelgemäßes Verhalten*, p. 108.

³⁷⁹ *Ibidem*, pp. 37 ss.

“autorresponsabilidad” como medio para alcanzar una pretensión. En quinto lugar, como exigencias que son coartan la libertad, por lo que deben estar justificadas y su alcance previamente determinado. En sexto lugar, son exigencias asociadas a la idea de ciudadano: las incumbencias alcanzarían a todos los ciudadanos. Lo que, si se traduce en un concepto normativo de persona podría, en séptimo lugar, discriminar a aquellas víctimas que por circunstancias personales son crédulas y especialmente vulnerables; pero también a aquellos autores débiles de carácter. De ahí la necesidad de individualizar los estándares representados por las *Obliegenheiten*. En octavo lugar, los autores que las proponen para cada uno de los lados de la relación jurídica se manifiestan en contra de una predisposición permanente para las medidas de defensa o de cuidado, intromisión imposible de fundamentar y que paralizaría o volvería insoportable la interacción social. Es decir, se propone como medidas razonables; ni cuidado ni desconfianza permanente. Por tanto, para afirmar la infracción de una incumbencia habrá de constatarse el descuido de medidas de auto-protección razonables y haber tenido sospechas reales. Es decir, el afectado, a pesar de conocer el riesgo actual, omitiera el cuidado posible y razonable para evitar daños. Este criterio de conocimiento de riesgo actual convertiría a la incumbencia del autor en deber.

2. *Obliegenheit* y cumplimiento normativo de la empresa.

Otro contexto en el que se recurre a la figura de la *Obliegenheit* es el que se conoce como *Compliance* o de cumplimiento normativo de las empresas. En este ámbito, las *Obliegenheiten* se relacionan con los *deberes* de auto-organización que recaerían sobre las empresas y estarían orientados a la prevención y detección de delitos³⁸⁰. Estas exigencias de auto-organización serían canalizadas por el legislador penal a través de los modelos de prevención (programas de cumplimiento normativo) de delitos y por el sistema *compliance* en general, entendido como “todo aquel conjunto de medidas a adoptar por

³⁸⁰ ROBLES PLANAS, «El “hecho propio” de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008», en *InDret Penal* 2/2009, p. 11; también, COCA VILA, «¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?», en Silva Sánchez (dir.)/Montaner Fernández (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*, 2013, pp. 65 s., 71 s.; BERMEJO, «La observación del *Criminal Compliance* desde el enfoque de las *Obliegenheiten*», en Carnevali (ed.) *Derecho, sanción y justicia penal*, 2017, pp. 61 ss.; SILVA SÁNCHEZ, «La eximente de los “modelos de prevención de delitos”. Fundamento y bases para una dogmática», en el mismo, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2ª ed., 2016, pp. 400 s., con nota 49.

la empresa para asegurarse que en su actuación no va a infringir el Derecho”³⁸¹. Haciendo uso de la caracterización iusprivatista (teoría del presupuesto) de la figura, estos autores sostienen que el no-seguimiento de la *Obliegenheit* no sería objeto de sanción jurídico-penal, y por tanto su cumplimiento no sería objeto de deber jurídico-penal, pero podría “no jugar a su favor la exención o disminución de la responsabilidad previamente fundamentada”³⁸². Es decir, la auto-organización empresarial podría contribuir a atenuar o eximir de responsabilidad penal.

Como es sabido, desde la reforma penal operada por la LO 5/2010, el legislador penal español ha introducido un nuevo *sujeto*³⁸³ de imputación, la persona jurídica. Aunque se discute el modelo de responsabilidad penal consagrado, si uno por el hecho propio de la persona jurídica (autorresponsabilidad) o uno por el hecho ajeno de la persona física *imputable* a la persona jurídica (heterorresponsabilidad), lo que es evidente es que, además del hecho delictivo concreto cometido, el legislador opta por *castigar* un momento previo correspondiente a la no adopción de medidas para prevenir o descubrir los delitos concretos³⁸⁴. El primer problema surge ante la necesidad de distinguir en toda estructura de atribución de responsabilidad entre un objeto y un fundamento de imputación. Concretamente, entre la producción de un resultado penalmente relevante (injusto objetivo) y el defecto de organización (injusto de la acción y culpabilidad). Todo hecho punible ha de estar constituido por ambos elementos, pues tanto objeto como fundamento de imputación conforman la estructura de responsabilidad esencial de todo hecho punible.

Sentado lo anterior, parece que esa estructura dogmática de responsabilidad variará en función del modelo de responsabilidad de la persona jurídica que se proponga. Es decir, tanto el objeto como el fundamento de imputación serán distintos según se entienda el hecho punible empresarial, bien como un hecho propio (*modelo de responsabilidad por el hecho propio*), bien como un hecho ajeno imputable (*modelo de responsabilidad “por*

³⁸¹ COCA VILA, en *Criminalidad de empresa*, p. 70. Para una panorámica de los efectos jurídico-penales de los programas de cumplimiento en el derecho penal español, véase, COCA VILA, *Ibidem*, pp. 63 ss.

³⁸² ROBLES PLANAS, *InDret Penal 2/2009*, p. 11.

³⁸³ Silva Sánchez se refiere a las personas jurídicas, no como sujetos de imputación, pues no son destinatarios idóneos de las normas de determinación, sino como “centros de imputación” de la defraudación de expectativas normativas, véase SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: la discusión político-criminal y los modelos teóricos», *Fundamentos*, pp. 307 ss.

³⁸⁴ NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008, pp. 146, pp. 324 ss.; ROBLES PLANAS, *InDret Penal 2/2009*, p. 9.

atribución”)”³⁸⁵. Del mismo modo, parece que la infracción de una eventual *Obliegenheit qua* no adopción de modelos de prevención de delitos será diferente en cada modelo de responsabilidad.

Entiendo que uno y otro modelo han de coincidir en el primer paso: la producción de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (del catálogo de tipos delictivos previstos legalmente) por parte de alguno de los sujetos que prevén los apartados a) y b) del art. 31.1 bis CP. Ello ha de ser así incluso si no encontramos en el modelo del hecho propio, pues no existe tipificación de las formas de organización defectuosa o peligrosa³⁸⁶. Configurado el objeto de imputación por medio de la realización del tipo delictivo, éste habrá de imputarse a la empresa. Para esta operación el legislador penal ha previsto dos reglas de imputación³⁸⁷ que disponen como criterios para una primera vinculación del hecho con la persona jurídica: que las personas físicas hubieran actuado “por nombre” o “por cuenta” de la persona jurídica, y en su “beneficio directo o indirecto”. Creo que entonces puede afirmarse el injusto *de acción* empresarial, el cual habrá de ser imputado en un siguiente nivel a un defecto de organización de la empresa³⁸⁸.

En este segundo nivel de imputación, necesario para determinar si en la empresa existía una organización defectuosa favorecedora de la comisión de hechos delictivos³⁸⁹, el criterio decisivo aplicable habría de ser el de la implantación efectiva de un modelo de prevención de delitos. Esta problemática puede considerarse estructuralmente emparentada con la que se trata en el nivel de la culpabilidad de la teoría del delito³⁹⁰. Y aunque es obvio que a la noción de *culpabilidad* de la empresa no pueden subyacer las mismas premisas que para el uso del concepto de culpabilidad de la persona, tampoco es esa su pretensión. Más bien, entiendo que en realidad se opera (de nuevo) atribuyendo a la empresa un hecho (un defecto) de personas determinadas, y es precisamente eso lo que se hace pasar por culpabilidad de la empresa.

³⁸⁵ Al respecto, véase SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos*, pp. 297 ss.

³⁸⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos*, p. 303, “cuando se intenta concretar el hecho [propio de la persona jurídica], se acaba asociándolo a una persona física, y si se mantiene su vinculación exclusiva a la persona jurídica, entonces no parece fácil concretarlo”.

³⁸⁷ En este sentido, también, SILVA SÁNCHEZ, en *Fundamentos*, pp. 382, 385 ss., 390.

³⁸⁸ Creo que puede encontrarse un parentesco estructural con los dos niveles de imputación de modelos de atribución de responsabilidad como los de Hruschka o Kindhäuser.

³⁸⁹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, en *Fundamentos*, p. 391.

³⁹⁰ Y así parece ser tratada la problemática en el derecho comparado. Al respecto, véase SILVA SÁNCHEZ, en *Fundamentos*, pp. 399 ss., con notas 42 ss.; también, GÓMEZ-JARA, *La culpabilidad de la empresa*, 2005, *passim*.

A este respecto, puede servirnos la reciente concepción de Silva Sánchez sobre la adopción de los modelos de prevención como una *Obliegenheit* de los órganos de administración, incluso sucedidos durante periodos de tiempo³⁹¹. Aunque, como el propio autor matiza, el uso que hace de esta figura se aleja del uso originario dado por Hruschka y que ya hemos visto (como fundamento de la imputación extraordinaria), conservaría alguno de los rasgos que la caracterizan. Básicamente, la no sancionabilidad penal de su mera inobservancia, y de ahí su diferenciación respecto del deber³⁹². La constatación de la no adopción de medidas por parte del órgano de administración como dato objetivo habría de considerarse un defecto de organización de la empresa.

Por tanto, creo que la noción de culpabilidad se alejaría de lo que en la teoría del delito clásica se conoce como culpabilidad por el hecho, ajustándose más a la problemática culpabilidad por la conducción general de la propia vida. Esta es la idea que algunos autores tratan de trasladar funcionalmente al ámbito empresarial. Así, se habla de una “culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial” (*Betriebsführungsschuld*)³⁹³, en la medida en que el defecto de organización obedecería a la no implementación continuada de medidas de favorecimiento de una cultura de cumplimiento con el derecho. Y esta es, como vimos, una de las ideas que subyacen a la figura de las *Obliegenheiten* en el ámbito personal³⁹⁴.

Es interesante la duda que asalta a Coca Vila al final de su artículo acerca de “por qué a las empresas, a diferencia de lo que acontece con las personas físicas, sí se las incentiva para que auto-reflexionen sobre cómo comportarse conforme a Derecho”³⁹⁵. En opinión del autor, ello obedecería a la menor fuerza del mensaje normativo cuando es recibido en el seno de las corporaciones. Sin embargo, creo que la razón puede ir, además, por otro camino, el cual es señalado acertadamente por Silva Sánchez. Según este autor, los programas de cumplimiento no solo se circunscribirían a las medidas de vigilancia, sino que también habrían de incluir medidas positivas de formación que incentivasen culturas de grupo de fidelidad al Derecho. Ello se enmarcaría (y aquí yace lo relevante de la intervención de Silva Sánchez) “en la tradición de aquella variante de la prevención

³⁹¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, en *Fundamentos*, p. 400 ss., con nota 49.

³⁹² *Ibidem*.

³⁹³ Cfr. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, pp. 288 ss.; MARING, «Verantwortung und Korporationen», en Wieland (ed.), *Die moralische Verantwortung kollektiver Akteure*, 2013, pp. 126 ss.

³⁹⁴ Así, de manera expresa, aunque con dudas, SILVA SÁNCHEZ, «“Honeste vivere”», *InDret Penal* 3/2010 (editorial).

³⁹⁵ COCA VILA, en *Criminalidad de empresa*, p. 72.

general positiva que hunde sus raíces en la doctrina de Welzel sobre el fomento de los valores ético-sociales de la acción como vía de protección indirecta de los bienes jurídicos”³⁹⁶. La pregunta que surge entonces es la de si el Derecho penal puede pretender ser una guía ético-social para las personas físicas, es decir, si, en su tarea de proteger bienes jurídicos, puede intervenir de-esa-forma en el espacio de auto-organización del individuo que, como bien señala Coca Vila, es “irrelevante para el Derecho”³⁹⁷. Pero para nuestro objeto de investigación es relevante la cuestión de si el derecho penal puede pretender ser un motivo o razón interna de determinación del comportamiento del individuo. Es relevante porque, si se decide canalizar los programas de cumplimiento por medio de *Obliegenheiten*, y aquéllos tienen la función de incentivar la autorreflexión empresarial, entonces surge la pregunta de si aplicadas a la auto-organización del individuo...

VIII. Recapitulación y conclusiones provisionales

La figura de la incumbencia (*Obliegenheit*) es originariamente acogida en la dogmática jurídico-penal por Hruschka. La idea de este autor es contar con una razón o fundamento que dé cuenta de la posibilidad de imputar extraordinariamente. Imputación extraordinaria es para este autor toda estructura de imputación a la que es necesario recurrir cuando no se dan los presupuestos ordinarios para una imputación. Los casos dogmáticos que puede satisfacer son: ausencia de acción, la imprudencia, los errores, la ausencia de imputabilidad y las causas de exculpación. En todos ellos, si bien falta un presupuesto para imputar, en sus distintos niveles, de manera ordinaria, el recurso a una instancia previa a la falta del presupuesto de imputación permitiría restablecerla e imputar a pesar de ello. Esa instancia previa es la figura dogmática de la incumbencia. Con más o menos matices, este planteamiento es acogido por otros autores: Joerden, Kindhäuser, Vogel, Sánchez-Ostiz, Mañalich o Pawlik, entre otros.

Estos autores se refieren a la necesidad de una figura que sirva para fundamentar la imputación extraordinaria. Hruschka descubre para el derecho penal la figura *Obliegenheit*, pero podría ser cualquier otra que tuviera igual o mayor fuerza explicativa.

³⁹⁶ Cfr. Silva Sánchez, «Deberes de vigilancia y compliance empresarial», *Fundamentos*, pp. 237 s., con nota 75.

³⁹⁷ COCA VILA, en *Criminalidad de empresa*, p. 71. Otra cuestión, que ahora no interesa, es si puede ser una guía ético-social para las empresas.

De ahí que, en realidad, como advierte Sánchez-Ostiz, la importación como vía de elección del término *Obliegenheit* tenga algo (creo que bastante) de azaroso. Este proceso puede identificarse con lo que en teoría del conocimiento se conoce como “contexto de descubrimiento”, por oposición al “contexto de justificación”. El contexto de descubrimiento hace referencia a la forma a partir de la cual se ha generado una idea o hipótesis y es expresado de manera descriptiva. Por su parte, el contexto de justificación se refiere a los criterios que tales hipótesis deben satisfacer para ser aceptadas por la comunidad científica, tarea esta de tipo prescriptivo.

A este grupo de casos se le ha *sumado* recientemente otro caso, advertido en la propuesta que llevan a cabo Pawlik o Sánchez-Ostiz: la incumbencia y su infracción como instrumento para atribuir responsabilidad en algunos casos de dolo sin representación. Brevemente: el dolo como infracción de una incumbencia. Que se proponga el uso de la incumbencia para este contexto parece coherente con que se proponga para aquél (pues se opera imputando a pesar de la ausencia de las condiciones fácticas ordinarias), pero evidencia la no correlación (conceptual o de justificación) entre imputación extraordinaria y atenuación de la sanción. Y aunque por distintos caminos, ambos llegan al mismo resultado a partir de un mismo diagnóstico: lo inexcusable de ciertos desconocimientos. El sujeto sabe que no sabe pero le incumbe saber o salir de ese no-saber. Pawlik recupera la figura del dolo indirecto que incluiría la incumbencia de saber. La evitabilidad se amplía a momentos anteriores más allá del preciso momento en que la actividad deviene peligrosa (suerte de *imprudencia iuris* o *facti* por asunción), pues solo así se garantiza la estabilidad real de las expectativas. Así, no solo deber, sino también incumbencia. Sánchez-Ostiz, por su parte, imputa extraordinariamente lo que luego valora como doloso.

Por tanto, hasta el momento lo que hemos hecho es advertir cierto acuerdo en torno a la presencia de una estructura común en algunos casos y observar que un sector heterogéneo de la doctrina recurre a la noción de incumbencia para otorgarles una solución dogmática satisfactoria. No obstante, este sector doctrinal puede agruparse bajo la postulación de una concepción de la teoría del delito como teoría de la imputación y, en el seno de esta, distinguirse tres sectores: las teorías clásica, analítica y funcional de la imputación. Ello plantea varias cuestiones:

La razón por la cual estos modelos de atribución de responsabilidad asumen una estructura extraordinaria de responsabilidad obedece, a mi juicio, a la distinción teórica entre normas de comportamiento y reglas de imputación de la que parten. Pero cada

modelo acoge esta distinción de manera diversa. Sin embargo, el modelo clásico de Hruschka o Sánchez-Ostiz parte de la figura o criterio de la alic antes que de la distinción de normas. Por su parte, Pawlik no recurre a la imputación extraordinaria. Solo sentido si teoría del delito como teoría de la imputación: De entrada, solo resulta tener sentido para los modelos de la teoría de la imputación, pues solo en tal modelo puede encontrarse un ámbito sistemático de defecto de imputación y el correspondiente modelo de solución para tal defecto. Se evidencia la distinción de planteamientos como el de Sánchez-Ostiz, que recurre a la imputación extraordinaria como estructura para aprehender la provocación de estados de defecto de imputación, y planteamientos como el de Jakobs o Pawlik, en los que no es necesario recurrir a tal estructura debido al alto nivel de normativización del dolo. En el primero la incumbencia sería subsidiaria del deber, mientras que en el segundo sería un complemento del deber. Sobre ello véase infra el planteamiento de Pawlik.

Este sector doctrinal ofrece razones distintas para el uso de las incumbencias. La teoría *clásica* de la imputación recurre a esa figura, i) no solo con motivo de la distinción entre deber e incumbencia, ii) sino también para ampliar la incriminación de conductas, pues lo contrario sería intolerable; iii) ofrece un mayor desarrollo teórico de la figura.

La teoría *analítica* de la imputación recurre a esta figura, i) porque para ellos solo existe una norma de comportamiento y de ella solo deriva un deber, que no es el de cuidado. Al no ser un deber en tal sentido, parece terminológicamente más correcto denominarla incumbencia o exigencia de cuidado. Dolo e imprudencia infringen la misma norma; ii) no se amplía la incriminación de conductas; iii) apenas ofrece un desarrollo teórico; a mi juicio, por dos razones: en primer lugar, porque no tienen que justificar esa mayor incriminación; en segundo lugar, porque su propuesta se reduce, en general, a una sustitución terminológica.

Finalmente, la teoría *funcional* de la imputación recurre a esta figura, i) porque su modelo de imputación gira en torno a la evitabilidad y, dentro de esta, la infracción de la incumbencia parece ser un criterio clave; ii) también conlleva una mayor incriminación de conductas; iii) ofrece un mayor desarrollo teórico. En todos los usos opera en sede de imputación y por diferenciación con el deber.

Por tanto, todo parece indicar que los diferentes usos del término obedecen a razones tanto normativas (axiológicas) como conceptuales (por diferencia al deber jurídico). Con la figura de la incumbencia podría ampliarse tanto el radio de lo imputable como

imprudencia, lo que puede atraer la noción de culpabilidad por la conducción de la propia vida; como el radio de lo imputable por dolo, lo que, por la vía de recuperar la figura del *dolus indirectus* como instancia de dolo que combina el dolo con la imprudencia, supone buscar el dolo en la imprudencia. Pues en ambas formas de imputación parece jugar un papel importante la figura del ciudadano o destinatario racional y, dentro de esta, la figura de la incumbencia.

No toda la doctrina está de acuerdo con que a tales casos subyazca una estructura (extraordinaria) común. Así, no se presentaría en la imprudencia porque entienden el delito como infracción del deber o la norma de cuidado. Se da en los casos de *alic* pero no implica el modelo de solución de la excepción. No toda la doctrina está de acuerdo con la capacidad de rendimiento de la figura de las incumbencias. Unos niegan toda capacidad a las incumbencias. Otros le otorgan usos alternativos al fundamento de imputación extraordinaria.

Estos planteamientos se enfrentan a las críticas por vulnerar los principios de legalidad (en Alemania) y culpabilidad (no coincidencia); pero también a los problemas derivados del uso de las incumbencias como criterio *normativizador* del dolo.

Además, persisten las dudas sobre la derivación o fundamentación de tales entidades normativas: existen propuestas como las de Hruschka (derivación sintética de las normas de comportamiento), Kindhäuser (derivación pragmática de las normas de sanción), Sánchez-Ostiz (derivación de la dinámica de las normas, similar a Hruschka, pero también como constituyendo a un destinatario racional), Günther (persona en Derecho), Pawlik (deber de cooperación del ciudadano racional).

Se critica también que con ello se esté dando otro nombre a lo que ya se conoce como el “deber de cuidado” propio de la dogmática de la imprudencia. Aunque Sánchez-Ostiz rechaza esta equiparación. Hruschka, Kindhäuser o Renzikowski entienden que sería lo mismo, si bien todos proponen un uso de la figura que trascendería a la dogmática de la imprudencia, alcanzando a toda la imputación subjetiva en sentido amplio. Lo mismo sirve para Pawlik. La denominación como “deber” o como “incumbencia” depende del modelo de imputación que se siga cuando nos encontramos frente a situaciones de estructura *alic* en sentido amplio. Así, para el modelo de solución de la tipicidad se tratará de un deber; mientras que para el modelo de imputación de la excepción se tratará de una incumbencia. Lo que, a su vez, dependerá de la concepción de norma de comportamiento que se tenga: si una y la misma para el dolo y la imprudencia; o una diferente para cada

forma delictiva. Por ahora, es posible distinguir dos usos del término “deber”: deber en un sentido más técnico, que deriva con necesidad práctica de la norma de comportamiento; deber como carácter de una clase de enunciados, que podemos llamar normativos. La incumbencia sería compatible con el segundo de estos usos pero incompatible con el primero.

PARTE SEGUNDA. PRESUPUESTOS TEÓRICOS DE UN MODELO DE RESPONSABILIDAD

«Hay que exigir a cada uno lo que cada uno puede hacer -replicó el rey-. La autoridad reposa, en primer término, sobre la razón»

(Antoine de Saint-Exupéry, *El Principito*, capítulo X)

«(...) zwei verschiedene Tätigkeiten sind, eine Norm zu rechtfertigen, indem man zeigt, dass es Gründe welcher Art auch immer dafür gibt, sie anzunehmen, oder eine Norm auf eine Situation zu beziehen, indem man fragt, ob und wie sie auf die Situation passt, ob es nicht andere Normen gibt, die in dieser Situation vorzuziehen wären, oder ob die vorgeschlagene Norm, angesichts dieser Situation nicht geändert werden müsste»

(Klaus Günther, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, p. 25)

Introducción

En una excelente exposición acerca de la evolución de la dogmática penal alemana del último medio siglo, Silva Sánchez concluye con un diagnóstico evidente: “vivimos tiempos de conmoción en la sistemática de la teoría del delito”. Concretamente, y por lo que hace a la latencia de la discusión sobre la distinción entre injusto y culpabilidad, este autor sugiere que tras ella se encontraría, en buena medida, el debate acerca del concepto de norma, así como el papel que una teoría de las normas podría desempeñar en la construcción de la teoría del delito³⁹⁸. De este modo, lanza una invitación (o así se ha recibido) a seguir trabajando y discutiendo sobre el tema. Asumiendo como acertadas las palabras de Silva Sánchez, lo que sigue pretende ser una contribución a esa discusión.

Una vez expuestos los usos que de la noción de incumbencia viene proponiendo un sector de la comunidad jurídico-penal, no cabe duda de que la problemática acerca de las *condiciones de posibilidad* de semejante figura ha de tematizarse, fundamentalmente, desde la teoría del delito, antes que desde la teoría de la pena. Ello significa que para acoger esta figura (o concepto) es necesario poner a prueba su compatibilidad con las estructuras dogmáticas y fundamentos de la teoría del delito. Es decir, es necesario ocuparse de las condiciones que harían posible la incorporación de las incumbencias a la

³⁹⁸ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Medio siglo de dogmática penal alemana*, 2013, p. 68.

teoría del delito³⁹⁹. El primer paso en esta dirección pasa por el examen de los conceptos de ‘norma’ e ‘imputación’ como cuestiones sustantivas que requieren de un trabajo previo a un nivel meta-teórico —con respecto a la teoría jurídica del delito—, que posibilite un análisis y una crítica de las estructuras y enunciados dogmáticos⁴⁰⁰. Se trata de ver, en definitiva, hasta qué punto es posible la consideración de la incumbencia como concepto teórico dentro de un marco conceptual dado. En esta parte, nos ocuparemos del concepto de norma de comportamiento.

A este respecto, la exposición de la primera parte ha puesto de relieve que la figura de la incumbencia tiene un claro encaje —discutido, pero estructuralmente justificado— en los modelos que construyen la teoría del delito como teoría de la imputación.

A partir de ahí, la cuestión será, sin embargo, si acoger las incumbencias como figura dogmática ha de trascender el plano meramente analítico (conceptual) para ocuparse y aprehender un problema normativo al que dar una nueva respuesta. Es decir, si, además de servir como herramienta conceptual que explique y justifique los procesos de imputación extraordinaria⁴⁰¹, pretende ampliar el catálogo de comportamientos penalmente relevantes. Esto, que supondría una mayor incriminación de conductas, tendría lugar, sobre todo, a través de una ampliación temporal de la vinculación del sujeto al derecho penal. Con otras palabras: si de lo que se trata es de extender en el tiempo la estructura de responsabilidad penal. Son dos, por tanto, los problemas que se abren en torno a la figura de las incumbencias: el primero, conceptual, se refiere a su rendimiento como concepto para la teoría del delito; el segundo, normativo, a su consideración como *nueva* fuente de responsabilidad penal. En esta parte nos referiremos a la primera cuestión. Al respecto, tratará de demostrarse que la función que haya de cumplir la incumbencia viene condicionada por el concepto de norma de comportamiento del que se parta.

³⁹⁹ Dentro de la teoría del delito se proponen diferentes modelos de interpretación de las estructuras que definen el delito. Los modelos paradigmáticos que acogen la figura de las incumbencias vimos que son las teorías analítica y clásica de la imputación.

⁴⁰⁰ En este sentido, véase RENZIKOWSKI, «Pflichten und Rechte. Rechtsverhältnis und Zurechnung», en *GA* 2007, p. 561. En la misma línea entiendo es utilizada la noción de “gramática profunda” referida a los conceptos de norma e imputación. Así, por ejemplo, MAÑALICH, *Nötigung*, pp. 75 s. En una línea parecida podría ser entendida la referencia que aparece en PAWLIK («Vom Nutzen der Philosophie für die Allgemeine Verbrechenslehre», *GA* (2014), p. 374) a una «meta-dogmática».

⁴⁰¹ Véase la definición de la tarea de la dogmática jurídico-penal (y cita a autores en n. 24) de ROBLES PLANAS, *ZIS* 2/2010, p. 136: “sistematización y ordenación del Derecho a través del hallazgo de principios y enunciados teóricos abstractos que permitan crear un aparato conceptual más reducido al cual puedan remitirse las decisiones jurídicas concretas”.

Si la figura de la incumbencia ha de tener algún estatus funcional (función de explicación y/o justificación) en la teoría general del delito, entonces habrá de tomar una forma teórico-interpretativa de la que se sirvan tanto el teórico como el aplicador del derecho para comprender y resolver un problema determinado (que no necesariamente un caso). Y esto significa que, como elemento conceptual, no tendrá valor si no es capaz de aportar mayor seguridad y claridad, tanto a la teoría como a la praxis jurídica⁴⁰². De ahí que ocupar el tema de las incumbencias y proponer, en su caso, su utilización en el seno de la dogmática jurídico-penal requiera identificar, como paso previo, un déficit conceptual en la teoría. Por déficit conceptual cabe entender la ausencia de un concepto (al menos un concepto suficiente) para dar cuenta —para explicar— determinadas situaciones. En este caso, situaciones de defecto de imputación. Como vimos, genera cierta indeterminación acudir a conceptos como “norma” o “deber” para designar todas las situaciones de sujeción o vinculación jurídica del individuo en el ámbito jurídico-penal. Además, se ha sugerido que tampoco terminan de solucionar el problema construcciones matizadas del tipo “deber de cuidado”, “norma de cuidado”, “competencia” u “obligación de conocer el derecho”⁴⁰³, entre otras. En suma, parece necesaria la búsqueda o construcción de un concepto que, en el marco de una teoría o de un sistema, habrá de estar sistemáticamente condicionado por el resto de los conceptos o reglas que formen la teoría.

Este déficit se manifiesta básicamente en el modelo teórico que concibe la teoría del delito como una teoría de la imputación. Aquí, se requiere de un concepto que consiga aprehender situaciones que reúnen, al menos, una característica común: el sujeto se encuentra en estado defectuoso para poder seguir (en general) la norma y, por tanto, no se le puede hacer responsable de su no seguimiento; pero tal estado de defecto es responsabilidad propia del sujeto. Atribuir responsabilidad en estos casos supone aplicar una estructura de imputación extraordinaria, por lo que el déficit constatado bien podría corresponderse con la falta de explicación y justificación de semejante estructura. Pero podría ocurrir que ese déficit se extendiera a otros modelos de interpretación del hecho punible en la medida en que se demostrase, en un nivel meta-teórico, un uso conceptualmente erróneo de los conceptos que sirven de base a semejante modelo. Precisamente es esto lo que ocurre con el concepto de norma de comportamiento.

⁴⁰² Señala HOYER, «Die traditionelle Strafrechtsdogmatik von neuen Herausforderungen: Probleme der strafrechtlichen Produkthaftung», *GA*, 1996, pp. 160 ss., p. 178.

⁴⁰³ En este sentido, véase, Sánchez-Ostiz, FS-Streng

Por lo que hace al segundo problema, la pretensión es indagar en la relación existente entre esa supuesta necesidad conceptual y el problema normativo subyacente. Es decir, analizar si la adopción de una nueva figura conceptual, las incumbencias, implica un tratamiento distinto del problema. Por ejemplo, ampliando el fundamento u objeto de la imputación, lo que puede llevar a justificar mayores penas a las ahora impuestas. Para ello habrá de examinarse, en primer lugar, cómo ha sido tratado hasta ahora el problema normativo referido, a saber, la atribución de responsabilidad jurídico-penal en casos de *defectos de imputación*. El tratamiento puede ser el que ha recibido la figura de la *alic* en la doctrina jurídico-penal, pero también que se haya pasado por alto otras estructuras de imputación extraordinaria que ya operan como tal, como la imprudencia. En segundo lugar, la responsabilidad por el defecto de imputación parece encontrar su fundamento en una zona nuclear, en ocasiones demasiado nuclear, del ser. Se habla entonces de responsabilidad por el carácter o por la conducción de la propia vida.

Como ha afirmado Silva Sánchez, “la teoría del delito es una «teoría de la acción» humana o, en otros términos, una teoría de la interpretación de hechos. Así, designa un conjunto de reglas para la atribución de un sentido a un hecho realizado por un sujeto”⁴⁰⁴. Con otras palabras: es posible afirmar que la teoría del delito pretende construir un sistema que ordene el conocimiento relativo a la atribución de sentido (*responsabilidad*) a una acción. Un sistema, en definitiva, que reúna las reglas que permiten declarar una acción como delito. Tales reglas han de establecer los presupuestos bajo los cuales podemos afirmar como sociedad que el evento acontecido constituye un delito que, como tal, habrá de ser sancionado penalmente por el Estado. Por tanto, en esa reconstrucción del hecho como hecho punible, habremos de ver qué problema normativo encontramos en el hecho bruto, qué ubicación sistemática se concede a tal problema en el sistema de la teoría del delito y qué significa que pueda ser aprehendido por un eventual concepto de incumbencia⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ SILVA SÁNCHEZ, «Introducción: dimensiones de la sistematicidad en la teoría del delito», en Wolter/Freund (eds.), *El sistema integral del Derecho penal*, p. 19. De forma similar, véase, PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 297: para quien “la teoría de la imputación jurídico-penal no es otra cosa que un desarrollo paso a paso de las implicaciones del concepto de acción libre”.

⁴⁰⁵ Véase, por ejemplo, ROBLES PLANAS, «La identidad de la dogmática jurídico-penal», en *ZIS* 2/2010, p. 134, quien, citando a Langer, sitúa en la identificación del fenómeno el primer paso de la explicación (y añadido: y construcción) conceptual.

CAPÍTULO TERCERO. LA NORMA DE COMPORTAMIENTO COMO PRESUPUESTO *META-TEÓRICO*

I. Introducción

Aquí se parte de la convicción de que toda propuesta de dogmática jurídico-penal ha de estar precedida necesariamente por una etapa en la que se hagan explícitos algunos presupuestos o premisas teóricas y, por qué no, filosóficas. Esta necesidad obedece a la prioridad explicativa o justificativa que poseerían tales conceptos. En este lugar interesa el concepto y las dimensiones de la norma jurídica de comportamiento; interés que en nuestra tradición continental recibe el nombre de «Teoría de las normas» (*Normentheorie*). Sin embargo, la tradición jurídico-penal continental que se ocupado de las normas desde un punto de vista teórico ha pasado por alto con cierta frecuencia —desconozco si conscientemente— las aportaciones que sobre el tema se vienen realizando no sólo desde la teoría del derecho, sino también desde la filosofía práctica en general⁴⁰⁶.

Este paso teórico y filosófico previo —que obviamente no tiene por qué estar comprometido con una tradición específica— no ha de desconocer, sin embargo, la naturaleza práctica de su objeto de estudio: las normas como enunciados de deber (*Sollensatz*) cuya pretensión es la de configurar acciones. En el contexto del derecho penal está bastante extendido tomar como premisa epistemológica la distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción. De esta forma se pretenden ordenar los elementos de la teoría del delito bajo el ámbito conceptual (analítico) y de legitimación que les son propios a una y otra clase de normas. Pero la idea de una teoría de las normas como “meta-teoría” trasciende parcialmente este punto de partida. Pretende abrir el terreno de la dogmática jurídico-penal para trabajar desde la teoría y filosofía jurídica (y, en general, práctica) el concepto clave de norma (pero también el de ‘responsabilidad’, ‘imputación’ o ‘persona’)⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ No puede compartirse, por tanto, el diagnóstico de Robles Planas según el cual la teoría de la norma está “menos evolucionada” en estos ámbitos de lo que lo está en la dogmática jurídico-penal (p. 35). Como trataré de defender, creo que, hasta cierto punto, son aproximaciones compatibles.

⁴⁰⁷ Con ello no pretende sostenerse que tal apertura de la dogmática jurídico-penal a reflexiones de la filosofía práctica, la teoría del derecho o la filosofía del lenguaje (o a otros campos como la criminología,

En lo que sigue trataré de ocuparme de los presupuestos teórico-jurídicos y filosóficos de las normas prácticas que, en mi opinión, deberían condicionar la discusión sobre las normas del derecho penal. Tales presupuestos bien podrían ser designados entonces como “condiciones de la normatividad”⁴⁰⁸. Antes de ello esbozaré lo que entiendo son algunos lugares comunes de la discusión en la doctrina jurídico-penal. Tales lugares ponen de manifiesto tanto el consenso alcanzado como la divergencia latente en torno al concepto de norma de comportamiento. Después, trataré de exponer los elementos de teoría del derecho que favorecen tomar postura en favor una de las concepciones en disputa. Seguidamente, intentaré proyectar los resultados de esa discusión sobre la teoría del delito para resolver, finalmente, la eventual necesidad conceptual de la figura de la incumbencia.

II. La teoría de las normas en el sistema de la teoría del delito

1. Normas de comportamiento y normas de sanción

Por extendida que esté, la distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción no es un lugar libre de discusión⁴⁰⁹. Antes bien, en el ámbito del derecho penal es posible identificar, como mínimo, cuatro concepciones distintas de las normas, que, sin embargo,

la psicología o las neurociencias) no pueda designarse ya como «dogmática jurídico-penal», sino precisamente que una dogmática jurídico-penal fructífera tiene que ser capaz de tal apertura.

⁴⁰⁸ Agradezco al profesor Alexander Aichele la ilustración sobre este punto durante las Jornadas *Normentheorie - Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik*, celebradas los días 26-28 de octubre de 2017 en Buttenheim (Alemania). Este autor se refiere a dos condiciones fundamentales de toda normatividad (práctica): contingencia de su eficacia (por oposición a necesidad) y futuro o posibilidad (por oposición a imposibilidad). Cuando hablamos de normatividad hacemos referencia, en este lugar, a la idea de vinculatoriedad del derecho. Puesto que la vinculación del ciudadano a la norma no es absoluta, son necesarias las reglas de imputación para medir hasta qué punto está el sujeto vinculado a la norma. Al respecto, sostiene KINDHÄUSER, *JRE*, 1994, p. 342: “la vinculación de los destinatarios de la norma no es total. El destinatario de una norma debe movilizar sus capacidades para cumplir la norma solo en la medida de lo suficiente para asegurar la estabilidad del orden de libertades”.

⁴⁰⁹ Cfr. HAFFKE, «El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal El significado de la distinción» (trad. Silva Sánchez), en Silva Sánchez (ed.) *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*, 1995, p. 129. Son legión los autores que desde Binding parten de esta distinción como premisa teórica o metodológica; sin ánimo de exhaustividad, véase, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 59 s.; EL MISMO, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 24, 30 ss., 40 ss.; KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 29 ss.; FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, pp. 80 ss.; VOGEL, *Norm*, pp. 27 ss.; ROXIN, *AT*, vol. I, 4ª ed., 2006, § 10/88 ss., § 24/4; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, pp. 54 ss.; PUPPE, «Vor § 13», *NK*, 2ª ed., 2005, nm. 154; AST, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik*, 2009, pp. 10 ss.; MIR PUIG, *PG*, pp. 67 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 505 ss., 589 ss.; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, pp. 189 ss.; MAÑALICH, *Nötigung*, pp. 23 ss.

comparten elementos comunes⁴¹⁰. El primero y más importante de estos elementos es, desde ya, la identificación y consideración de estas dos clases de normas como premisa sistemática.

Las leyes penales de la Parte Especial del Código Penal son enunciados jurídicos formulados en modo condicional, de manera tal que sólo si se da el antecedente procede aplicar el consecuente. En la estructura de estos enunciados legales el antecedente lo constituye un supuesto de hecho, mientras que el consecuente lo constituye una consecuencia jurídica, concretamente una sanción jurídico-penal. Del hecho de que sólo los jueces y tribunales ostenten el poder de imponer sanciones jurídico-penales se sigue que dichas normas se dirijan a aquéllos habilitándoles para la imposición de tales sanciones. De la previsión de una sanción reciben el nombre: son normas de sanción. En este sentido, las leyes penales se identifican con las normas de sanción. Pero si esto es así, el comportamiento delictivo, más que infringir las leyes penales, les da cumplimiento. Sabido es que ya Binding ironizó sobre este contrasentido y sugirió derivar una norma de comportamiento de la primera parte de la ley penal —esto es, del supuesto de hecho de la norma de sanción—, como entidad quebrantada que permitiera hablar de contrariedad del derecho (*Unrecht*)⁴¹¹. Es entonces de la formulación contradictoria del supuesto de hecho delictivo que se derivan las normas de comportamiento⁴¹². Y que esto sea así

⁴¹⁰ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad», *InDret Penal* 3/2014, pp. 5 ss.; similar, EL MISMO, *Aproximación*, pp. 584 ss., 678 ss. Sin embargo, no puede compartirse el diagnóstico efectuado por este autor cuando, sin discriminar en este punto entre planteamientos, señala que las teorías de la imputación, a diferencia de las teorías de la infracción de una norma, son “susceptibles de producir una *normativización* extrema”, “tienden” a ser menos “*subjetivistas*”, o a “producir sistemas –tendencialmente– más *abiertos*” (léase “contingentes”) (*Ibidem*, pp. 679 s., énfasis original). Prueba de que el diagnóstico es discutible (por contingente) sería la distancia que de facto existe entre la teoría de la imputación funcionalista (Jakobs, Pawlik) y la teoría de la imputación más (Kindhäuser) o menos (Hruschka) analítica. Aunque, ciertamente, creo que los verbos empleados por el autor indican que tampoco él acepta esas caracterizaciones como necesarias o distintivas de toda teoría del delito concebida como teoría de la imputación. En cambio, entiendo que el diagnóstico es absolutamente acertado para lo que Silva Sánchez denomina “teoría de la imputación de la defraudación de una expectativa normativa (social)” (*Ibidem*, p. 678).

⁴¹¹ Cfr. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. I, 3ª ed., 1916, pp. 35 ss., 42 s.; EL MISMO, *Handbuch des Strafrechts*, p. 155. En contra de esta derivación, véase los planteamientos monistas de KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, pp. 51 ss., 55 ss. 116 s.; SCHMIDHÄUSER, *Form und Gehalt der Strafgesetze*, 1988, pp. 36 ss., quien sostiene que el ordenamiento jurídico únicamente se dirige a los órganos del estado; LIPPOLD, *Reine Rechtslehre und Strafrechtsdogmatik*, 1989, pp. 104 ss.; HOYER *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann. Lebendiges und Totes in Kaufmanns Normentheorie*, 1996, pp. 42 ss.

⁴¹² KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 29. Esta relación entre norma y ley penal es la que un sector de la doctrina contemporánea establece entre norma primaria y norma secundaria. Sobre la influencia directa de autores como Bentham o Austin en la teoría de las normas de Binding, véase, por ejemplo, VIVES ANTÓN, *Fundamentos del Sistema Penal*, 2ª ed., 2010, p. 404. No advierte esa influencia, pero se refiere a estos

concede a las normas de sanción el estatus sistemático de criterio de reconocimiento de las normas de comportamiento.

Para Binding, la existencia de tales normas es conceptualmente previa a la ley penal. Ello es así porque la misma ley penal amenaza con una pena la infracción de una norma⁴¹³. La demostración de que efectivamente existe una norma y, por tanto, la posibilidad de que de alguna forma pueda ser inferida de la ley es, para Binding, lógicamente necesaria. A toda norma de sanción le corresponde pues una norma de comportamiento, cuya infracción imputable habilita la aplicación de la norma de sanción. A modo de eslogan: la realización de una conducta tiene prevista una sanción porque está prohibida su realización. A modo de eslogan: la realización de una conducta tiene prevista una sanción porque está prohibida su realización.

Pero la existencia de esa necesidad conceptual (como *prius* lógico) no significa que la derivación de la norma de comportamiento de la norma de sanción sea de carácter lógico⁴¹⁴, sino que la infracción de una norma es un paso lógicamente previo a la sanción de esa infracción. Por lo que hace a su derivabilidad, parece suficiente señalar que tiene sentido que de la norma de sanción derive otra norma que sea la que infrinja el ciudadano, y ello en la medida en que solo entonces tendrá también sentido reaccionar con una pena frente a ese comportamiento infractor⁴¹⁵. Con otras palabras: la aplicación de una norma de sanción presupone referirse a la infracción de una norma de comportamiento, lo que puede entenderse como una inferencia pragmática⁴¹⁶. Hasta aquí parece imperar cierto consenso teórico en el contexto de la dogmática penal.

Las normas de sanción establecen los presupuestos bajo las cuales es posible hacer responsable a una persona por su comportamiento. Esos presupuestos, presentes en el supuesto de hecho que sirven como condición (objetiva) de aplicabilidad de la norma de sanción, habrán de ser complementados por las reglas de imputación dispuestas en la

autores, RENZIOWSKI, «Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtslehre», en Dölling/Erb (eds.), *Festschrift für Karl Heinz Gössel*, 2002, pp. 3 ss.

⁴¹³ BINDING, *Die Normen*, pp. 42 s., 45.

⁴¹⁴ Véase, por ejemplo, HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, 2ª ed., 2002, pp. 212 ss.; extensamente, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, pp. 632 ss.; MIR PUIG, «Norma de determinación, valoración de la norma y tipo penal», en García Valdés *et al.* (coords.) *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, 2008, pp. 1315 s.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 510 s.

⁴¹⁵ Cfr. BINDING, *Die Normen*, p. 70.

⁴¹⁶ Así, MIR PUIG, *LH-Gimbernat*, p. 1316; VOGEL, *Norm*, p. 42; MAÑALICH, *Norma*, p. 18. Similar, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 509 ss., habla de una relación teleológica.

Parte General de los códigos penales⁴¹⁷. De este modo, la imposición de la pena requiere de la realización de un hecho típico imputable conforme a las reglas de la Parte General. Por tanto, el objeto de reproche penal se constituye a partir de la complementación entre las normas de sanción y las reglas de imputación⁴¹⁸. Esto es: las normas de comportamiento y su infracción son objeto de referencia de las normas de sanción⁴¹⁹. Por su parte, las normas de comportamiento se dirigen a los ciudadanos estableciendo un estándar de comportamiento jurídicamente correcto⁴²⁰. Esto es, tales normas fijan los comportamientos prohibidos, requeridos o permitidos, y se identifican con las normas cuya infracción imputable denominamos delito. El hecho de que se infieran de la condición de aplicación de la norma de sanción hace que exista absoluta homogeneidad semántica entre la descripción de tal condición y la descripción de la acción prohibida o requerida.

Con mayor o menor correspondencia lingüística, lo expuesto hasta ahora es compartido en general por gran parte de la doctrina penal. A partir de esta base común, surgen distintas formas de entender la teoría del delito a partir de distintas concepciones de las normas. Siguiendo la exposición que de la cuestión realiza Silva Sánchez, éstas podrían ser cuatro:

⁴¹⁷ Cfr. VOGEL, *Norm*, p. 27 s., 61 ss., con nota 35; DAN-COHEN, «Decision Rules and Conduct Rules: on Acoustic Separation in Criminal Law», *Harmful Thoughts*, pp. 39 s.; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, pp. 633 ss.; MAÑALICH, *Nötigung*, p. 35 ss., con nota 72.

⁴¹⁸ Subraya así la dimensión constitutiva (del hecho punible) de las normas de sanción, MAÑALICH, *Nötigung*, pp. 25 ss.

⁴¹⁹ VOGEL, *Norm*, p. 48; MAÑALICH, «Normas permisivas y deberes de tolerancia», *RChD*, 41 (473), p. 501; Kindhäuser, *Consentimiento*, p. 18. En palabras de SILVA SÁNCHEZ, «Directivas de conducta», *Normas y acciones en el Derecho penal*, 2003, p. 38: “La norma de sanción tiene, pues, como presupuesto, no sólo la infracción de una directiva de conducta, sino, también, la defraudación de una expectativa institucionalizada y, en fin, la no reestabilización de la referida expectativa”. Así, *infringir* la norma no supone, todavía, la defraudación de una expectativa, pues no es la norma lo que constituye una expectativa, sino su seguimiento; cfr., MAÑALICH, «La exculpación como categoría del razonamiento práctico», *InDret Penal* 1/2013, p. 2; ya antes, VOGEL, *Norm*, p. 76, cuando señala que el punto de referencia de la expectativa no es el comportamiento conforme a la norma en cuanto tal, sino la capacidad del autor para ello. De ahí que la mera infracción de una norma no sea suficiente para la imposición de una pena, sino que tal infracción ha de ser expresiva del cuestionamiento de la norma. La expectativa del seguimiento de la norma está puesta sobre todo ciudadano. Cuando un ciudadano defrauda esa expectativa, es decir, cuando no sigue la norma estando a su alcance seguirla, entonces no se comporta como ciudadano. La verificación de ese no-comportarse-como-ciudadano solo puede ser resultado de un juicio de imputación. La imputación jurídico-penal presupone, entonces, un concepto de persona. Y la imputación extraordinaria encuentra su fundamento en la expectativa de que el destinatario de la norma (ciudadano) se comporte de tal forma que se corresponda con el concepto de persona que subyace a las reglas de imputación ordinaria. Al respecto, extensamente, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, pp. 387 ss. Pero también Mañalich (al menos en la nota de *Nötigung*, p. 77).

⁴²⁰ Cfr. HART, *Concept*, pp. 38 s.; KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 13.

“(i) un concepto de norma, procedente de la filosofía analítica del lenguaje, entendido como prohibición de causación de una lesión o mandato de evitación de ésta; (ii) un concepto de norma como baremo de valoración (la norma de valoración o norma de derecho, procedente del neokantismo); (iii) un concepto de norma como directiva de conducta para imputables e inimputables (la norma de determinación como norma de conducta *à la Kaufmann*); y (iv) un concepto de norma como directiva de conducta (la norma de determinación, norma de deber o, de modo más sencillo, el deber) dirigida sólo a imputables, los únicos que podrían infringirla”⁴²¹.

Como vimos, el concepto de norma (i), desarrollado por Kindhäuser, Vogel o Mañalich, se distingue del concepto de “deber”. Ello permite hablar de “antinormatividad” de un comportamiento como instancia meramente objetiva y de “deber” solo en la medida en que el sujeto reconoce la norma como razón para la acción. Esta circunstancia acerca el uso de la norma (i) al uso de la norma (ii) como norma de valoración⁴²², pero también el uso de deber (i) con el uso de la norma (iii), o incluso el uso de la norma (iv), como norma de determinación.

No obstante, la clasificación ofrecida por Silva Sánchez puede ser reducida a dos concepciones de norma de comportamiento. Esta posibilidad obedece a la convicción de que afirmar una norma de comportamiento *à la Kaufmann* conduce coherentemente a la afirmación de una norma de comportamiento *à la Mir Puig* o *à la Freund*. Brevemente: puestos a personalizar la configuración de la norma de comportamiento, lo lógico sería personalizarla de manera absoluta. O, dicho de otro modo: siendo coherentes, las razones por las cuales personalizan la norma de comportamiento con la incorporación de la capacidad de acción servirían también para incorporar la capacidad de motivación. Por lo que las razones para oponerse a una de las concepciones (*à la Kaufmann*) son extensibles para oponerse a la otra de las concepciones (*à la Mir Puig* o *à la Freund*). Frente a esta concepción se sitúa entonces la propuesta por Kindhäuser. Es en torno a estas dos formas de concebir la norma jurídica de comportamiento que girará la indagación que sigue⁴²³.

⁴²¹ SILVA SÁNCHEZ, *InDret Penal* 3/2014, pp. 5 ss. Aquí se nota a faltar el modelo normativo de Hruschka, aunque su concepción de norma de comportamiento sea identificable en su dimensión prospectiva con la concepción (iii), y en su dimensión retrospectiva con la concepción (ii).

⁴²² Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 58, con notas 24 y 25; SILVA SÁNCHEZ, *InDret Penal* 3/2014, p. 6, nota 27; RENZIOWSKI, «Gegenstand der Norm» (en prensa).

⁴²³ Como metáfora que nos sirva a los efectos de simplificar el trabajo con ambas concepciones, designaremos la propuesta de Freund como “norma-total” y la propuesta de Kindhäuser como “norma objetiva”.

En los siguientes apartados tratará de articularse una defensa del modelo (i) de teoría de las normas. A la vez, tratará de advertirse los aspectos terminológicos que condicionan, sólo en cierta medida, la discusión. La idea será poner de relieve la necesidad que estimula a esta teoría a buscar una entidad normativa que dé cuenta de la punibilidad de acciones que no caen bajo el campo semántico de su concepción de norma de comportamiento. Entidad que, para algunos autores, podría recibir el nombre de “incumbencia” (*Obliegenheit*).

2. Normas de comportamiento y reglas de imputación

Como se ha visto, el hecho delictivo, como instancia que condiciona positivamente la aplicación de una norma de sanción, se reconstruye a partir de dos instrumentos: las normas de comportamiento y las reglas de imputación. En la primera parte vimos, además, que el origen de esta clasificación dual de normas o de reglas se encuentra en Hruschka⁴²⁴, quien, después de varios trabajos de renovación de categorías pertenecientes a las doctrinas clásicas de la imputación, consigue reconducir a estas dos clases de normas el aparato conceptual de la teoría del delito. Desde entonces, la distinción ha influido con distinta intensidad en la obra de otros autores, los cuales han venido reforzando con diferentes argumentos la necesidad de hablar de estas dos clases de normas⁴²⁵. En lo que sigue se ofrece brevemente una taxonomía de algunas buenas razones aportadas hasta el momento para la distinción. A continuación, se tratará de contribuir con otras dos buenas razones. Antes, sin embargo, es necesario efectuar alguna aclaración.

2.1. Relación entre norma de sanción y reglas de imputación subjetiva

La distinción entre normas de comportamiento y reglas de imputación no se corresponde de modo absoluto con la distinción que media entre norma de comportamiento y norma de sanción⁴²⁶. Es cierto que entre la norma de sanción y la regla de imputación existe

⁴²⁴ HRUSCHKA, *Rechtstheorie* (22), pp. 450 ss.

⁴²⁵ Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 13, 29; LESCH, *Verbrechensbegriff*, pp. 227 s.; MAÑALICH, *Nötigung*, pp. 25 ss.; RENZIKOWSKI, *Restriktiver*, pp. 23; TOEPEL, *Kausalität*, pp. 19 s.; VOGEL, *Norm*, pp. 57, 61 s., 304; DEHNE-NIEMANN, «Sorgfaltswidrigkeit und Risikoerhöhung», *GA* 2012, p. 97; JOERDEN, *FS-Roxin*, p. 599; PERRON, *Die Stellung*, pp. 75 s.; RÖDIG, *FS-Lange*, pp. 56 s. Advierte sobre el ascenso de esta corriente, SILVA SÁNCHEZ, *Medio siglo de dogmática penal alemana*, p. 66.

⁴²⁶ En este sentido ya, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, p. 393, nota 18, frente a lo mantenido por SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, pp. 26 ss., si bien el análisis que realiza Silva Sánchez en ese lugar tiene por objeto, fundamentalmente, la teoría de la imputación *à la* Jakobs.

cierta identidad de objeto de referencia. Así, ambas se refieren al comportamiento (objetivamente) contrario a la norma; de lo que se sigue que ambas tienen carácter retrospectivo y dependiente o secundario. Como se dijo, esto último se debe a que condición de aplicación de la norma de sanción es la infracción de una norma de comportamiento, cuyo carácter es primario. Y, del mismo modo, condición de aplicación de una regla de imputación es la existencia de un objeto que imputar. En este sentido, ambas clases de normas pertenecen a la categoría de normas secundarias o de adjudicación⁴²⁷.

Ahora bien, más allá de esta conexión objetiva (se refieren al comportamiento acaecido) y de carácter (son secundarias) se trata de entidades diferentes⁴²⁸. Además, mientras que la ubicación propia de las normas de sanción es la Parte Especial de los códigos penales, existe una propensión legislativa a disponer las reglas de imputación en la Parte General. Así, por ejemplo, cabe referirse a las reglas de los arts. 12, 14 (dolo, imprudencia, error) 20, 1º y 2º (capacidad de culpabilidad), 28 (autoría), 31.1 bis (reglas de imputación a persona jurídica) CP, entre otras. Ello obedece, fundamentalmente, a razones sistemáticas, en la medida en que tales reglas suelen ser de aplicación general a cualquier tipo delictivo de la Parte Especial.

Cuestión distinta es que las reglas de imputación caigan bajo el ámbito de legitimación de las normas de sanción. Dado que estas normas no están previstas para proteger directamente bienes jurídicos, lo propio de las normas de comportamiento, sino para definir los presupuestos bajo los cuales el eventual autor es razonable que responda por su comportamiento con pena, es posible afirmar que su ámbito de legitimación es el propio de las normas de sanción: la imposición de una pena justa. Sobre ello volveremos más adelante.

2.2. Razones para la distinción entre norma de comportamiento y regla de imputación

2.2.1. Razón teleológica

En tanto pertenecientes al conjunto de normas que conforman la intervención del derecho penal, ambas clases de normas son concebidas como el instrumental básico para dar

⁴²⁷ Así MAÑALICH, *ZIS* 11/2012, pp. 580 ss.

⁴²⁸ Véase, por ejemplo, VOGEL, *Norm*, p. 61; RUDOLPH, *Korrespondenzprinzip*, 31 s.; SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, p. 393, nota 18; MAÑALICH, *Nötigung*, p. 37, con nota 72.

cumplimiento a sus fines⁴²⁹. Fin de la norma de comportamiento es la protección de los bienes jurídicos por medio de la prescripción de la evitación de su lesión o puesta en peligro. Fin de las reglas de imputación es la atribución justa de responsabilidad penal.

2.2.2. Razón pragmática

Existen también razones pragmáticas para distinguir esta dualidad de normas. En este nivel, las normas jurídicas son el resultado del uso que hace el hablante de un enunciado jurídico. Así, cada clase de norma se identifica con un acto de habla distinto; la norma de comportamiento con el acto de habla “prescribir” y la regla de imputación con el acto de habla “adscribir”. El uso jurídico-*prescriptivo* del lenguaje lo lleva a cabo el legislador con el establecimiento de normas de comportamiento; mientras que el uso jurídico-*adscriptivo* del lenguaje lo realiza el juez en la determinación de la responsabilidad vía aplicación del derecho a la situación concreta⁴³⁰.

2.2.3. Diferentes destinatarios

Además, las normas de comportamiento se dirigen al ciudadano, pues es quien ha de tenerlas en cuenta y aplicarlas (practicarlas) para configurar su plan de acción. Mientras que las reglas de imputación se dirigen al aplicador del derecho, el cual se sirve de ellas para medir y emitir el juicio de imputación que fundamente la responsabilidad jurídica del autor.

⁴²⁹ Así, MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed. reimp., 2003, p. 29; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 505 ss. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, p. 207; SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, p. 395. Sobre el sentido político-criminal de la distinción, véase SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, p. 72, con referencias a DAN-COHEN, «Decision Rules and Conduct Rules: on Acoustic Separation in Criminal Law», *Harvard Law Review* 97, 1984, 3, pp. 625 y ss. Sobre la equiparación de este modelo con los pares “normas primarias/secundarias”, “normas de conducta/de sanción”, véase, SILVA SÁNCHEZ, «¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre teoría de las normas», en VV.AA., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid, 2001, pp. 559 ss.; en contra de una absoluta equiparación, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, p. 393, n. 18.

⁴³⁰ Ello no desconoce la posibilidad de que sea el sujeto imputante el que en virtud de su autonomía se dé (prescriba) normas como parte del proceso de autodeterminación, o se impute a sí mismo (auto-imputación). No es este, sin embargo, el plano discursivo que interesa aquí. De todas formas, podría hablarse de un proceso de «autonomización», en cuanto que el “destinatario de esta llega a hacer suyo el mensaje expresado en la norma, que carecerá de fuerza deóntica real si no se plasma en deber”, SÁNCHEZ-OSTIZ, *FS-Streng*, p. 6.

2.2.4. Razón lógica. El problema de la autorreferencialidad

El problema lógico al que lleva la autorreferencialidad de las normas es una de las razones que quizá más inquiete⁴³¹. El argumento suele formularse como sigue: una norma de comportamiento no puede indicar por sí misma —es decir, como parte de su contenido—, bajo qué condiciones el destinatario resulta obligado por ella, dado que, entonces, semejante norma estaría haciendo referencia a sí misma. Y que una norma se refiera a sí misma estableciendo los presupuestos de su propia infracción parece comportar problemas lógicos y de regreso al infinito.

Obviamente, es condición necesaria de la imputación de una infracción de la norma el haber conocido de su existencia. Pero conocer la norma no es contenido de la propia norma, de ahí que se necesite otra entidad para, en el caso de la infracción sin conocimiento, examinar en qué medida se es responsable de ese desconocimiento. Sobre ello volveremos más adelante.

3. Antinormatividad como no-correspondencia

Zu aller Gesetzgebung (sie mag nun innere oder äußere Handlungen, und diese, entweder a priori durch bloße Vernunft, oder durch die Willkür eines andern vorschreiben) gehören zwei Stücke: erstlich, ein Gesetz, welches die Handlung, die geschehen soll, objektiv als notwendig vorstellt, d.i. welches die Handlung zur Pflicht macht, zweitens, eine Triebfeder, welche den Bestimmungsgrund der Willkür zu dieser Handlung subjektiv mit der Vorstellung des Gesetzes verknüpft; mithin ist das zweite Stück dieses: daß das Gesetz die Pflicht zur Triebfeder macht. Durch das erstere wird die Handlung als Pflicht vorgestellt, welches ein bloßes theoretisches Erkenntnis der möglichen Bestimmung der Willkür, d.i. praktischer Regeln ist; durch das zweite wird die Verbindlichkeit, so zu handeln, mit einem Bestimmungsgrunde der Willkür überhaupt im Subjekte verbunden

(Kant, *Metaphysik der Sitten*, Ak. VI 218)

⁴³¹ Véase, HART, «Self-referring Laws», *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, reimpr., 1983, pp. 170 ss.; RAZ, *The Concept of Legal System*, 1970, pp. 23 s., 155; RÖDIG, «Zur Problematik des Verbrechensaufbaus», en Warda (ed.), *FS-Lange*, 1976, p. 58; JAKOBS, «Comportamiento evitable y sistema del Derecho penal», (trad. Cancio Meliá), en del mismo, *Estudios de Derecho penal*, 1997, p. 157; EL MISMO, «El concepto jurídico-penal de acción», (trad. Cancio Meliá), en del mismo, *Estudios de Derecho penal*, p. 123; KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 29, 39, 65, 147 ss.; SCHÜNEMANN, «La función de delimitación de injusto y culpabilidad», (trad. Suárez González), *LH-Roxin*, 1995, p. 224; VOGEL, *Norm*, pp. 41 ss.; JOSHI JUBERT, *LH-Gimbernat*, pp. 1097 s.; MAÑALICH, *Nötigung*, pp. 36 s., 43 ss.; PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 255.

Si las razones para la distinción entre una y otra clase de normas han de ser tomadas como válidas, entonces restaría por caracterizar todavía la norma de comportamiento que merece ser distinguida con propiedad de las reglas de imputación. Al respecto, en la primera parte del presente trabajo vimos que entre los autores que acuden a semejante distinción como premisa teórica de su modelo de atribución de responsabilidad existían discrepancias. Designar la antinormatividad como *no-correspondencia* significa concebir la norma de comportamiento como prohibición de producción o causación o requerimiento de evitación de producción o causación, según el carácter de la norma en cuestión. Primero, expondremos críticamente las objeciones que ha recibido esta concepción —y la consiguiente distinción con respecto a las reglas de imputación—, para después proponer ulteriores razones para su defensa.

3.1. Críticas a la concepción «objetiva» de la norma

Está ampliamente extendido el rechazo a la concepción “objetiva” de la antinormatividad, la cual postula una verificación *ex post* de ésta a partir de la correspondencia entre lo efectivamente acaecido y la descripción del correspondiente tipo delictivo⁴³².

La primera crítica que se formula es que las normas de comportamiento no prohíben la mera causación de resultados. No tiene sentido, se dice, pero tampoco sería legítimo, que ello fuera así. No tiene sentido porque las normas se dirigen a sujetos que actúan (agentes), que pueden adaptar su actuar a lo indicado por la norma; es decir, las normas pueden prohibir acciones, pero no resultados⁴³³. No es legítimo porque optar por una

⁴³² Concepción propuesta en el contexto contemporáneo por Kindhäuser, Vogel o Mañalich, entre otros. Véase, últimamente, PAWLIK, *Das Unrecht*, pp. 259 ss., 281, 302, entre muchas otras, donde, como vimos, distingue entre competencia (*Zuständigkeit*) e imputación (*Zurechnung*), y define el injusto criminal del ciudadano (el “único injusto”) como el “comportamiento contrario a la competencia imputable” (*zurechenbar-zuständigkeitswidrigen Verhalten*). Pues bien, la contrariedad a la competencia no es sino la contrariedad “objetiva” a la norma de comportamiento que surge de ella y que entonces se convierte en objeto de imputación. De hecho, son los propios roles sociales —y así ocurre también con las competencias— las entidades que operan como razones protegidas y excluyentes de otras razones; así, por ejemplo, RAZ, «Postscript. Rethinking exclusionary reasons», *Practical reason*, p. 196. Ello justifica el recurso de Pawlik a la distinción analítica entre normas de comportamiento y reglas de imputación (*ibidem*, pp. 255 s.), a pesar de que la haya relativizado con posterioridad (si bien, hasta donde alcanzo, no lo haga todavía por escrito, cfr. «Informes sobre la discusión», en PAWLIK, *Ciudadanía y derecho penal*, pp. 160 s.).

⁴³³ En Alemania, desde modelos bien distintos, Armin KAUFMANN, «Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht», *FS-Welzel*, pp. 395, 410 s.; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, 1973, p.; LÜDERSSEN, *FS-Bockelmann*, 1979, pp. 182 s.; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 33 ss., 71 s.; FREUND, *AT*, § 1, nm. 14 ss., § 2, nm. 24, 28 ss.; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 258; RUDOLPH, *Korrespondenzprinzip*, p. 48 s.; AST, *Normentheorie*, p. 63; en el mismo sentido, en España, MIR PUIG, *DP. PG.*, 4ª ed., 1996, p. XXIV, escribe: “la norma que prohíbe el hecho, como norma de conducta, no puede infringirse por el resultado, sino solo por la conducta”. Ya antes, EL MISMO, *Función de la pena y*

verificación *ex post* supondría, al mismo tiempo, renunciar a la norma como estándar de comportamiento que sirva a la motivación del causante. Es más, el resultado quedaría más allá del contexto de la norma, pues su acaecimiento sería, en última instancia, azaroso⁴³⁴. Pero, además, si la norma pretende ser un límite legítimo a la libertad de acción, ello solo puede tener lugar si para la verificación de la antinormatividad se toma como objeto la conducta *ex ante* desde la perspectiva del destinatario⁴³⁵. De ahí que, desde un prisma teleológico, se consideren algunas condiciones de imputación como una cuestión perteneciente al fin de la norma de comportamiento⁴³⁶ o, incluso, a su contenido⁴³⁷. Por su parte, desde una perspectiva sistemática, una equiparación consecuente entre contrariedad a la norma y contrariedad al tipo (objetivo) obliga a entender como antinormativas las acciones no prohibidas desde una perspectiva *ex ante* cuando acaece el resultado (riesgo permitido); o como no-antinormativas las acciones prohibidas desde una perspectiva *ex ante* cuando no acaece el resultado (tentativa)⁴³⁸.

La dificultad para aceptar una concepción objetiva de la antinormatividad se reduce, por tanto, a que en su establecimiento se prescindiría de las capacidades del sujeto, con todo lo que ello comporta. Siguiendo a estos autores, Robles Planas ha reclamado últimamente un mayor protagonismo para la categoría de la antinormatividad, destinada a definir el ámbito de la (anti)juridicidad. Para este autor (que cita en esto a Mir Puig y a Silva Sánchez), determinar la antinormatividad *ex post* “supone renunciar a indicar al ciudadano si su conducta está prohibida al momento de llevarla a cabo”⁴³⁹; y, de esta forma, renunciar a concebir la norma como directiva de conductas. En efecto, si la constatación de la antinormatividad se efectúa *ex post*, no es posible saber si el agente

teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 2ª ed., 1982, pp. 60 ss., 66 s.; SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, p. 367.

⁴³⁴ El resultado “jurídico” es considerado entonces una condición objetiva de punibilidad, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 153 ss.; FREUND, «Vor §§ 13 ss.», nm. 325, 327, 330, *Münchener Kommentar*. En el ámbito hispanohablante, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 684 s.; EL MISMO, *LH-Mir Puig*, pp. 886 ss., utiliza la expresión «antijuridicidad objetiva *ex post*»; SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva*, pp. 144 ss.; en contra, GALLAS, *FS-Bockelmann*, pp. 155 ss.; SCHÜNEMANN, *FS-Schaffstein*, pp. 171 ss.; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981, pp. 24 ss.; ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, p. 102.

⁴³⁵ FREUND, *Erfolgsdelikt*, pp. 56 ss., 122 ss.

⁴³⁶ *Ibidem*, p. 121 s. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 678.

⁴³⁷ Cfr. Murmann, pp. 123 ss.; Rostalski, GA 2016, pp. 77 ss.

⁴³⁸ Cfr. KUHLEN, «Besprechung von Kindhäuser», GA, 1990, p. 480; FREUND, AT, 2ª ed., 2009, § 2/25 ss.; RENZIKOWSKI, *Restriktiver*, pp. 255 ss.; COCA VILA, *Colisión de deberes*, p. 156, nota 132. Hasta donde alcanzo, no se han formulado nuevas objeciones a las tempranas y brevemente formuladas por Kuhlen en el trabajo referido.

⁴³⁹ ROBLES PLANAS, «Estudio preliminar»; COCA VILA, *Colisión de deberes*, p. 156, nota 132, con ulteriores referencias.

pudo adaptar su comportamiento a la norma, y es sobre la base de la posibilidad de adaptar el comportamiento a la norma que, según tales autores, merece un comportamiento la designación de antinormativo. De hecho, sólo parece posible hablar de norma como prescripción si existe “un destinatario capaz de seguir la norma”⁴⁴⁰. Además —continúa—, esta forma de proceder identificaría la norma con el “estado de cosas deseado por el legislador”, lo que no es propiamente una norma sino una valoración⁴⁴¹.

También suele esgrimirse en defensa del modelo de la norma-total que éste sólo pretende “vincular la legitimación de la norma a sus condiciones de eficacia”⁴⁴², siendo ello algo distinto a que la norma de comportamiento contenga la regla que establece cuando es infringida, esto es, los criterios de imputación. Tales criterios —continúa— “son tenidos en cuenta antes de cumplir la norma, de modo que a quien no es capaz no se le dirige norma alguna”⁴⁴³. Se pretende así poner de manifiesto la necesaria comunicación de las condiciones de legitimación de la norma con las condiciones de infracción (imputación) de la norma. Y de ahí concluyen que una norma de comportamiento es, junto a otros contenidos, sus condiciones de legitimación (es decir, condiciones de infracción o imputación), lo que, de nuevo, implica afirmar que conceptualmente no existe norma de comportamiento si no se dan tales condiciones⁴⁴⁴. Dicho de otro modo: que la formación de la norma requiere siempre una prestación de la persona particular en una situación concreta⁴⁴⁵.

En fin, las críticas son formuladas, sobre todo, desde la teoría del injusto personal y el concepto de norma de comportamiento acogido por ésta⁴⁴⁶. Ello cobra sentido en la medida en que, si se reconoce el injusto penal como la infracción de una norma jurídica de comportamiento, y semejante injusto es de carácter personal, entonces la norma que se vea infringida también habrá de tener el carácter de personal. Por tanto, si el injusto de carácter personal presupone tener en cuenta más o menos elementos subjetivos del

⁴⁴⁰ *Ibidem*.

⁴⁴¹ *Ibidem*; véase, también, COCA VILA, *Colisión de deberes*, p. 156, nota 132, quien se refiere a un “mero indicio” acerca de la expectativa del legislador.

⁴⁴² COCA VILA, *Colisión de deberes*, p. 157, nota 132.

⁴⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴⁴ Si bien, el propio COCA VILA, *Colisión de deberes*, p. 157, nota 132, distingue un “contenido objetivo de la norma abstracta” del “auténtico deber”.

⁴⁴⁵ ROSTALSKI, *GA* 2016, 77, con nota 17; FREUND, *GA* 2014, pp. 137, 147; EL MISMO, *GA* 1991, pp. 387, 396 ss.; JAKOBS, *AT*, 9/12; v. RENZIKOWSKI, *Restriktiver*, 237.

⁴⁴⁶ Así, además, SCHUMANN, H./SCHUMANN, A., «Objektive Zurechnung auf der Grundlage der personalen Unrechtslehre?», en Hettinger et al. (coords.), *FS-Küper*, p. 546; MURMANN, «Zur Berücksichtigung besonderer Kenntnisse, Fähigkeiten und Absichten bei der Verhaltensnormkonturierung», en Putzke et al. (coords.), *Strafrecht zwischen System und Telos. FS-Herzberg*, 2008.

eventual autor concreto, tales como sus conocimientos y capacidades —incluso las que subyacen a la culpabilidad—, estos elementos deberán conformar ya la norma de comportamiento. De lo que se sigue, sin riesgo a exagerar, que hay tantas normas de comportamiento como personas destinatarias. Dicho de otro modo: que la *existencia* de normas de comportamiento depende de las capacidades del concreto destinatario. Lo que, como veremos, supone un grave error conceptual⁴⁴⁷. Pues precisamente, el injusto personal se constituye a partir de la articulación de dos clases de normas que ofrecen respuesta a dos cuestiones bien distintas.

3.2. Respuestas a las críticas y algunas contra-críticas

A las críticas recién esbozadas subyace una preocupación que obedece fundamentalmente a cuestiones de legitimidad, pero también a cuestiones sistemáticas. Si bien semejante preocupación es, *a priori*, absolutamente válida y procedente, la misma parece pasar por alto que la propuesta de una concepción «objetiva» de norma de comportamiento es, ante todo, de carácter conceptual. Pues de la adopción del modelo analítico no se sigue ni una injusta incriminación de conductas (meras causaciones o comportamiento dentro del límite de lo permitido), ni que el sujeto a quien le resulte aplicable una norma no le sea posible orientarse conforme a ella. Es decir, no es un modelo que conduzca a una aplicación ilegítima del derecho⁴⁴⁸. De hecho, los resultados prácticos (normativos) de uno y otro modelo seguramente sean los mismos. La distinción entre ambos es, más bien, de tipo conceptual⁴⁴⁹. Y esto significa que la discusión debería estar ubicada en un plano

⁴⁴⁷ Las situaciones en las que el sujeto destinatario no es consciente de la posibilidad concreta de que su comportamiento sea contrario a una norma de comportamiento, esto es, los casos de error de prohibición son un claro ejemplo de que la norma existe independientemente del reconocimiento de esta por parte de su autor. Ello, sin embargo, no desconoce que, como apuntara BINDING, *Culpabilidad*, p. 24: “habrá tantas formas de infracción de deber como deberes jurídicos se impongan a un ser humano, ni más, ni menos” (énfasis añadido).

⁴⁴⁸ Ello no constituye, por tanto, un ejemplo de lo que lleva Johannes Nagler a concluir la indispensabilidad práctica de un análisis objetivo no obstante admitir —al hilo de la pugna entre Hold von Ferneck y August Thon— el triunfo lógico de las primeras posturas —siquiera sobre el papel— y la verdad —sobre la realidad— en las segundas. Es decir, no hay, en este caso, peligro en el triunfo de la lógica frente a la verdad, Cfr. NAGLER, «Der heutige Stand...», cit., p. 336; véase también, ROXIN, *AT*, §7/79. Advierte de este peligro también HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, 1984, p. 14, en referencia a conclusiones “lógicamente impecables y político-criminalmente aberrantes”. Esta tensión entre soluciones lógicas y corrección político-criminal se aprecia claramente en la evolución de la concepción de injusto de Mir Puig, partidario de una los argumentos normológicos, por un lado, y consciente de la necesidad político-criminal del principio de lesividad, por el otro.

⁴⁴⁹ Es por esta razón que entiendo que, si en lugar de “antinormatividad” (“*Normwidrigkeit*”) el modelo de Freund hablará de “antijuridicidad” (“*Rechtswidrigkeit*”), entonces el modelo de Kindhäuser no tendría problema en aceptar el modelo de Freund en la medida en que el sujeto sí tendría elección. A la inversa, si el modelo de Kindhäuser distinguiera entre una antinormatividad, de índole formal, y una antinormatividad material, no creo que el modelo de Freund tuviera reparos en aceptar semejante terminología.

teórico, concretamente de corrección conceptual y rendimiento explicativo. En este sentido, el modelo propuesto por Kindhäuser, Vogel y Mañalich favorece, en mi opinión, una descomposición más nítida de los problemas normativos a los que se enfrenta la interpretación de la acción humana relevante para el derecho penal. Aunque también es cierto que, desde una perspectiva sistemática, tal propuesta habrá de conseguir ordenar de manera coherente el resto de los conceptos y categorías intra-sistémicas a la teoría del delito⁴⁵⁰.

En primer lugar, determinar el contenido de la norma desde la perspectiva del destinatario (concepción, por oposición, “subjetiva”) imposibilitaría el establecimiento de estándares de corrección capaces de distinguir entre comportamientos normativamente correctos e incorrectos, algo irrenunciable para la propia función de determinación de la norma⁴⁵¹. Y esta cuestión sobre la correspondencia entre un comportamiento y una norma, es decir, sobre la corrección o incorrección de un comportamiento, es diferente de la cuestión sobre la posibilidad de seguimiento de la norma⁴⁵² o sobre el significado que un sujeto da a su comportamiento. Por tanto, no se renuncia a los efectos orientadores de las normas, sino que, para determinar si la norma ha operado como razón o motivo del actuar, es decir, si ha podido orientar, es necesario dar un paso más que no viene contenido en la misma norma, sino que requiere de la consideración de las capacidades del concreto agente. Por ello, el hecho de que un sujeto no sea consciente de norma alguna no muestra que no exista una norma. Si las normas deben servir para guiar y valorar la conducta, entonces aquéllas no pueden depender de lo que uno crea acerca de la existencia de una norma. Ha de diferenciarse entonces entre el *contenido* semántico de la norma del *efecto* que puede o pretende producir (significación pragmática)⁴⁵³.

⁴⁵⁰ En este sentido, véase, por ejemplo, la crítica formulada recientemente por Renzikowski contra el modelo de Kindhäuser y su explicación de la tentativa, en RENZIKOWSKI, «Gegenstand der Norm»; para una propuesta de estructuración de la tentativa bajo el modelo analítico, véase, MAÑALICH, «La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica», en *RChD* 44, 2017, pp. 461 ss.

⁴⁵¹ MAÑALICH, *Nötigung*, p. 44 s. Ya antes, SCHÜNEMANN, *LH-Roxin*, p. 224; JOSHI JUBERT, *LH-Gimbernat*, pp. 1090 ss.; RENZIKOWSKI, «vor § 13», en *Matt/Renzikowski-StGB*, nm. 39 s., p. 99. Desde la filosofía del derecho, por ejemplo, RAZ, *Practical Reason*, p. 17.

⁴⁵² MAÑALICH, *Nötigung*, p. 44, con referencia (nota 103) y posicionamiento a favor de la noción “lenguaje privado” del (“segundo”) Wittgenstein bajo el prisma interpretativo propuesto por Kripke. Ya antes, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 42 s.; VOGEL, *Norm*, pp. 35 ss. Además, véase la crítica al relativismo de Freund, en MAÑALICH, *Nötigung*, p. 46, nota 110.

⁴⁵³ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 169; VOGEL, *Norm*, p. 55; BURKHARDT, «Conducta típica y perspectiva *ex ante*. A la vez una aportación contra la “confusión de lo objetivo y lo subjetivo”», (trad. Pastor Muñoz), en Wolter/Freund (eds.), *El sistema integral del derecho penal*, 2004, pp. 153 ss.; MAÑALICH, *Nötigung*, pp. 59 s.

Hay que distinguir entre la *comprobación* de la satisfacción de la antinormatividad de una acción y la *existencia* de una acción antinormativa. Lo primero es una cuestión epistémica que, por su naturaleza, solo puede afirmarse una vez que ha tenido lugar la acción. Lo segundo es, si se quiere, una cuestión ontológica. Un comportamiento no *es* antinormativo *per se*, sino solo bajo una determinada descripción. Por tanto, que las propiedades de un comportamiento concreto encajan con las propiedades de un comportamiento tipo de una descripción (típica) ha de *comprobarse* necesariamente —de nuevo, por razones epistémicas— *ex post*⁴⁵⁴. Pero ello nada dice acerca de que la antinormatividad *exista*, o haya de hacerlo, *ex post* o *ex ante*; antes bien, una “determinada forma de comportamiento no se prohíbe *ex post* o *ex ante*, sino que se prohíbe (o no se prohíbe) *simpliciter*”⁴⁵⁵.

Esto viene favorecido por la propia estructura de las normas prácticas, a partir de la cual podemos distinguir entre un elemento semántico, que identifica la descripción de una acción, y un elemento pragmático, identificado por el operador deóntico referido a esa acción. Así, que toda norma práctica se dirija a la configuración de acciones, es decir, al futuro, no es un obstáculo para la constatación de carácter epistemológico —por tanto, *ex post facto*—, según la cual una acción en cuestión se corresponde o no con la acción tipo (genérica, si se quiere) que figura descrita en la norma.

La reconstrucción que hace este modelo de la constatación de la antinormatividad no lleva consigo todavía la consideración del destinatario concreto (por lo que tampoco acarrea reproche personal alguno que haya de legitimarse), sino que se considera a un destinatario cualquiera; o, dicho de otro modo: no se considera destinatario alguno. Esto deja sin razón las objeciones formuladas desde las categorías de la inevitabilidad o el riesgo permitido, cuestiones evaluadas por este modelo en un siguiente nivel —el de infracción de deber— donde es de aplicación el principio “deber implica poder”. Es decir, que de la norma general al deber particular (situacional) existe un paso, y es el sujeto agente en su ejercicio de deliberación práctica, es decir, en la aplicación de una norma a su actuar, a quien incumbe generar ese paso⁴⁵⁶. La posibilidad de seguimiento de la norma dependerá de

⁴⁵⁴ Cfr. VOGEL, *Norm*, p. 121.

⁴⁵⁵ MAÑALICH, *REJ*, p. 183. Este modelo puede denominarse “causalista” desde un prisma metodológico, pero no teórico.

⁴⁵⁶ En este sentido, también, SÁNCHEZ-OSTIZ, *InDret Penal* 1/2015, pp. 23 s.; COCA VILA, *Colisión de deberes*, p. 157, nota 132, para quien “el contenido objetivo de la norma abstracta solo se transforma en prescriptivo, en auténtico deber, frente a quienes están en condiciones de cumplir lo que se manda”. Sobre ello, ya WELZEL, *Das neue Bild*, p. 43; Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik*, pp. 25 ss.; EL MISMO, *Teoría de las normas*, pp. 185, 166, nota 122 citando a Welzel; JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972,

que ésta haya podido ser reconocida de modo eficaz para la acción en el momento de tomar la decisión, es decir, *ex ante*⁴⁵⁷. Mezclar ambas cuestiones supone confundir en un mismo acto el contenido y la función de la norma⁴⁵⁸. Pero también, como veremos, con ello quedan involucradas dos dimensiones diferentes que caracterizan a las normas, como son su validez jurídica y su eficacia.

Si, a pesar de ello, se sigue manteniendo que el juicio de antinormatividad depende de cierta capacidad de seguimiento de la norma, entonces habrá de guardarse coherencia con este postulado y aceptar que sólo es posible hablar de norma —y antinormatividad— cuando hayamos verificado de manera absoluta la capacidad del sujeto para seguir la norma. Es decir, por relación normativa habría que entender una relación normativa definitiva, que ya no pudiera ser revocable. Ello significa que, si por antinormatividad entendemos infracción de la norma de comportamiento, entonces tenemos que ser capaces de afirmar al mismo tiempo que ya en la antinormatividad se dan todos los presupuestos para que el sujeto hubiera podido cumplir con la norma de comportamiento. Y esta consecuencia imposibilitaría hablar, en términos conceptuales, de un injusto no culpable⁴⁵⁹. Así entendido, el delito es *sólo* infracción de una norma. Y si bien tal

pp. 64 ss. En expresión de MAÑALICH, *Norma*, p. 27, “transformar la norma -en tanto razón externa- en motivo” (énfasis original).

⁴⁵⁷ MAÑALICH, *Nötigung*, p. 45. VOGEL, *Norm*, p. 55 s.

⁴⁵⁸ MAÑALICH, *Nötigung*, pp. 43 ss.; EL MISMO, *Norma*, pp. 19 ss., y nota 13.

⁴⁵⁹ En el mismo sentido, LAMPE, *Das personale Unrecht*, p. 254; fundamental, MIR PUIG, «Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal», en *ADPCP* I, 1994, p. 7; EL MISMO, *LH-Gimbernat*, II, 2008, pp. 1312 ss.; SCHÜNEMANN, *LH-Roxin*, p. 224, sostiene que introducir el conocimiento de la antijuridicidad como presupuesto de lo injusto implicaría integrar toda la inimputabilidad en el mismo, ya que tiene “la misma validez en todas las causas de exclusión de la culpabilidad”; además, se evidencia la imposibilidad lógica de formular una norma que a la vez quede condicionada por su conocimiento, pues de lo contrario la norma perdería su obligatoriedad siempre que se alegase el desconocimiento; también, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, pp. 494, 536 ss., 561 (entre muchas), quien, en referencia al finalismo, pero en expresión vigente, califica esta visión como “el adulterio de la norma directiva de conducta”, atribuyéndole la permanente inestabilidad de la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad al no existir acuerdo sobre los límites de la subjetivación del injusto; PEÑARANDA RAMOS, «Función de la pena...», cit., p. 408, apunta: “una concepción imperativa de las normas de conducta impulsa una unificación «hacia arriba», desplazando progresivamente elementos desde la culpabilidad hacia el injusto”; SILVA SÁNCHEZ, «¿Directivas de conducta..?», p. 34, en referencia a las concepciones imperativas de la norma primaria y a las consecuencias sistemáticas que de ello debiera derivarse sugiere, con una metáfora histórica, que ello supondría “desandar el camino seguido por Armin Kaufmann en su distanciamiento de Binding”; EL MISMO, *Aproximación*, pp. 620 ss.; FREUND, *AT*, § 4/73 y ss., requiere para la presencia del comportamiento defectuoso la incorporación de la imputabilidad al injusto, pero no en cambio el error de prohibición, sin perjuicio de que tampoco frente a este último se pueda reaccionar con la pena (§ 4/60 y ss.). Recientemente, COCA VILA, *Colisión de deberes*, p. 155 s., advierte que “una concepción *coherente* de la norma de comportamiento como imperativo exige tomar en consideración en el momento de su legitimación *todos* sus presupuestos de eficacia por igual” (énfasis añadido).

definición tiene un innegable valor metafórico, con ella se pierde de vista las diferentes operaciones que tienen lugar en la reconstrucción del hecho punible.

Además, entiendo que no es posible distinguir aquí la “norma” del “estado de cosas deseado por el legislador”. Es decir, es absolutamente concebible el recurso, de nuevo metafórico, al “deseo del legislador”⁴⁶⁰, pero cuando tal deseo es promulgado como ley, entonces el deseo cobra otra dimensión. Ya no es deseo, sino ley, norma vigente. Y de esta ley extraemos desde Binding un estándar o criterio de comportamiento al que designamos “norma de comportamiento”. Y es obvio que toda norma emitida por el legislador lleva implícita, como es sabido y bien señala Robles Planas, una regla distributiva⁴⁶¹. Pero esa valoración *es* ya norma, no deseo⁴⁶². Por lo que puede existir una antinormatividad entendida como no-correspondencia entre lo acaecido y la descripción típica que, si se quiere, contradiga, al mismo tiempo, las razones subyacentes *qua* “deseos del legislador”⁴⁶³. Pero entiendo que no es correcto tratarlo como una sucesión ordenada de pasos, sino más bien como una unidad de acto en la que el legislador con la creación de los tipos delictivos de la Parte Especial penal constituye, a su vez, la ley, la norma de comportamiento, la valoración positiva del bien jurídico y la valoración negativa del comportamiento que lesiona el bien jurídico⁴⁶⁴. Lo único que variaría entonces es el distinto modo del operador normativo (deontológico frente a axiológico), pero no el contenido proposicional de los enunciados, esto es, la descripción del comportamiento

⁴⁶⁰ Véase, por ejemplo, LAMPE, *Das personale Unrecht*, p. 103.

⁴⁶¹ Cfr. ROBLES PLANAS, «Balance y perspectiva propia», en Frisch/Robles, *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, 2006, pp. 98 s. A mi juicio, una distribución definitiva (por oposición a formal) de espacios de libertad habrá de tener en cuenta el principio de autorresponsabilidad, aplicado tanto al autor como a la víctima, concretado entonces después de la operación de imputación de primer nivel (injusto), es decir, una vez imputada la infracción de deber (autor) y excluida la intervención responsable en el hecho por parte de la víctima. Esto implica entender que los *deberes* que recaen formalmente sobre la persona le vinculan en la medida de su posibilidad. Esto es, la propia adscripción de responsabilidad parece llevar implícita una regla de distribución. Así, GÜNTHER, *Schuld*, pp. 105 ss. Sin embargo, la solución distributiva implícita en las normas de comportamiento sólo se expresa en el establecimiento de qué es correcto y qué es incorrecto hacer (perspectiva deontica) y esto no puede verse afectado por las capacidades situacionales del sujeto para realizar lo correcto o lo incorrecto. Estas capacidades situacionales (las que se espera sean ejercitadas en el nivel del injusto) sólo condicionan la medida en que el sujeto queda vinculado por la norma en tanto esquema de distribución.

⁴⁶² Así, MIR PUIG, *Introducción*, p. 45; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, pp. 237 ss.

⁴⁶³ Como “deseo del legislador” cabría entender —por ejemplo, aunque no sólo—, las Exposiciones de Motivos de las leyes, pues en ellas es frecuente encontrar juicios de valor que expresan las razones (deseos) del legislador. Aunque no es necesario que la infracción de una norma contraríe, a su vez, las razones que subyacen a esa norma.

⁴⁶⁴ Cfr. VOGEL, *Norm*, p. 44.

debido o bueno⁴⁶⁵, el estatus normativo de la acción cuya omisión o ejecución es jurídicamente exigida⁴⁶⁶. Y, por eso mismo, un comportamiento que no se corresponde con una norma de valoración necesariamente no se corresponde con la norma de determinación⁴⁶⁷.

Por tanto, no se rechaza que las normas jurídicas de comportamiento puedan desempeñar tanto una función valorativa (distribución de esferas jurídicas) como una orientadora de comportamientos (motivación normativa). Son *funciones* presentes en la dinámica de una misma norma⁴⁶⁸. Pero cuando se afirma que una clase de acción o un estado de cosas están jurídicamente desvalorados (“X está desvalorado”), se está afirmando, a la vez, que esa acción o ese estado de cosas no debe realizarse (“X no debe realizarse”)⁴⁶⁹. Pues no parece ser coherente aseverar, por un lado, que “X está jurídicamente desvalorado”, y, por el otro, que “X no está jurídicamente prohibido”. Así pues, cuando el legislador vía promulgación de una norma impone un valor positivo o negativo —un estatus normativo— a una acción o a un estado de cosas, ello significa afirmar que existe una razón para considerar justificado o injustificado (respectivamente) realizar tal acción o procurar tal estado de cosas⁴⁷⁰. Si se quiere, el legislador pretendería, por medio de juicios jurídico-valorativos, determinar (prescribir) conductas. Y los juicios jurídico-valorativos que emite el legislador al crear el derecho son, en realidad, normas jurídicas. Cuestión distinta es, como veremos, la determinación del alcance del elemento orientativo de la norma.

En esta línea cabe entender, a mi juicio, la propuesta de reconstrucción de la regla de obligación hartiana que efectúa Mañalich⁴⁷¹. Según este autor, la estructura pragmático-

⁴⁶⁵ KAUFMANN, *Lebendiges*, p. 75; VOGEL, *Norm*, p. 46, y nota 108, donde cita a BINDING, *Normen*, vol. II, p. 128. Todo ello no desconoce que la existencia de las normas entendidas como normas de determinación requiere de los estados intencionales (intenciones) de la autoridad normativa.

⁴⁶⁶ MAÑALICH, *ZIS*, pp. 583 s.

⁴⁶⁷ Así, KAUFMANN, *Lebendiges*, pp. 78, 82 s.

⁴⁶⁸ Así, Armin, KAUFFMANN, *Lebendiges*, pp. 75 ss.; KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 58; RENZIOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, pp. 238 s.; VOGEL, *Norm*, p. 46; AST, *Normentheorie*, pp. 16 ss.

⁴⁶⁹ En el ámbito de los juicios morales, véase, por ejemplo, HARE, *El lenguaje de la moral* (trad. G.R. Carrió y E.A. Rabossi), 1975, pp. 168 s., quien afirma que “un juicio moral tiene que ser tal que si una persona lo asiente, tiene que asentir también alguna oración imperativa derivable de dicho juicio”; véase también, HIERRO, *Análisis del lenguaje moral*, p. 90, quien señala que los juicios valorativos tienen como función típica la de prescribir o guiar la conducta; HOERSTER, «Ética jurídica sin metafísica», en Rodolfo Vázquez (comp.), *Derecho y moral*, 1998, pp. 226 ss., apunta que “los enunciados sobre valores y normas tienen como contenido el que *debe* aspirarse a determinados objetos, es decir, deben realizarse determinadas acciones”. En contra, NINO, «¿Son prescripciones los juicios de valor?», en el mismo, *La validez del derecho*, 1985, pp. 122 s.

⁴⁷⁰ Así, ATIENZA/RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho*, p. 161.

⁴⁷¹ Cfr. MAÑALICH, *ZIS* 11/2012, pp. 582 ss.

lingüística de la promulgación de una regla de obligación consiste en la conjunción *derivativa* de dos actos de habla distintos. Así, apoyándose en la noción de «estatus-función» de Searle⁴⁷², en la promulgación de una norma por parte del legislador se trataría de la imposición de un *estatus* deóntico sobre una acción de cierta clase⁴⁷³. A este acto de habla declarativo le sigue la *función* que de él se deriva, concretamente, proveer una razón para la omisión o ejecución de una cierta clase de acción. De esta forma se obtiene como resultado la fuerza ilocutiva propia de un acto de habla directivo. Sin embargo, a mi modo de ver, en este punto sería más correcto afirmar que el estatus que se impone por la vía declarativa consiste, no en un estatus deóntico —como sugiere Mañalich—, sino en un estatus axiológico. Es decir, por la vía de imponer un determinado estatus a una clase de acción el legislador estaría declarando el valor de un determinado bien jurídico y el desvalor de las acciones que *causan* —no a las que se les puede imputar— un estado que afecta negativamente a ese bien jurídico. Y es por la vía derivativa de la imposición de ese estatus que podemos afirmar, siguiendo a Searle, que la imposición de semejante estatus conlleva determinada «fuerza deóntica» (*«deontic power»*)⁴⁷⁴.

De ahí que tampoco pueda compartirse la afirmación de Molina Fernández cuando, sin distinguir entre la concepción de Hruschka y la de Kindhäuser, afirma que la concepción de norma de comportamiento de tales autores no es en realidad una norma de comportamiento, en la medida en que no hace referencia a un deber jurídico, sino que más bien actuaría como una regla de valoración objetiva del hecho⁴⁷⁵.

3.3. ¿Una mera cuestión terminológica?

Se considera la posibilidad de que a la discusión generada en torno las dos concepciones de norma objeto de análisis subyazca una mera divergencia terminológica sin consecuencias prácticas⁴⁷⁶. Favorecer esta interpretación supone aceptar cumulativamente dos hipótesis: la primera, trivial, que se está haciendo referencia a una misma realidad con dos términos (expresiones) diferentes entre sí; la segunda, que el

⁴⁷² Sobre esta noción habremos de volver brevemente al tratar el concepto de persona.

⁴⁷³ MAÑALICH, *ZIS* 11/2012, p. 584.

⁴⁷⁴ Cfr. SEARLE, *Making the Social World*, pp. 8 s.

⁴⁷⁵ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, pp. 615 s., nota 12.

⁴⁷⁶ En este sentido, véase, últimamente, ROSTALSKI, «Normentheorie und Fahrlässigkeit. Zur Fahrlässigkeit als Grundform des Verhaltensnormverstoßes», *GA* 2016, p. 76, notas 13 y 17, para quien la distinción con el modelo propuesto por Kindhäuser es relativa. En contra, también recientemente, ROBLES PLANAS, «Estudio preliminar», p. 31. Subraya la importancia de la construcción teórica de los modelos (y, por tanto, la elección de los términos), aunque se obtengan los mismos resultados, FREUND, *Erfolgsdelikt*, p. 121.

empleo indistinto de esos dos términos en nada altera el resultado o las consecuencias de su uso. Esto último implica entender que los términos usados son *meros* vocablos o expresiones cuya utilización no genera consecuencias, tampoco (intra)sistemáticas o de ordenación. La verificación de ambas hipótesis, que habrá de confirmar si nos encontramos ante una mera cuestión terminológica, se plantea básicamente en relación con las expresiones “(infracción de la) norma de comportamiento” (*Verhaltensnorm-verstoß*), tal como la usa Freund, e “(infracción de) deber” (*Pflicht-verletzung*), tal como la usa Kindhäuser. Si la conclusión es afirmativa, entonces no queda más que aplicar un principio de tolerancia para con las formas lingüísticas.

En cuanto a la primera hipótesis, todo parece indicar que, en efecto, se estarían utilizando dos términos diferentes para referir un mismo objeto⁴⁷⁷. La “norma de comportamiento” à la Freund y el “deber de acción” à la Kindhäuser designan la prohibición o mandato individualizado para una situación concreta⁴⁷⁸. Ambas expresiones presuponen la presencia en el sujeto destinatario de ciertas *capacidades* (físicas y cognitivas) de actuar conforme a tales exigencias, lo que suele formularse con el principio *ultra posse nemo obligatur*⁴⁷⁹. Y aunque a diferencia de Kindhäuser, Freund requiere la consciencia de la prohibición ya en este nivel del injusto —lo que, como sabemos, le dificulta para afirmar de un injusto no culpable—, para ambos la infracción de las entidades normativas representadas por semejantes expresiones es la que conforma el injusto de la acción (personal). Esto es, el injusto que toma en cuenta la perspectiva del agente es infracción de la norma de comportamiento, para Freund, e infracción de deber, según, Kindhäuser. Por tanto, ha de verificarse la primera hipótesis: se *dice* lo mismo a través de dos expresiones distintas.

Por lo que hace a la segunda de las hipótesis, surgen, sin embargo, varias dificultades en uno y otro modelo. Si en el modelo de Kindhäuser al deber precede como fundamento una norma de comportamiento, ¿qué precede a la norma de comportamiento en el modelo de Freund? O, expresado de otro modo: ¿Dónde encuentra semejante norma su

⁴⁷⁷ Cfr. ROSTALSKI, *GA* 2016, pp. 77 ss.: “infracción de la norma de comportamiento como prohibición o mandato individual frente a una persona concreta”; COCA VILA, *Colisión de deberes*, pp. 155 ss., “incapacidad de destinatario bloquearía la posibilidad de legitimar una norma de comportamiento” (p. 155) o “todo deber, entendido como norma de comportamiento” (p. 156).

⁴⁷⁸ Cfr., solo, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 32 s.; FREUND, «Richtiges Entscheiden – am Beispiel der Verhaltensbewertung aus der Perspektive des Betroffenen, insbesondere im Strafrecht», *GA*, 1991, pp. 396 ss.

⁴⁷⁹ Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 32 s.; FREUND, *AT*, § 2/24. Al respecto, ya, HRUSCHKA, *Strukturen*, p. 23; véase también, RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, pp. 239 ss.

fundamento? ¿Existen en el modelo de Freund normas de comportamiento pre-situacionales? ¿O es únicamente una norma de valoración *qua* valoración jurídica del legislador lo que existe pre-situacionalmente? Si se sostiene que no existen normas de comportamiento más que cuando el destinatario las ha recibido y es capaz de darles cumplimiento, entonces semejante circunstancia se convierte en conceptualmente necesaria para el concepto de norma. A mi modo de ver, las normas de comportamiento se aplican —se practican— por el agente, y en su aplicación modifican su enunciado; de ahí que sea pertinente la distinción entre norma y deber. Si hablamos en cada fase de “norma de comportamiento” se pierde el matiz generado precisamente por la capacidad de seguir la norma, por la intervención del agente.

Por tanto, en mi opinión, no creo acertado sostener que la distinción de los modelos de Freund y Kindhäuser sea meramente terminológica. La explicación es la siguiente: en el modelo de Kindhäuser, el sujeto que se dispone a actuar encuentra en el derecho —en la norma jurídica— una razón para actuar de manera jurídicamente correcta⁴⁸⁰. Pongamos un ejemplo:

A y *B* se encuentran de excursión en la montaña. En un momento dado paran a descansar en un lugar con buenas vistas. Mientras *A* yace sentada, *B* se asoma al precipicio que les queda delante, dando así la espalda a *A*. *A* sabe que si empuja a *B* es muy probable que esta muera. *A*, que es una persona prudente, pero que no tiene consideración alguna por la vida de *B* y que rechaza cualquier convención moral, se incorpora dirigiéndose hacia *B* con el firme propósito de empujarla, pero de repente una voz interior le avisa: “¡*A*, no debes empujar a *B*!”. *A* se detiene y da comienzo a una reflexión interior. “¿Por qué no debo empujar a *B*?”, se pregunta. “Si no tengo consideración alguna por su vida y no creo que acabar con su vida sea algo malo”, continúa. De repente, recuerda: “¡Caramba, pero si existe una norma jurídica que prohíbe matar a otro, que me amenaza con prisión si la incumplo! Ahora sí que tengo una *buena* razón para no empujar a *B*”.

La aproximación a este ejemplo difiere en función del modelo de teoría de las normas con el que la realicemos. Si tomamos el modelo de Kindhäuser —que es el que queda básicamente representado en el ejemplo—, el deber de no ejecutar la acción de empujar, que surge para la situación y el sujeto concreto consideradas sus capacidades individuales,

⁴⁸⁰ El ejemplo que suele poner Renzikowski (en *Restriktiver*, trabajo que además es citado por Rostalski, por lo que vale la pena centrarnos en él) sobre la imprudencia puede dar cuenta de esto: quien en una función de teatro dispara un arma creyendo que no está cargada no puede motivarse por la norma “¡No mates!”. Por tanto, sería difícil de argumentar que quien aprieta el gatillo tenga la posibilidad de motivarse por semejante norma.

encuentra en una norma jurídica ontológicamente previa la razón para cumplir con semejante deber. El deber queda así justificado en la existencia de una norma jurídica. El enunciado “tengo el deber de X” *equivale* entonces al enunciado “tengo una razón para hacer X”⁴⁸¹. En cambio, si tomamos el modelo de Freund, según el cual la norma de comportamiento solo nace (y, por tanto, solo existe) para el destinatario concreto —representada en nuestro ejemplo por el deber de no empujar—, ¿cómo justificamos la norma que prohíbe ejecutar la acción de empujar? Es decir, si norma de comportamiento y deber son una y la misma entidad, ¿con base en qué respondemos a la pregunta de por qué debe actuarse de ese modo?

Esto demuestra que las expresiones con el verbo ‘deber’ son una clase de expresiones normativas que implican que “existen razones para que el agente actúe de cierto modo, razones que tienen que ver con la existencia de normas”⁴⁸². En este sentido, las normas son razones que fundamentan deberes de (ejecutar o abstener de una) acción⁴⁸³.

Así, un razonamiento del tipo “dadas unas determinadas circunstancias (de carácter fáctico: ocasión, conocimiento y poder fáctico, por ejemplo), debes no ejecutar la acción-ejemplar X” podría estar incurriendo en una falacia naturalista, en la medida en que de una situación fáctica derive, sin más, un enunciado normativo. Entiendo que semejante razonamiento habría de ser complementado por una premisa mayor que señalase que “[e]stá prohibido ejecutar la acción-tipo X”. Además, sería necesaria una regla que determinase en qué sentido son jurídico-penalmente relevantes las circunstancias fácticas que agrupamos bajo la denominación “capacidades del sujeto”.

Por consiguiente, la segunda hipótesis ha de ser rechazada. El modelo de Freund no logra explicar y justificar el deber de ejecutar u omitir una concreta acción. La aplicación de un principio de tolerancia para con las formas lingüísticas debe ser, en este sentido, rechazada.

⁴⁸¹ RAZ, *Practical reason*, pp. 29 ss., aunque expresando ambos enunciados en tercera persona y sugiriendo su equivalencia lógica en la medida en que si una persona cree que tiene un deber para X necesariamente ha de creer que tiene o existe una razón para hacer X.

⁴⁸² HIERRO, *Problemas del análisis del lenguaje moral*, p. 78. Hierro distingue entre ‘juicio de deber original’ (por ejemplo, “se debe hacer el bien”) y ‘juicio de deber derivado’ (“debes hacer el bien”). Los últimos se explican por referencia a los primeros, es decir, que el juicio derivado en cuestión constituye un caso de aplicabilidad de un juicio original, en este caso siendo un sujeto el criterio de particularización (*ibidem*, pp. 79 s.).

⁴⁸³ Cfr. RAZ, *Practical reason*, pp. 33 ss.

No obstante, también se plantea alguna duda con respecto al modelo de Kindhäuser; aquí la cuestión gira en torno a si —como vimos rechaza Molina Fernández— es posible identificar la “norma abstracta”, “general” o “pre-situacional” con una norma *de comportamiento*. Es decir, si un enunciado del tipo “¡Nadie debe matar!” o “¡No se debe matar!” o “¡Está prohibido ejecutar la acción-tipo X!” o “¡Está prohibido matar a otro!” puede ser considerado *ya* una norma de comportamiento⁴⁸⁴. La respuesta ha de ser afirmativa. La norma práctica tiene como fin poder determinar las acciones de sus destinatarios —ahí radica parte de su justificación—. Para ello, el establecimiento de la norma ha de contar con que sólo podrá ser seguida de manera intencional por sujetos que dispongan de la capacidad de conocer posibilidades de acción alternativas y de elegir entre estas, es decir, con un sujeto que pueda determinar el futuro *a su voluntad*. Por tanto, el uso sensato (con sentido) del concepto de norma práctica presupone la aceptación de seres capaces de seguirlas. En el siguiente capítulo trataremos este aspecto.

Obviamente, si entendemos por norma de comportamiento la orden *directa* a una persona determinada, entonces parece estar claro que sin su recepción por parte del destinatario la norma no podría existir. Pero de esta forma estaríamos definiendo la norma jurídica de comportamiento como norma *individual* —en lugar de general—, lo que llevaría al absurdo —o, al menos, a la idea nada intuitiva— de que semejante norma sería considerada como existente para algunos sujetos y como inexistente en relación con otros⁴⁸⁵. Así, pienso que es posible definir las normas jurídicas como normas de comportamiento sin que tenga que darse la circunstancia de que esa norma esté ya operando como razón para la acción, es decir, sin que se den las condiciones para que la misma sea practicada por el destinatario. Es norma de comportamiento toda norma establecida para guiar conductas y de la que, por tanto, se puede predicar semejante capacidad⁴⁸⁶.

Baste ahora dejar planteada la siguiente pregunta: si la norma de comportamiento sólo nace para una situación, ¿cómo puedo saber yo antes de esa situación cómo habré de actuar llegada esa situación? Es más, si la norma de comportamiento sólo nace para una situación, ¿cómo puede una potencial víctima mantener de manera estable la expectativa

⁴⁸⁴ En este sentido, como vimos, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, pp. 615 s., nota 12.

⁴⁸⁵ Cfr. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, p. 22, criticando la concepción de von Wright. Sobre ello volveremos en el siguiente capítulo.

⁴⁸⁶ Un martillo guardado en la caja de herramientas no pierde su instrumentalidad —esto es, su función y su carácter *práctico*— a pesar de no estar siendo utilizado.

de que, llegada esa situación, el potencial autor actuará conforme a la norma, es decir, conforme a su expectativa?

3.4. Kindhäuser versus Hruschka o la confusión entre el análisis semántico (contenido) y pragmático (función) de la norma de comportamiento

Interesa ahora detenerse en la divergencia anunciada entre el modelo clásico y el modelo analítico de imputación⁴⁸⁷, pues en ella quedan exhibidas, a su vez, diferentes formas de concebir la ontología de las normas de comportamiento. Simplificando, la reconstrucción del hecho punible en cada modelo es como sigue: i) en el modelo clásico de Hruschka: 1) imputación primer nivel (*imputatio facti*); 2) *applicatio legis ad factum*; 3) imputación segundo nivel (*imputatio iuris*)⁴⁸⁸; ii) en el modelo analítico⁴⁸⁹ de Kindhäuser: 1) subsunción del suceso en la norma; 2) imputación de primer nivel⁴⁹⁰; 3) imputación de segundo nivel.

El paso que se conoce como *applicatio legis ad factum* consiste, según los autores que emplean tal expresión, en la aplicación de la norma de comportamiento en cuestión como baremo de medición al hecho (*factum*⁴⁹¹). Este hecho, por su parte, se corresponde en este modelo con el proceso imputado en su primer nivel⁴⁹². Ello significa confrontar este hecho ya imputado con la norma de comportamiento, buscando las propiedades del primero en el contenido de la segunda. Esto es, se trata de evaluar el hecho lesivo con la propiedad distintiva de haber sido realizado con dolo o imprudencia a partir de una norma de comportamiento que cuente, además de con la descripción de la acción prohibida o

⁴⁸⁷ Advierte esa discrepancia SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 678 s., con nota 6.

⁴⁸⁸ En idéntico sentido, BIEWALD, *Regelgemäßes Verhalten und Verantwortlichkeit*, 2003, p. 33; SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito, passim*; también RENZIKOWSKI, *Restriktiver*, p. 231: “la infracción de una *Obliegenheit* (...) es presupuesto de la imputación (extraordinaria), que, a su vez, es presupuesto para la valoración del comportamiento imputado conforme a la norma de comportamiento (...)”. De ahí que la crítica formulada por Kindhäuser también sea extensible al planteamiento de estos autores.

⁴⁸⁹ Aquí se emplea la designación ‘analítico’ como forma de distinguir (una metodología, epistemología, ontología...) una reconstrucción en la que se reconoce la influencia de la filosofía analítica, por oposición a la filosofía designada ‘continental’. Un excelente estudio de los caminos que han seguido una y otra corriente, así como de los intentos de conciliarlas puede encontrarse en D’AGOSTINI, *Analíticos y continentales*, ...

⁴⁹⁰ Al respecto, véase MAÑALICH, *Norma*, p. 27, con nota 39, que advierte que el primer paso en la constitución del hecho punible es la comprobación de la realización del correspondiente tipo delictivo. En esta obra el autor profundiza en los pasos del modelo de constitución del hecho punible propuesto por Kindhäuser.

⁴⁹¹ En el modelo analítico este “hecho” es designado como “acción” *qua* realización de una intención. Por tanto, en uno y otro modelo estamos tratando con una instancia de agencia.

⁴⁹² Véase, entre otros, HRUSCHKA; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 219, con nota 38; SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, p. 470.

requerida, con la forma de realización de esa acción (dolo o imprudencia). En este sentido, siguiendo la concepción de Hruschka, el enunciado normativo rezaría: “¡No debes efectuar conscientemente acción de matar alguna!” y “¡No debes producir la muerte de otro por medio de imprudencia!”⁴⁹³.

Sin embargo, conforme a la caracterización de la norma de comportamiento que se viene empleando, las propiedades del hecho *qua* proceso imputado excederían del contenido de la norma. Me refiero aquí a una norma que respete la distinción entre normas de comportamiento y reglas de imputación (de primer y segundo nivel), y cuyo contenido se obtenga de la formulación contradictoria del correspondiente supuesto de hecho como tipo delictivo. Es decir, puesto que la norma, que puede operar en la prospectiva configurando y en la retrospectiva valorando es una y la misma⁴⁹⁴, y, por tanto, también lo es su contenido, a mi juicio no sería correcto plantear que en la prospectiva el objeto de prohibición o mandato sea uno y en la retrospectiva el objeto de valoración sea otro. El compromiso con la distinción entre normas de comportamiento y reglas de imputación obliga a no confundir en un mismo enunciado normativo contenidos pertenecientes a ambas categorías, resultando de este modo una categoría híbrida⁴⁹⁵. Como apunta Mañalich la “utilización pragmática de la norma como estándar prescriptivo o evaluativo no modifica (...) su estructura locucionaria, esto es, su contenido proposicional”⁴⁹⁶. En términos tradicionales, el contenido de la norma de comportamiento es el mismo desde que surge del tipo concreto para fungir como estándar de comportamiento hasta que es infringida. La actitud real o ficticia (en todo caso, objetivada) del eventual autor hacia la situación que la hace aplicable o la norma misma (que actúe de manera dolosa o imprudente o con conciencia de la antijuridicidad de su conducta) no puede modificar su contenido.

⁴⁹³ HRUSCHKA, *FS-Bockelmann*, p. 427, nota 12, quien advierte, por lo demás, que la prohibición de matar es la acumulación de ambas prohibiciones. Ya antes, cfr. WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, 1961, pp. 16, 29 s. En ambos casos, la representación del autor era al mismo tiempo criterio de imputación y contenido de la prohibición, por lo que no se respetaba la distinción indicada. En todo caso, entre este último trabajo (1979) y su paradigmático *Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln* (1991) median cerca de 12 años. Una primera aproximación a esta crítica se encuentra ya en KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 80 ss. En esa línea, entiendo, la observación de ROBLES PLANAS, «Estudio preliminar», p. 38, nota 42, para quien la interdependencia de los momentos “*imputatio facti*” y “*applicatio legis ad factum*” dificulta su separación

⁴⁹⁴ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, p. 470; EL MISMO, *La libertad*, p. 145, nota 20; MAÑALICH, *Nötigung*, p. 43.

⁴⁹⁵ Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 80.

⁴⁹⁶ MAÑALICH, *Nötigung*, p. 43. Ya antes, véase, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 58 ss.

Sin embargo, la aplicación de la regla de comportamiento de la que parte el modelo de Hruschka presupone ya la imputación de primer nivel, de modo que parece estar refiriéndose a la versión retrospectiva —la única posible— del principio “«deber» implica «poder»”⁴⁹⁷, lo que es un elemento perteneciente a la categoría de imputación. Es decir, no a lo que Kindhäuser entiende por «norma de comportamiento», sino más bien a lo que concibe como «deber», que, como vimos, es una categoría que resulta de la vinculación pragmática de ambos sistemas de normas⁴⁹⁸. Pero entonces la entidad normativa que se aplica tanto prospectiva como retrospectivamente no es la que merece distinguirse de las reglas de imputación, sino precisamente una que resulta de la conexión pragmática de ambas. De hecho, el propio Hruschka señala que en la aplicación tanto prospectiva como retrospectiva de las normas de comportamiento, el aplicador ha de ser de la opinión de que el destinatario es capaz de cumplir con la norma o hubiera podido cumplir con la norma, respectivamente⁴⁹⁹.

Además, mientras que para Hruschka toda infracción de deber es antinormativa⁵⁰⁰ para Kindhäuser antinormatividad e infracción de deber son momentos (categorías) diferentes y una no implica necesariamente a la otra, en el sentido que ni toda producción de la lesión de un bien jurídico (antinormatividad) conlleva la infracción de un deber (supuestos, por ejemplo, de riesgo permitido), ni toda infracción de deber presupone la lesión de un bien jurídico (supuestos de tentativa).

Con todo, el modelo clásico de imputación lleva a cabo una duplicación de análisis del proceso o suceso ocurrido. Ello contradice, en mi opinión, no sólo el principio de economía, sino también intuiciones que podemos inferir de nuestra práctica social de atribuir responsabilidad por un hecho. En primer lugar, para determinar que existe una

⁴⁹⁷ HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal*, p. 18.

⁴⁹⁸ Tanto Kindhäuser como Vogel observan que la norma de determinación en unas ocasiones es entendida como norma de comportamiento, mientras que en otras como criterio de vinculación de un destinatario a la norma. En este último caso, el contenido de la norma de determinación es idéntico con el contenido del deber; no es la razón o el fundamento de una obligación para acciones (norma de comportamiento), sino el deber mismo. Ese es el uso del lenguaje propio de la tradición imperativista de las normas, que ambos autores rechazan, cfr., KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 58, nota 24; VOGEL, *Norm*, pp. 44 s., nota 99. Por su parte, SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad*, p. 155, se refiere, en tal sentido, a la “peculiar imbricación de reglas de conducta (...) y reglas de imputación (...)”. Por ello, no se entiende que tal modo de operar no se aplique en consecuencia por estos autores. Aunque en nota 54 en el mismo lugar se remite a su obra, *Imputación y teoría del delito*, pp. 401-413, donde trata este tema. En contra, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 530 s., que una “prohibición «abstracta» no puede ser tal en el sentido «propio» de norma de determinación de conductas, sino sólo en la norma de valoración”.

⁴⁹⁹ *Ibidem*, p. 19.

⁵⁰⁰ Cfr. HRUSCHKA, «Pflichtenkollisionen und Pflichtenkonkurrenzen», en *FS-Larenz* (1983), p. 265.

relación de agencia, es decir, que el sujeto disponía de cierto control sobre lo que hacía sin constatar empero si lo hecho tiene alguna relevancia *prima facie* para el derecho penal. A esta primera operación (*imputatio facti*) no precede operación alguna en el modelo clásico. El proceso sobre el cual deberá predicarse la relación de agencia ha de quedar previamente delimitado, pues los criterios que permiten afirmar semejante relación requieren de un objeto de referencia. Frente a esto podría argumentarse desde el modelo clásico que es precisamente la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penalmente protegido lo que activa la operación *imputatio facti*, pero entonces se estaría asumiendo un paso previo que la reconstrucción del modelo no hace explícito⁵⁰¹. De ser esta última la estrategia implícita de este modelo, la secuencia operacional sería la siguiente: 1º. subsunción; 2º. *imputatio facti*; 3º. *applicatio legis ad factum*; 4º. *imputatio iuris*. ¿No supone entonces el paso tercero una duplicación innecesaria de lo reconstruido entre los pasos primero y segundo?

A mi modo de ver, no sólo es un paso innecesario, sino que además es contraintuitivo. Si atendemos a nuestra práctica más cotidiana de atribuir responsabilidad, cuando tiene lugar un suceso y nos preguntamos por quién ha sido y por qué lo ha hecho, lo hacemos porque ese suceso contradice o es conforme ya con un sistema de normas o valores que tomamos como premisa normativa. Sólo entonces tiene sentido preguntarse por la autoría y el significado que, en su caso, imprimió el sujeto a su hecho para, en su caso, reprochar o elogiar a la persona y su hecho. Dicho de otro modo:

no podemos decidir, primero, qué hizo cada persona y luego proceder a aplicar una serie de juicios morales; decidir qué ‘hizo’ cada persona, en el sentido de ‘fue responsable de’, presupone un sistema de juicios morales⁵⁰².

A modo de ejemplo cotidiano:

llegamos a casa y observamos que la pared del salón está completamente garabateada. El hecho de que la pared esté pintada ya contradice un sistema de reglas domésticas (“¡No está permitido pintar el mobiliario del hogar!”, podría rezar la regla de comportamiento). Como consideramos que la cosa no puede quedar así, preguntamos “¿quién ha sido?”. Esto es, buscamos a quién poder imputar el hecho contrario a la regla doméstica. Preguntando a nuestros tres hijos descubrimos que ha sido Patricia, quien sólo ha repetido lo que ha visto

⁵⁰¹ Ese paso previo es el que el modelo analítico asume como operación de subsunción de la descripción de una acción (ejemplar) en la clase de acción que el tipo prevé como incorrecta.

⁵⁰² MACKIE, «Responsibility and Language», *Persons and Values*, vol. II, p. 30.

en casa de su amigo ¿Tiene sentido que, constatado el hecho que contradice el sistema de normas que nos hemos dado y atribuido tal hecho a una persona como *su* obra, volvamos a formularnos la pregunta de si realmente contradice la regla de comportamiento? A mi juicio, sólo tiene sentido que la siguiente pregunta rece: ¿eras consciente de que pintar la pared de casa no estaba permitido?

Ello supone, claro está, dos renunciaciones: por un lado, a la figura de la *imputación* objetiva (entendida como operación de valoración) y, por el otro, a los criterios del dolo o la imprudencia como criterios de valoración que operan en el análisis de la tipicidad. Sobre ello volveremos más adelante.

3.5. Balance. Dimensiones de la norma jurídica de comportamiento

Que la legitimación de la norma jurídica de comportamiento está necesariamente sujeta a sus condiciones de eficacia es una cuestión que no puede negar jurista alguno. Dejando de lado el hecho de que la política criminal práctica⁵⁰³ —en tanto fase que debe acompañar la elaboración de las normas jurídicas— se encuentra normativamente limitada, al menos, por el orden constitucional establecido, es posible reconocer un mínimo consenso normativo entre los dos planteamientos enfrentados en torno a la configuración de la norma de comportamiento: al derecho sólo le está permitido exigir a cada uno lo que cada uno puede hacer: *ultra posse nemo obligatur*. Esta es una premisa irrenunciable por dos razones; la primera de carácter ético, la segunda, de carácter instrumental. Por un lado, exigir más de lo que se puede hacer sería injusto (ilegítimo); por el otro, exigir más de lo que se puede hacer sería inútil a los fines para cuya consecución la exigencia es un medio. Aquí interesa la primera razón. Que no se le pueda exigir a un individuo más de lo que puede hacer supone reconocer la importancia que tiene su consideración en la medida de lo que pueda exigirse⁵⁰⁴. Sin embargo, como veremos, para la fase de elaboración-legitimación de la norma de jurídica bastaría con la consideración universal de semejante principio.

La divergencia se da, en cambio, en relación con la posibilidad de acomodar conceptualmente tales condiciones de legitimidad en la configuración de la norma que ha de servir como razón para la acción a su destinatario. El problema tras esta divergencia

⁵⁰³ Para la distinción entre política criminal práctica y teórica, véase Ortiz de Urbina...

⁵⁰⁴ Como hemos visto, este consenso normativo es pasado por alto en la mayoría de las críticas formuladas por quienes postulan una concepción de norma como *norma-total* frente a quienes postulan una concepción «objetiva» de la norma. Hemos visto que es una de las críticas que acostumbran a esgrimir tales autores.

se plantea por la irreconciliable tendencia a confundir o a distinguir entre las razones justificantes que subyacen a las normas y las normas que efectivamente pueden servir como razones para la acción. Son dos cuestiones distintas que obedecen a dos fases o discursos distintos⁵⁰⁵, pero que son confundidas por quienes proponen la *norma-total*⁵⁰⁶. El problema de fondo en esta discusión es más amplio y tiene que ver con la cuestión de la *existencia* de las normas jurídicas de comportamiento.

Así, se afirma que la norma es legítima si recoge las condiciones de su eficacia. Y que, por tanto, la configuración de la norma que se dirige al sujeto ha de contener tales condiciones. Una norma es eficaz cuando es cumplida⁵⁰⁷. La norma, para ser eficaz, deberá reunir entonces ciertas condiciones. Se distingue pues entre condiciones de eficacia y eficacia (efectiva). La pregunta que se plantea es la de si las capacidades particulares —y situacionales— del individuo en cuestión habrían de ser tenidas en cuenta como parte del elenco de condiciones de eficacia (posibilidad) de una norma de comportamiento, de modo que sólo entonces queda configurada la norma como existente⁵⁰⁸

Afirmar que para ser eficaz —y, por tanto, legítima— “la norma ha de ser seguida”, no se sostiene. Pues que la norma haya de ser cumplida para ser legítima implica, *contrario sensu*, que de no seguirse no sería legítima. Visto así, los delitos constituirían la infracción de normas que, por esa razón, devienen ilegítimas. En cambio, puede ser distinto afirmar

⁵⁰⁵ RAZ, *Practical Reason*, pp. 81 ss. Por tanto, si bien es cierto que para saber si una norma es legítima es necesario que existan razones que la justifican, también lo es que no necesitamos recurrir a tales razones de cara a la aplicación correcta de una norma de comportamiento. Es en la aplicación de reglas de imputación que se tienen en cuenta criterios de razonabilidad (contingentemente tenidos en cuenta en la fase de justificación de tales reglas) para la atribución de responsabilidad. Y, en todo caso, de la cuestión normativa de que una norma haya de estar legitimada en ese sentido no se sigue la cuestión conceptual de que tales condiciones de legitimación formen parte del contenido de la norma.

⁵⁰⁶ Así, por ejemplo, FREUND, *AT*, § 1, nm. 20: “Die Entscheidung für die *Geltung* der in Frage stehenden Verhaltensnorm muss also als Entscheidung für das eindeutig überwiegende Interesse, für den eindeutig überwiegenden Wert ausgewiesen werden können. *Nur so* kann die Verhaltensnorm auch mit der für ihre faktische Wirksamkeit dringend notwendigen Akzeptanz durch den Betroffenen rechnen” (énfasis añadido). (“La decisión sobre la *validez* de la norma de comportamiento en cuestión ha de poder ser identificada como decisión sobre el interés claramente preponderante y el valor claramente preponderante. *Sólo así* puede la norma de comportamiento contar también con aceptación del destinatario, altamente necesaria para su eficacia fáctica”). Entiendo que asociar a la idea de validez tales connotaciones es algo excesivo (por no decir pretencioso). Sobre esto, por ejemplo, HIERRO, *Eficacia*, pp. 197 ss. Esta dificultad para distinguir entre dos *propiedades* diferentes de la norma jurídica —a saber, su existencia y su vinculatoriedad jurídica—, y, con ello, los diferentes problemas que se relacionan con esos términos, puede deberse a la vaguedad del término “*Geltung*” tal como es utilizado por un sector importante de la filosofía del derecho alemana. En este sentido, DELGADO PINTO, «Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas», *DOXA* 7 (1990), pp. 102 y s., nota 1.

⁵⁰⁷ HIERRO, *Eficacia*, p. 17.

⁵⁰⁸ Freund, Rostalski.

que para ser eficaz —y, por tanto, legítima— “la norma ha de poder ser seguida” (lo que significa ser recibida por su destinatario y que éste pueda física y motivacionalmente seguirla), aunque no se siga.

La segunda de las opciones —la norma de comportamiento es legítima “si puede ser seguida”— implica que de no poder ser (personalmente) seguida no sería legítima; y que, si pudiendo ser seguida no es efectivamente seguida, entonces la norma se mantiene como legítima. Si de esta constatación derivamos que la norma que se dirige al sujeto, puesto que ha de ser legítima, ha de tener como contenido los criterios de imputación, entonces se vuelve imposible hablar de validez⁵⁰⁹ de la norma como dimensión diferenciada de su eficacia. Si no hay eficacia directamente no habría norma y, por tanto, no hay norma válida. Además, el razonamiento utilizado es circular: la norma existe si es legítima; es legítima si es eficaz; es eficaz si puede seguirse; puede seguirse si puede motivarse conforme a ella y actuar al respecto; puede motivarse conforme a ella y actuar al respecto si es conocida; es conocida si existe la norma; la norma existe...

Así, ser-capaz es una cuestión que se encuentra en relación con la norma, es decir, presupone una norma, por lo que no puede ser confundido con la existencia de una norma, la cual, a su vez, puede ser más o menos legítima en términos materiales. Por tanto, se da una prioridad ontológica en la medida en que la existencia de una norma de comportamiento es una condición necesaria para que se dé la realidad de poder seguir o infringir esa norma. En cambio, la posibilidad de seguir o infringir una norma no es una condición necesaria de la existencia de una norma. Las normas jurídicas de comportamiento existen objetivamente, perteneciendo entonces a la clase de objetos que podemos reconocer y no a la clase de objetos cuya existencia depende, por su ontología subjetiva, de nuestras actitudes.

Una de las manifestaciones de la postulación de esta clase de normas (*normas-totales*) es la concepción de distintas normas según nos encontremos frente a la comisión dolosa de un delito o frente a su comisión imprudente. Es decir, el injusto imprudente infringiría una norma distinta a la que infringiría el tipo doloso. Sobre ello volveremos al tratar la estructura de la imprudencia. Por ahora es suficiente evidenciar el problema al que se

⁵⁰⁹ Concebida aquí la validez como la pertenencia de la norma a un sistema jurídico y no en tanto con fuerza obligante.

expone una norma de comportamiento así concebida: el de su proyección indefinida y sin límites. A modo de ejemplo:

Está prohibido robar sólo *si* sabes que estás robando. Sabes que estás robando *si* conoces la norma que te prohíbe robar si sabes que estás robando. Conoces la norma que te prohíbe robar si sabes que estás robando *si*...

En suma, la distinción entre las diferentes concepciones (de la construcción de la) de teoría del delito no se encuentra, en rigor, entre un modelo de infracción de la norma de comportamiento, o de su legitimación, y un modelo de norma «objetiva». Este último modelo de interpretación sería manifiestamente deficitario, tanto a nivel conceptual como de justificación del castigo penal. Antes bien, la discusión, fundamentalmente —en el contexto que ahora interesa— conceptual, se encuentra entre un modelo que trata de explicar el delito como imposición legítima de una norma⁵¹⁰ y un modelo que trata de explicarlo como la atribución legítima de responsabilidad por la realización de un hecho contrario a la norma. De nuevo, las condiciones de legitimidad pueden ser las mismas en uno y en otro modelo; pero el (evidente) enriquecimiento que ha supuesto su desarrollo desplaza su ubicación desde la norma de comportamiento a la categoría de la imputación personal (en sentido amplio)⁵¹¹. Y ello, según creo, se corresponde, en mejor medida, con la función secundaria asignada al derecho penal, a saber, la imposición de una pena justa. De ahí que de la concepción de norma de comportamiento defendida no se deje responder todavía la pregunta acerca de por qué un comportamiento debe ser objeto de sanción jurídico-penal, es decir, la cuestión sobre los límites a partir de los cuales queda legitimada la intervención del derecho penal⁵¹².

⁵¹⁰ Así Coca Vila, *Colisión de deberes*, p. 157, nota 132; Robles Planas, «La “teoría de la imputación objetiva”: algunas consideraciones sobre sus orígenes y futuro», en Frisch, *Imputación objetiva*, pp. 33 ss.

⁵¹¹ Este desplazamiento es descrito ya, de manera similar, por SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 679 s.

⁵¹² Cfr. RENZIKOWSKI, «Straftheorie bei Hobbes und Bentham –zur Unterscheidung zwischen Verhaltens- und Sanktionsnormen», en *Leipziger Juristisches Jahrbuch* 7, 2010/11, p. 26. No se entiende entonces que FREUND, *Erfolgssdelikt*, pp. 28 ss., 53 ss., 80 ss.; EL MISMO, *AT* § 1 nm 12, quien parte de una caracterización secundaria del ordenamiento penal, asigne semejante relevancia para la punibilidad a las normas de comportamiento.

III. Existencia y eficacia de las normas jurídicas de comportamiento

El análisis teórico-jurídico sobre las condiciones de existencia y eficacia de las normas jurídicas de comportamiento puede arrojar algo de luz sobre dos cuestiones que han ido apareciendo a lo largo de la investigación, a saber: i) la posibilidad de hablar acerca de un concepto de norma de comportamiento abstraído de la consideración de la perspectiva del agente, esto es, de su capacidad de seguir la norma porque la ha recibido, y; ii) la relación entre una eventual incumbencia y la norma de comportamiento. Sobre lo primero, interesa distinguir los conceptos de existencia y eficacia de las normas jurídicas, y, dentro de ésta última, la eficacia como correspondencia y la eficacia como seguimiento. De ello puede resultar un conjunto de nociones para enfrentar la tesis según la cual la recepción de la norma por su destinatario es considerada condición de su existencia. Sobre lo segundo, descartada la posibilidad de derivar lógicamente —estáticamente— la incumbencia o su contenido del contenido proposicional de una norma de comportamiento (al menos de las normas de comportamiento como son derivadas de los tipos penales), resta por examinar si la incumbencia, entendida como exigencia de asegurar la capacidad personal de seguir la norma, puede encontrar un lugar en relación con las condiciones de existencia (*qua* eficacia) de la norma. Es decir, si la exigencia de asegurar la capacidad de seguimiento es también condición de eficacia.

Una aclaración previa: en lo que sigue no se pretende tomar posición con respecto a un problema que ha generado —y lo sigue haciendo—, innumerables discusiones en el campo de la filosofía y la teoría del derecho. Existencia, vigencia, validez y eficacia son propiedades —aunque ya esto sea discutido— que se predicán de las normas jurídicas y que ocupan un lugar central en toda concepción filosófica del derecho. En todo caso, aquí se parte de que la discusión sobre el significado de tales términos no ha de comprometer en exceso el uso que de los mismos queremos hacer.

1. Usos del término «norma» y concepciones de la norma en la teoría del derecho

En el debate acerca de las condiciones de existencia de las normas de comportamiento (o, si se prefiere, la reflexión sobre su naturaleza ontológica) es necesario partir de la constatación de diversos usos o sentidos —y, por ende, conceptos— del término “norma”. Si bien nuestro análisis se centra en las normas en el ámbito jurídico, y concretamente en

el jurídico-penal, también aquí —como hemos visto— se multiplican los usos del término “norma jurídica”. Esto ha de tener como consecuencia que para cada uso sea posible identificar más o menos —incluso diferentes— condiciones de verdad de una norma. Siguiendo la clasificación sugerida por Alchourrón y Bulygin, distinguiremos tres usos del término “norma”: *norma-comunicación*, *norma-prescripción* y *norma-sentido*⁵¹³.

Estos usos se obtienen a partir de sucesivos pasos de abstracción que parten de una misma situación: el acto de comunicación. Como en todo acto de esta clase, la *norma-comunicación* requiere de tres elementos para su existencia: un emisor, un mensaje y un receptor. Si nos abstraemos de su recepción, la *norma-prescripción* hace referencia a lo prescrito y al acto de prescribir, sin que sea por tanto necesario para su existencia que lo prescrito haya sido recibido por su destinatario. Por último, si nos abstraemos del emisor, puede hablarse de *norma-sentido* como el contenido significativo de un acto de prescribir⁵¹⁴. Según estos autores, estas tres concepciones (mejor: usos) de norma se corresponden con elementos del lenguaje como la comunicación, la aseveración (acto de aseverar y lo aseverado) y la proposición, respectivamente⁵¹⁵.

Parece evidente que la norma-comunicación requerirá de un mayor número de presupuestos para poder afirmar que una norma existe en tal sentido. Así, para von Wright, las condiciones básicas de toda prescripción (norma de comportamiento) son la acción normativa y la relación normativa. Con acción normativa se refiere tanto al acto de promulgación de la norma como a la capacidad de ordenar de quien realiza tal acto de promulgación. La relación normativa comprende tanto la recepción del mensaje por parte del destinatario como la posibilidad personal (física) de hacer lo que la norma prohíbe o requiere⁵¹⁶. En cambio, la norma-prescripción requerirá como condición que haya tenido lugar el acto de prescribir, sin que sea necesario que su contenido haya sido recibido por

⁵¹³ ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, 1997, pp. 14 ss. Véase, también, MENDOCA, *Introducción al análisis normativo*, 1992, pp. 41 s.

⁵¹⁴ *Ibidem*, p. 16. Y que el uso norma-comunicación se corresponde con lo que en teoría del derecho se denomina eficacia de la norma (como adecuación entre la norma y el destinatario) y el uso norma-prescripción con lo que en derecho se denomina validez de la norma. Es decir, cuando utilizamos las expresiones “eficacia” y “validez” referidas a las normas jurídicas lo haríamos para dar cuenta de distintas condiciones de existencia de las normas. Sobre esto, véase, RAZ, *Practical Reason*, pp. 80 s.

⁵¹⁵ No se entra aquí en la cuestión de si las proposiciones pueden ser o no prescriptivas. Quien rechace esa posibilidad por entender que el elemento prescriptivo ha de estar vinculado al *uso* que se hace de una proposición estará rechazando, a la vez, la posibilidad de normas-sentido.

⁵¹⁶ Cfr. VON WRIGHT, *Norma y acción*, pp. 123 ss.

el potencial destinatario. Por último, una norma-sentido únicamente depende de la existencia de un contenido significativo de un posible acto de prescribir.

De la adjudicación de tales presupuestos de existencia se sigue que tanto la norma-comunicación como la norma-prescripción sólo son posibles en un nivel pragmático. Pues en ambos casos la norma es el resultado específico de un acto del habla —o de la conjunción de varios actos del habla—, esto es, de un uso específico del lenguaje⁵¹⁷. La norma-prescripción sería un acto locucionario; la norma-comunicación, un acto perlocucionario; y los dos usos del término norma se identifican con una *concepción expresiva* (pragmática) de las normas⁵¹⁸. La norma-sentido, por su parte, se corresponde con una *concepción hilética* (semántica) de las normas, en la medida en que se identifica con el significado del enunciado con que es formulada. En fin, una última concepción de norma, no asimilable a los usos esbozados, es la que identifica la norma con su formulación; es la *concepción sintáctica* de las normas⁵¹⁹.

Sin embargo, estas dos concepciones (hilética y expresiva) de las normas no agotan la discusión teórica sobre su ontología⁵²⁰. Obviamente, el compromiso ontológico dependerá del concepto de norma con el que se opere, el cual, a su vez, ha de obedecer al tipo de problemas teóricos o dogmático-jurídicos que se pretendan abordar⁵²¹. Por tanto, las distintas formas de concebir la norma jurídica de comportamiento habrán de conciliarse con el uso que el jurista (el dogmático) pretende hacer de ella como instrumento meta-teórico que posibilite un análisis de las estructuras dogmáticas y una crítica de la fundamentación de los enunciados dogmáticos⁵²². Pero, además, respecto de los tres sentidos distintos en los que se utiliza el término norma (comunicación, prescripción y sentido) puede hablarse de tres “niveles” no excluyentes, y de hecho inseparables, en una teoría de las normas⁵²³. Con otras palabras: de diferentes dimensiones de las normas jurídicas.

⁵¹⁷ ALCHOURRÓN/BULYGIN, en *Análisis lógico y derecho*, 1991, p. 123.

⁵¹⁸ Cfr. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Sobre la existencia*, pp. 37 ss., 41; LOS MISMOS, en *Análisis lógico y derecho*, pp. 123 ss.

⁵¹⁹ Entiendo que no es incompatible el uso de varios de estas concepciones para referirse a una “misma norma”. Que una teoría de las normas adecuada debe reunir elementos de ambas es destacado por GONZÁLEZ LAGIER, *Acción y norma en G.H. von Wright*, 1995, pp. 352 ss.; en contra, ALCHOURRÓN/BULYGIN, «La concepción expresiva de las normas», en de los mismos, *Análisis lógico y derecho*, 1991, pp. 126 s.

⁵²⁰ Cfr. VILAJOSANA, *El derecho en acción*, pp. 36 ss.

⁵²¹ *Ibidem*, pp. 39 s.

⁵²² Así, RENZIKOWSKI, *GA* (2007), pp. 279 s.

⁵²³ En este sentido, GONZÁLEZ LAGIER, *Acción y norma*, p. 353.

2. Existencia de la norma jurídica de comportamiento: dimensión de validez jurídica *versus* dimensión de eficacia

Es un hecho que la forma característica de ordenar o prescribir en el derecho es hacerlo desde una posición de autoridad a alguien en una posición de destinatario. Esto se conoce como “mandar en contexto de autoridad” y presupone que el destinatario D reconoce la autoridad A (se debe hacer lo que mande A); y que la autoridad A, por su parte, manda hacer X asumiendo que D acepta que se debe hacer lo que mande A⁵²⁴. También es un hecho que el derecho sea esencialmente práctico, pues su existencia sirve para justificar y valorar acciones, dando así respuesta a la pregunta de “¿qué puedo hacer?”. Se habla entonces de su capacidad para determinar la conducta de los ciudadanos a los que se dirige. El derecho entendido como conjunto de normas jurídicas hace parte entonces de nuestro razonamiento o deliberación práctica. Si enlazamos uno y otro hecho obtenemos como resultado que, dadas las condiciones de aplicabilidad de una norma jurídica de comportamiento, la respuesta a la pregunta “¿qué puedo hacer?” sólo puede venir precisamente de esa norma jurídica en tanto enunciado *prescriptivo* y protegido. En ese caso, la acción humana es, en sentido jurídico, obligatoria⁵²⁵.

Las normas de comportamiento penalmente relevantes son generadas en un contexto de autoridad (y de coacción), lo que en principio ha de presuponer otras normas (conceptualmente) previas cuya realidad haya de ser explicada, seguramente, en otros términos⁵²⁶. Las normas jurídicas de comportamiento dependen de la concurrencia de ciertas condiciones empíricas, concretamente de un acto del habla: el acto ilocucionario de mandar, es decir, de promulgar en un contexto de autoridad⁵²⁷. En primer lugar, por lo que hace a la existencia como *promulgación*, afirmar que una norma jurídica de comportamiento existe en la medida en que es promulgada es posible si, y sólo si, el sujeto que la promulga tiene competencia para crear esa norma. Y de una norma creada competentemente se dice que es válida: “la validez de la norma es la legalidad del acto de su creación”⁵²⁸. En general, una norma jurídica es válida en relación con un sistema

⁵²⁴ Cfr., BAYÓN MOHÍNO, *La normatividad del derecho*, p. 268.

⁵²⁵ Cfr. HART, *The Concept of Law*, 2ª ed., p. 6; RAZ, *Practical reason*, p. 80. Todo ello deja a salvo la pregunta acerca de la normatividad del derecho, entendida como la obligatoriedad de obedecer el derecho.

⁵²⁶ Así, por ejemplo, BAYÓN MOHÍNO, *La normatividad del derecho*, pp. 270, 273 ss.

⁵²⁷ En relación con la concepción semántica de las normas, se dice que la norma es una entidad puramente conceptual que si bien puede y suele expresarse por medio del lenguaje es en sí conceptualmente independiente de cualquier acto de habla que tenga lugar en la realidad.

⁵²⁸ ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Sobre la existencia*, p. 31, si bien para rechazar la equiparación entre existencia y validez. Por su parte, KELSEN, *Teoría pura del derecho*, (trad. de la 2ª ed. alemana por R.J. Vernengo),

jurídico dado sólo si satisface las condiciones de pertenencia (de reconocimiento) operativas en dicho sistema. Por tanto, de una norma promulgada por un legislador competente (una autoridad democrática) se dice que exhibe validez jurídica; de lo que se sigue que semejante norma existe porque pertenece —y así es reconocida— a un sistema jurídico existente⁵²⁹.

En segundo lugar, la existencia como *relación efectiva* depende no sólo de la promulgación, sino también de la recepción efectiva por el destinatario. Cuando se habla de existencia de la norma en estos términos está identificándose la existencia con lo que se conoce como *eficacia* de la norma^{530/531}. Esto mismo recuerda al sentido comunicacional del término ‘norma’. Para la existencia de la norma como eficacia es necesaria una relación normativa entre emisor y receptor, ejemplificada fundamentalmente en una relación entre la norma y la acción del destinatario. Y, dependiendo de la noción de eficacia que se sugiera —concretamente, si se postula la

1982, p. 23, definirá la validez como la existencia “específica” de las normas jurídicas. Sobre el regreso al infinito que supone tal equiparación, VON WRIGHT, *Norma y acción*, pp. 195 ss.; distinto, también, RAZ, *Practical Reason and Norms*, 2ª ed., 1990, pp. 80 ss.

⁵²⁹ Lo que puede convertirse en un argumento circular si concebimos la existencia de un sistema jurídico con la necesaria eficacia de gran parte de sus normas jurídicas. No es este lugar para ocuparse de tal cuestión. Al respecto, véase, NAVARRO, *La eficacia del Derecho*, 1990, p. 11, y *passim*; HIERRO, *La eficacia de las normas jurídicas*, 2003, *passim*.

⁵³⁰ En el ámbito del derecho penal, acogen esta concepción MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, pp. 524, 528, 567, 622 y *passim*; parece seguir el mismo razonamiento, MIR PUIG, *RECPC*, p. 14, quien sostiene que “si las normas primarias no se dirigen a quienes no pueden recibirlas, es que no les prohíben los comportamientos que sí prohíben a los destinatarios. Quien no es destinatario de una norma no es destinatario de la prohibición que ésta establece. Por tanto, no puede infringirla. Cuando el absolutamente incapaz de conocer una norma realiza la conducta que ésta prohíbe a sus destinatarios, no infringe dicha norma”. En cambio, véase, EL MISMO, *Introducción a la bases del Derecho Penal*, 1976, p. 55, quien, al tratar la concepción imperativa de la norma y su relación con la punibilidad de la culpa inconsciente señala: «[q]ue el autor no haya reconocido dicho imperativo no puede significar que éste no exista, y que éste existe lo demuestra el mismo hecho de la punibilidad de la culpa consciente, que sería absurda si la norma de cuidado renunciara en ella a seguir expresando un imperativo”.

⁵³¹ Como es sabido, la *eficacia* de las normas jurídicas suele tematizarse en la teoría del derecho para la determinación de la existencia de sistemas jurídicos. De acuerdo con esto, un sistema jurídico existiría si las normas que lo componen son eficaces; y las normas que lo componen son eficaces si se dan ciertos presupuestos (de eficacia). Por tanto, para fijar la existencia de un sistema jurídico es necesario fijar las condiciones de eficacia de sus normas. La eficacia de la norma jurídica suele asociarse a la dimensión social del derecho. Por su parte, la validez o la fuerza obligatoria de las normas jurídicas se asocia a la dimensión normativa del derecho. Aquí interesan tales condiciones de eficacia no para resolver el problema de la existencia de sistemas jurídicos, sino, más bien, para dar muestra de las diferentes dimensiones que pueden predicarse de una norma jurídica y ver hasta qué punto ello guarda relación con el sistema de normas del derecho penal que aquí es seguido.

eficacia como *seguimiento*—, también será necesario que esa relación normativa esté caracterizada como relación altamente personal⁵³².

Entiendo que no es posible, por tanto, reducir a una misma cuestión la validez jurídica y la eficacia de la norma de comportamiento. Una norma puede ser jurídicamente válida sin que ello implique su eficacia⁵³³; son, si se quiere, dos formas distintas de existencia. De modo que lo que la infracción imputable de una norma de comportamiento pone en cuestionamiento es la eficacia de dicha norma, la cual, no obstante, continúa siendo válida. Veamos cómo lo pone von Wright⁵³⁴ :

“Puede decirse que las razones externas existen en dos sentidos diferentes. En *tanto instituidas* y presentadas a los miembros de una comunidad, ellas existen, por decirlo así, «objetivamente». En tanto *reconocidas* por agentes individuales como razones para su actuar, ellas existen «subjetivamente». Su existencia subjetiva no puede ser inferida, en el caso individual, de su existencia objetiva”.

En este sentido, la norma existente o válida —por pertenecer a un sistema jurídico— es, en potencia, una razón para la acción. Pero es preciso introducir una aclaración relativa a la noción de «razón para la acción»⁵³⁵. El uso de la expresión “razón para la acción” puede tener lugar en dos contextos distintos, lo que da lugar a dos funciones diferentes. Por un lado, la razón (para la acción) puede emplearse con una función explicativa de una acción, en la medida en que una acción intencional es aquella que obedece a razones de algún tipo. En este caso, la razón cuenta como un factor motivacional «interno» de quien actúa. Por otro lado, la expresión “razón (para la acción)” puede emplearse también con una función justificativa (normativa). Aquí la razón otorga a la acción un propósito que guía la decisión y el comportamiento, además de constituir una base para su evaluación⁵³⁶. En este contexto, las normas de comportamiento *son* razones justificativas para la acción que *pueden* operar, a su vez, como razones explicativas para la acción. Pero que una norma

⁵³² Sobre los posibles sentidos en que es utilizada la expresión “eficacia de la norma jurídica” en la teoría y filosofía del derecho, véase, HIERRO, *La eficacia de las normas jurídicas*, pp. 21, 71 ss., 139 ss., 183 ss.; VILAJOSANA, *El derecho en acción*, pp. 180 ss.

⁵³³ Cfr. MAÑALICH, *InDret Penal* 1/2013, p. 5.

⁵³⁴ VON WRIGHT, *Practical Reason. Philosophical Papers I*, p. 54 (citado por MAÑALICH, *InDret Penal* 1/2013, p. 6; EL MISMO, *Norma*, p. 26, de quien tomo prestada la cita y la traducción).

⁵³⁵ Al respecto, fundamental, RAZ, «Reasons: Explanatory and Normative», en *From Normativity to Responsibility*, pp. 13 ss. Una excelente panorámica sobre el tema aplicado a las normas de comportamiento que reconoce el derecho penal se encuentra en: SILVA OLIVARES, «Normas, razones y motivos. El rol de los motivos en el derecho penal», en Ormeño Karzulovic (ed.), *Acciones, razones y agentes. Ensayos sobre teoría de la acción e imputabilidad jurídica y moral*, 2016, pp. 327 ss.

⁵³⁶ RAZ, *Normativity to Responsibility*, p. 14.

no opere *efectivamente* como la razón que explica una acción no afecta a su *existencia* como razón justificativa para la acción⁵³⁷.

3. Correspondencia y seguimiento de la norma de comportamiento como formas de eficacia

Como se ha dicho, la eficacia entraña una relación efectiva entre la norma y el destinatario; y es sobre esta relación que gira la discusión acerca de la eficacia general de las normas en un sistema jurídico. Así, cuando se habla de “eficacia” puede hacerse en varios sentidos, pero designando siempre cierta relación de adecuación que media entre la norma y la acción realizada por su destinatario. Si el acto concreto que realiza el destinatario de una norma coincide con el acto general o tipo que dispone la norma sin que la norma haya ejercido como razón del destinatario para ese acto concreto, entonces se habla de eficacia como “correspondencia”. Y ello en el sentido de que el acto en concreto es *conforme* a la norma. Por su parte, cuando la norma ha sido la razón —sea por la razón que sea— que ha manejado el destinatario para hacer coincidir su acto con el que la norma dispone como correcto, entonces se habla de eficacia como “cumplimiento o seguimiento”⁵³⁸. Por tanto, la adecuación de un comportamiento a una norma admite un doble análisis: la mera coincidencia o correspondencia, por un lado, y el seguimiento u obediencia, por el otro. Siempre que hay seguimiento de la norma hay correspondencia (conformidad) con la norma, pero no a la inversa. El seguimiento de la

⁵³⁷ La distinción entre *razón explicativa* y *razón normativa* parece encontrar cierta correspondencia con la propuesta por Wright entre *razón reconocida* (subjetiva) y *razón instituida* (objetiva), con la salvedad que, para este autor, ambas razones serían *externas*, y, en la distinción que ahora exponemos la razón explicativa admitiría también razones *internas*.

⁵³⁸ Esta distinción goza de cierta tradición en la teoría y la filosofía del derecho, aunque la terminología puede variar según el autor. Al respecto, véase, RAZ, *Practical Reason*, pp. 183 ss., 193 ss., entre otras; WEINBERGER, «Der Begriff der Nicht-Erfüllung und die Normenlogik», en el mismo, *Studien zur Normlogik und Rechtsinformatik*, 1974, pp. 245 ss., quien distingue entre “cumplimiento” y “seguimiento”; SUMNER, *The Moral Foundations of Rights*, 1990, p. 63, distingue entre “conformidad” y obediencia”; terminología asumida por BAYÓN MOHINO, *La normatividad*, p. 460, nota 299; HIERRO, *La eficacia de las normas jurídicas*, pp. 75 ss., 83 ss., distingue entre “coincidencia” y “cumplimiento”, y ambas son “dos grandes formas de correspondencia”; del mismo modo, VILAJOSANA, *El derecho en acción*, pp. 181 s.; aquí, en cambio, acojo “correspondencia” en su sentido de “coincidencia”; MAÑALICH, *Nötigung*, pp. 46 ss., entre “adecuación” y “seguimiento”. Véase, también, NAVARRO, *La eficacia del derecho*, donde distingue entre “eficacia normativa” y “eficacia causal”. También puede hablarse de “eficacia por adhesión”, es decir, por razones morales (coincidentes, y por tanto redundantes, con las jurídicas), prudenciales o de utilidad, por el miedo a la sanción, por el respeto al orden jurídico y por respeto a la autoridad, HIERRO, *Eficacia*, pp. 75 ss. VILAJOSANA, *El derecho en acción*, p. 192, concluye que “ninguno de los motivos examinados es condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico, pero sí que lo es la disyunción inclusiva de todos ellos”.

norma añade a la correspondencia el momento subjetivo o personal⁵³⁹. En otras palabras: la correspondencia es una relación que empieza en la norma (o en su autor) y termina en la acción; el seguimiento, en cambio, empieza en la norma y termina en el sujeto concreto, pasando por la acción concreta.

Cuando analizamos los comportamientos eventualmente constitutivos de delito lo hacemos enfrentando situaciones en las cuales resulta que la norma jurídica infringida no ha sido reconocida como eficaz⁵⁴⁰. En el caso de las normas de prohibición o de mandato del derecho penal, su estructura está constituida por la “correlación de un tipo de acción con un determinado operador deóntico”⁵⁴¹, por lo que la correspondencia como forma de eficacia entre un comportamiento y una norma requiere que la acción concreta no se corresponda con el tipo de acción prohibida o se corresponda con el tipo de acción requerida. Para el sentido *ineficacia por no-correspondencia* bastaría la mera *existencia* de la norma jurídica para que ésta hubiera podido ser eficaz —esto es, la existencia de la norma-prescripción—; y que el comportamiento del sujeto no se hubiera correspondido con el comportamiento conforme con esa norma jurídica (y, por tanto, que sí se corresponda con el tipo de acción prohibida o requerida). Pero para el sentido *ineficacia por no-seguimiento* será necesario, además, que la norma haya sido *conocida* por su destinatario y que éste haya *podido* actuar conforme a ella⁵⁴². Esto es, la existencia de la norma como norma-comunicación.

Sin embargo, ahora no interesa el debate acerca de la eficacia de una norma jurídica sino para, de un lado, distinguirla de su existencia; y, del otro, diferenciar entre la correspondencia, que se sigue de la relación entre un enunciado de deber-ser y la realidad, y el seguimiento, que se refiere al *comportamiento* interno y guarda relación con el problema del efecto psico-social de la norma⁵⁴³. La correspondencia normativa de un comportamiento sólo se convierte en seguimiento si es la propia norma lo que causa tal seguimiento —de nuevo, sin que ello implique adhesión o aceptación—. De ahí que ella sola no pueda responder a la pregunta de si el comportamiento ha de verse o no como un seguimiento de la norma⁵⁴⁴.

⁵³⁹ Cfr. WEINBERGER, en *Studien*, p. 245.

⁵⁴⁰ Creo que esto puede asimilarse con la noción de *notitia criminis*.

⁵⁴¹ MAÑALICH, *Norma*, p. 21, con ulteriores referencias en nota 18.

⁵⁴² Por lo demás, la constatación de que una norma jurídica ha sido en un caso concreto ineficaz no lleva aparejado reproche alguno.

⁵⁴³ Cfr., WEINBERGER, en *Studien*, p. 245.

⁵⁴⁴ Cfr., MAÑALICH, *RDJ*, p. 182. KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 42 s.; VOGEL, *Norm*, pp. 35 ss.

En la constitución del hecho punible encontramos ambos momentos: la confirmación, primero, de la no-correspondencia y, después, del no-seguimiento. El no-seguimiento va referido a la no-correspondencia y, en ese sentido, como dijimos, siempre la presupone. Si el seguimiento de la norma significa actuar conforme a la norma *por mor* del conocimiento la norma, al derecho penal no le puede interesar (no puede exigir) que el sujeto destinatario actué conforme al derecho penal *por mor* de las normas del derecho penal⁵⁴⁵. En el primer caso, la norma opera como razón externa de la actuación del sujeto; en el segundo, como razón interna⁵⁴⁶. Ello sería atribuir al derecho penal un fin moralizante de adhesión, esto es, de sometimiento de la vida interior de las personas, inaceptable en una sociedad pluralista y democráticamente constituida y, por consiguiente, contrario a la máxima de neutralidad del derecho. Pues solo puede ser legítimamente exigida la legalidad, entendida ésta como correspondencia entre la norma y el comportamiento⁵⁴⁷. Al derecho no le puede interesar el motivo o la razón efectiva de esa conformidad, sino solo una auto-organización conforme a la norma. Ahora bien, para que la no-correspondencia entre lo exigido por la norma y lo hecho por el sujeto legitime la intervención del derecho penal será necesario analizar si lo exigido por la norma pudo ser cumplido por el sujeto. Es decir, si la norma pudo ser seguida por el sujeto.

⁵⁴⁵ Así, por ejemplo, K. GÜNTHER, «Individuelle Zurechnung im demokratischen Verfassungsstaat», *JRE* 2, 1994, pp. 148 s., 156 s.; KINDHÄUSER, «Culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de derecho», en Kindhäuser/Mañalich, *Pena y culpabilidad*, pp. 212, 221 s.

⁵⁴⁶ Sobre esta distinción, MAÑALICH, *Norma*, p. 24, con nota 30. Al respecto, véase ya BINDING, *Normen*, vol. II, p. 229; EL MISMO, «Der objektive Verbrechenstatbestand in seiner rechtliche Bedeutung», *Der Gerichtssaal* 76 (1910), p. 8., quien rechaza considerar la obediencia de la norma como fin en sí mismo, en tanto su razón última sería “el reconocimiento de la incompatibilidad de concretas manifestaciones del comportamiento humano con los presupuestos del orden jurídico (...) por ello el tipo objetivo constituye la razón de ser de toda lesión jurídica”; en sentido similar, THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, (reimpr. de la ed. de Weimar de 1878), 1964, p. 4, quien rechaza atribuir el carácter de “ciegas” a las normas que debieran seguirse como fines en sí mismos.

⁵⁴⁷ Sobre el principio de neutralidad, véase, KANT, *Metafísica*, p. 50 (Ak. 239): “ninguna legislación exterior puede lograr que alguien se proponga un fin (porque es un acto interno del ánimo); aunque puedan mandarse acciones externas que lleven a él, sin que el sujeto se las proponga como fin”; p. 242 (Ak. 391): “otro, en virtud de su derecho, puede muy bien exigirme acciones adecuadas a la ley, pero no que ésta constituya también a la vez el móvil de las mismas”; p. 246 (Ak. 392), entre otras. Ya antes presente en la distinción entre *obligatio externa* y *obligatio interna* de Thomasiaus. Sobre este autor, véase, SCHREIBER, *Der Begriff der Rechtspflicht. Quellenstudien zu seiner Geschichte*, 1966, pp. 13 ss., y *passim*. Sobre el mandato de neutralidad, en general, LAPORTA, *Entre el derecho y la moral*, 1993, pp. 46 ss.; en el ámbito del derecho penal, fundamental, KÜHL, «Die Bedeutung der Kantischen Unterscheidungen von Legalität und Moralität sowie von Rechtspflichten und Tugendpflichten für das Strafrecht – ein Problemaufriss», en Jung/Müller-Dietz/Neumann (eds.), *Recht und Moral*, 1991, pp. 139 ss., 144 ss.; GÜNTHER, *Schuld*, pp. 98 ss., 102 s., 251 s.; FEIJOO SÁNCHEZ, «Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?», *InDret Penal* 2/2011, p. 38; tematizando los motivos como fundamento y/o objeto de imputación, así como su consideración como atenuantes/agravantes, SILVA OLIVARES, en *Acciones, razones y agentes*, pp. 327 ss., esp. 344 ss. Ello no desconoce que *de facto* sea esa una de las funciones que realiza el derecho penal.

4. Posibilidad de seguimiento de la norma

Puede parecer una trivialidad subrayar que la vocación de toda norma de obligación —y la expectativa de quien la emite— consiste en ser seguida por su destinatario. Como consecuencia, esta vocación o pretensión de la norma ha de formar parte de su propio significado. Tanto es así que una *norma* de comportamiento que ordenara ejecutar o no ejecutar algo imposible para el universo de los humanos (como ordenar “volar de flor en flor como una mariposa” o tratar de configurar una acción ya ocurrida) no podría ser considerada una norma. Al menos no una norma práctica para un ser humano. De ello se sigue que la posibilidad humana de seguimiento (o de no-seguimiento) universalmente considerada es un elemento conceptualmente intrínseco a toda norma. Pues una expectativa imposible de estabilizar fracasaría siempre⁵⁴⁸. Lo que por extensión significa que toda norma ha de poder ser cumplida o seguida cuando se dé la ocasión y oportunidad como condiciones de aplicación. Y sólo entonces tendrá sentido (de justicia) reprochar el no-seguimiento de la norma. Sobre ello volveremos al tratar el principio «debe implica puede».

La diferencia sobre la que pretendo llamar la atención es la que media entre posibilidad humana y posibilidad situacional de seguimiento de una norma. Con otras palabras: entre una posibilidad universal (humana) y una posibilidad singular (concreto destinatario). Del hecho de que el seguimiento de una norma de comportamiento sea humanamente posible no se sigue que el seguimiento de semejante norma vaya a ser situacionalmente posible en el caso concreto. Pero toda norma cuyo seguimiento es humanamente posible es, en potencia (conceptualmente), una norma susceptible de ser seguida. De lo contrario sería una norma universalmente imposible o, lo que es lo mismo: no sería norma práctica. Sin embargo, esa relación conceptual puede verse empíricamente truncada si en la concreta situación el sujeto destinatario no reúne la capacidad para dar seguimiento a la norma. Pero ello en nada afecta a la posibilidad humana de seguir una norma como elemento conceptualmente necesario para toda norma⁵⁴⁹; mejor dicho, como límite del lenguaje

⁵⁴⁸ Cfr. JAKOBS, «Bemerkungen zu einigen Modelle des Vorverschuldens», en Saliger *et al.* (eds.) *FS-Neumann*, 2017, p. 902, advierte, en el mismo sentido, que una “norma” que no puede ser eficaz incluso bajo la premisa de fidelidad a la norma, fracasa como norma (no es norma).

⁵⁴⁹ Véase NAVARRO, «Validez y eficacia de las normas jurídicas», en Garzón Valdés/Laporta (eds.), *El derecho y la justicia*, 2000, p. 210, quien señala que, si bien “establecer si un conjunto de normas es eficaz en un tiempo *t* requiere una investigación empírica acerca del comportamiento de los individuos del grupo social en el tiempo *t*, determinar las condiciones de verdad de los enunciados que predicen la eficacia de un conjunto de normas es una tarea conceptual”.

normativo entre humanos. Por consiguiente, siempre que hay posibilidad situacional hay posibilidad humana, pero no a la inversa.

Lo anterior significa que una cosa ha de ser la promulgación de una norma, y de ahí su existencia, y otra la efectiva relación normativa entre la norma y el sujeto normativo. Esto último no puede ser condición de la existencia de la norma, sino más bien un efecto de su existencia *qua* validez jurídica⁵⁵⁰. Como se ha dicho, la relación normativa entre la norma y destinatario se da cuando éste no solo ha recibido la norma, el mensaje, sino que además es capaz de hacer lo que la norma prohíbe, requiere o permite. La eficacia de la relación normativa viene presidida entonces por el principio *ultra posse nemo obligatur*. Si a pesar de darse las circunstancias de poder seguir la norma el destinatario no la sigue, entonces procede el reproche. Esto es, la capacidad situacional de seguir una norma de comportamiento del derecho penal es lo que conforma el objeto de la responsabilidad jurídico-penal.

Cuando hablamos de infracción imputable de una norma estamos afirmando que siendo *eficaz* una norma, esto es, habiendo sido efectivamente recibida por el destinatario como razón para su acción, éste decide negar su eficacia jurídica. De ahí que se entienda que el destinatario no reconoce la norma de comportamiento. Por su parte, en el caso de la imprudencia (o de otras formas de imputación extraordinaria), si bien no se está en disposición de hablar de la eficacia de una norma, esto es, de que el potencial destinatario la haya recibido, esa merma de eficacia se debe (es decir, debe atribuirse) a una falta de cuidado por parte de aquél.

La norma jurídica de comportamiento no es norma de comportamiento sólo si tiene éxito guiando nuestro actuar. Ésa es su pretensión, la de guiar comportamientos, cuestión distinta es que lo consiga. Pero no por ello deja de tener la pretensión, que es lo que la caracteriza. La norma jurídica de comportamiento pretende convertirse en una razón para nuestro actuar; pero, de nuevo, de no conseguir constituir una razón jurídica (protegida y excluyente de otras razones válidas) de los potenciales destinatarios para realizar la acción indicada no deja de ser caracterizada como con esa pretensión. Existe, por tanto, la posibilidad de que una norma jurídica fracase en su pretensión de conformar nuestro actuar. Y entonces, en función del motivo de ese fracaso, podrá reprocharse o no al destinatario el fracaso de la pretensión de la norma de comportamiento. Dicho de otra

⁵⁵⁰ Cfr. MAÑALICH, *ZIS*, p. 580, con nota 83.

forma: no es la norma en sí, sino su seguimiento, lo que conforma una expectativa social. Defraudar semejante expectativa deja

IV. Norma jurídica de comportamiento y deber jurídico

1. Introducción

Es precisamente la eficacia como seguimiento de la norma jurídica la dimensión que está en juego en el siguiente nivel de concreción del modelo analítico. Si la antinormatividad había supuesto la incompatibilidad fáctica con la validez de la norma de comportamiento, la infracción de deber supone el cuestionamiento fáctico de la vigencia de la norma cuando se dan las condiciones para que esa norma sea eficaz. Así, mientras la validez (vigencia) es normativamente necesaria, pues no es susceptible de ser alterada por el infractor, la eficacia (vigencia) es socialmente (fácticamente) contingente, pues depende del seguimiento intencional de la norma.

Hemos visto que la discusión sobre eficacia de las normas jurídicas nos interesa en relación con las condiciones de eficacia. Si, por un lado, asignamos al derecho la función de mantener cierto orden social y, por el otro, creemos en la vigencia del principio de neutralidad, entonces la dimensión de eficacia que resulta más adecuada acoger es la de eficacia como cumplimiento o seguimiento *intencional*, para cuya consecución no es necesaria la adhesión (moral, se entiende) a la norma, pero sí la intención de participar del orden social, en principio beneficioso para todos. Es en este sentido que se asigna a la norma una pretensión comunicativa o motivadora. Así, la eficacia entendida como seguimiento intencional presupone como condición general de eficacia la capacidad de motivación normativa.

En este contexto, existen dos razones por las que puede afirmarse que una norma no es eficaz: en primer lugar, porque no se den las condiciones de seguimiento (de eficacia). Ello no quiere decir que no haya norma válida o existente, sino que tal validez o existencia no ha sido reconocida; se *desconoce* la norma, podríamos decir. En segundo lugar, porque, dándose las condiciones de seguimiento, se *decide* no seguirla. Ello cuestiona fácticamente no la eficacia, sino la validez jurídica de la norma; no obstante, la validez jurídica no es susceptible de ser normativamente cuestionada por el sujeto. Por tanto, la norma contrariada sigue siendo normativamente vigente, pero es fácticamente refutada.

Es decir, el comportamiento contrario a la norma no tendría fuerza normativa, sino únicamente fáctica⁵⁵¹.

Cuando un individuo, en una situación concreta, se pregunta qué *debe* o puede hacer o no hacer —lo que se conoce como deliberación práctica—, resuelve empleando una norma o razón que cree o sabe aplicable a ese tipo de situaciones⁵⁵². Decimos entonces que de la aplicabilidad de una norma a un caso particular surge un deber de actuar conforme al contenido de esa norma. Si esta norma es jurídica, entonces es, de entrada, excluyente de otras razones que puedan entrar en conflicto con la razón-norma jurídica. Que la norma sea excluyente facilita —simplifica— la deliberación práctica del sujeto, en el sentido de que no puede (en sentido deóntico) resolver si seguirla o no como razón para su actuar⁵⁵³.

Si la norma se aplica al caso, entonces el caso tiene el estatus de condición de aplicación (no de existencia) de la norma. Pero para que el destinatario pueda practicar (de modo intencional) esta norma⁵⁵⁴, la cual habrá de conducirlo a lo que debe hacer o no hacer, no basta con que la norma sea aplicable, sino que es imprescindible que sea reconocida por aquél como aplicable a la situación en la que se encuentra, en tanto situación que cae bajo el ámbito de aplicación de esa misma norma, además de que le sea físicamente posible realizar lo debido⁵⁵⁵.

Como se dijo, un sector importante de la doctrina jurídico-penal se sirve de la teoría de las normas para la (re)construcción sistemática del hecho punible. De hecho, hay gran acuerdo en definir formalmente el delito como la infracción imputable (o, en otros

⁵⁵¹ Ello no quiere decir que no se pueda valorar conforme a normas el comportamiento del sujeto o que el mismo exprese un sentido normativo. Más bien, con ello se pretende subrayar la incapacidad del comportamiento antinormativo para definir lo que es correcto (lo que es norma) desde el punto de vista del derecho.

⁵⁵² En general, actuamos para satisfacer las intenciones o deseos que nos sirven como razones de nuestro actuar. La norma jurídica cubre tales intenciones para situaciones reguladas jurídicamente.

⁵⁵³ Raz

⁵⁵⁴ Que la práctica de una norma haya de ser intencional está ligado a la idea del reconocimiento de la acción como aplicación de una regla. En este sentido, como vimos, HRUSCHKA, *Strukturen*, pp. 11 s.; KINDHÄUSER, *Intentionale Handlung*, pp. 200 ss. A estos efectos, practicar una regla o una norma como identificación de una acción ha de entenderse en un sentido amplio. No sólo practica una norma quien actúa conforme a la norma jurídica de comportamiento. También de quien actúa dolosamente decimos que practica o aplica una razón, si bien conflictiva prima facie con la razón jurídica. O de quien actúa imprudentemente actúa por una razón, si bien no la que había de ser desde el punto de vista del derecho. Sólo de quien se encuentra en una situación de ausencia de acción no podemos decir que aplique o practique una razón o norma en su *actuar*.

⁵⁵⁵ En sentido similar, aunque únicamente para el ámbito del error de prohibición, MIR PUIG, *PG*, 21/21, p. 571, afirma que “la posibilidad de conocimiento de la norma de determinación, entendida como imperativo concreto, es una *condición de aplicación tácita* de la misma” (énfasis original).

términos, el injusto culpable) de una norma de comportamiento. Ello supone que el proceso de reconstrucción de un hecho como hecho punible deba dar con las condiciones de la infracción imputable de esa norma; lo que conllevará, a su vez, las condiciones de aplicabilidad de la norma secundaria. En suma, de la imposición legítima de una pena.

Dos son las operaciones fundamentales que presiden la reconstrucción del hecho punible: determinar el hecho prohibido y atribuir responsabilidad personal por ese hecho. Es decir, en primer lugar, lo hecho por el agente habrá de tener cabida en lo-prohibido/requerido por una norma de comportamiento jurídico-penal; y, en segundo lugar, habrá de darse con razones normativas (lo que no excluye la necesidad de dar con elementos empíricos) para atribuírselo al agente como su obra. Lo primero se corresponde con el contenido de la norma; lo segundo, con la capacidad de seguir la norma. Dos cuestiones, por tanto, distintas.

Antes de continuar es necesario introducir algunas aclaraciones sobre el sentido en que utilizaremos en este capítulo el término “deber”. Tras una breve aclaración conceptual, abordaremos la distinción entre la norma de comportamiento y el deber jurídico que fundamenta. Posteriormente trataremos de demostrar que no todos los deberes son deberes en el sentido aquí propuesto (y el peligro normológico a que conduce semejante ambigüedad). Finalmente proyectaremos las conclusiones sobre algunas de las categorías de la teoría del delito afectadas, a saber, la imprudencia y la *actio libera in causa*.

2. Sobre la noción de deber en el derecho penal

2.1. Clasificación general de los usos del término “deber”

El término “deber” es quizá uno de los términos cuya utilización genera más ambigüedad en el contexto del derecho. Ello obedece a que el término “deber” —o los enunciados de deber (o deónticos: “debe”, “no debe”, “puede”, “tener que”, etc.) —, es utilizado de varios modos y admite distintas interpretaciones. La razón de esta ambigüedad se encuentra, en parte, en que constituye el concepto sobre el que se apoya gran parte de los sistemas normativos⁵⁵⁶. En efecto, semejante término pertenece al vocabulario básico

⁵⁵⁶ Aquí nos ocupamos únicamente del “deber” normativo, por oposición al uso de “deber” causal. En detalle, BRANDOM, *Explicito*, pp. 49 ss., quien señala que “la «fuerza» normativa que determina cómo sería apropiado actuar no es pensable según el modelo de una clase especial de «fuerza» causal” (p. 50).

común del derecho y la moral⁵⁵⁷. Y aunque suele hacerse un uso distintivo del término en función de si nos encontramos en un ámbito moral (deber moral) o en el jurídico (deber jurídico), en ocasiones el sentido puede dar lugar a la confusión de distintas constelaciones deónticas del discurso práctico⁵⁵⁸. Esto ocurre, de manera ejemplar, cuando se trata del deber de obediencia al derecho, pero también cuando tratamos, por ejemplo, los deberes de una persona progenitora para con sus hijos. Pero también con las diferentes versiones de concepción iusnaturalista del derecho.

Sin embargo, es posible hablar de un denominador común para todos los usos del término “deber”: hablamos de deber como “una necesidad práctica en relación con (promover o respetar) el bien de algún ser”⁵⁵⁹. A partir de aquí, los deberes podrán clasificarse en: i) *deberes hacia uno mismo y deberes hacia terceros*, en función del titular del bienestar a que contribuye la acción debida; ii) *deberes autónomos y deberes heterónomos*, en función de quién prescriba la acción debida; iii) *deberes positivos y deberes negativos*, en función del contenido de la acción debida. Reservamos por ahora el tercer criterio de clasificación y nos centramos en los dos primeros.

Independientemente del contexto discursivo en el que nos encontremos, y como resultado de la combinación de los criterios “titularidad del bienestar” (i) y “autoría de la prescripción” (ii), es posible realizar una ulterior división de los deberes en cuatro grandes categorías: a) deberes autónomos hacia uno mismo; b) deberes autónomos hacia terceros; c) deberes heterónomos hacia uno mismo; d) deberes heterónomos hacia terceros⁵⁶⁰. En el contexto del derecho penal, los deberes únicamente pueden venir *de fuera* del agente que tiene que ejecutar u omitir la acción debida. Y aunque el agente puede hacer suyo el contenido del deber jurídico —y por “hacer suyo” me refiero a considerarlo como dado

⁵⁵⁷ Al respecto, véase, BAYÓN MOHÍNO, «Deber jurídico», Garzón Valdés/Laporta (eds.) *El derecho y la justicia*, 2000, pp. 313 ss. Pero también, como señala RAZ, *Practical reason*, p. 31, es un término usado tanto por las teorías del valor como por las teorías estrictamente normativas.

⁵⁵⁸ Por esa razón algún autor propuso deshacerse del término “deber”, ROSS, *Sobre el derecho y la justicia* (trad. Genaro Carrió), 1963, p. 154. Entiendo que a este riesgo de confusión es a lo que en definitiva se refiere PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 91 con n. 480 (citando a Renzikowski); pp. 95 s., con nota 511 *in fine*; p. 107, con ulteriores referencias en n. 594; también en p. 280, al tratar el desarrollo por parte de Binding de la concepción del injusto en Merkel como la desobediencia al derecho objetivo.

⁵⁵⁹ VON WRIGHT, *La diversidad de lo bueno*, p. 201. La clasificación que sigue es deudora de la propuesta por este autor (pp. 201 ss.).

⁵⁶⁰ Una clasificación similar es la propuesta ya por KANT, *Metafísica*, pp. 229 ss. Este autor entiende el “deber” como una coacción del arbitrio libre llevado a cabo por la ley. Cuando la coacción proviene del exterior es hetero-coacción, de ella se ocupa la doctrina del derecho; cuando proviene de la ley interior es auto-coacción, de ella se ocupa la doctrina de la virtud. La hetero-coacción se identifica con los deberes jurídicos; la auto-coacción, con los deberes de virtud.

por uno mismo en ejercicio de su autonomía⁵⁶¹—, ello no es condición para la existencia de semejante deber jurídico, pues el agente seguiría siendo sujeto de derecho (penal), y por tanto sometido a esta clase de deber, aun cuando no concurriera esa aceptación o adhesión más personal. Esto nos lleva a descartar la categoría de deberes autónomos como vinculante para nuestra presente indagación.

Ya en el marco que nos interesa de los deberes heterónomos, la diferencia categorial se establece en virtud del interés en el que queda fundamentado el deber, el cual puede estar representado tanto por el bien de su destinatario como por el bien de un tercero⁵⁶². En el primer caso, la relación normativa se agota en la relación emisor-receptor; en el segundo, puede añadirse un tercero como interesado, salvo que el interesado sea el propio emisor. Este último es el paradigma de deber *jurídico-penal*: autoridad normativa, destinatario-obligado y beneficiario. Son los clasificados como *deberes heterónomos en beneficio de terceros*. Un deber jurídico-penal implica siempre una coacción (mejor: constricción); cuando la constricción viene del Estado no puede entenderse como auto-constricción sino como hetero-constricción. De entrada, la hetero-constricción del Estado sólo puede serlo —sólo puede justificarse— para mantener intactas posiciones deónticas de terceros. Por tanto, el deber fundamentado en una norma jurídica que emite el Estado siempre implica a una persona distinta de la que somete (salvo, como dijimos, que el sometido sea copartícipe del bien o interés protegido).

¿Podemos afirmar la relevancia penal de la clase de deberes heterónomos en beneficio de uno mismo? Es decir, de normas emitidas por una autoridad *A*, en virtud de las cuales se impone a su destinatario *D* un deber de actuar de una manera que *A* considera buena para *D*⁵⁶³. Pero ¿qué significa aquí la expresión “relevancia penal”? Y, ¿por qué interesa esta

⁵⁶¹ Ello deja intacta la noción de autogobierno —o autolegislación— como posible vía de legitimación del derecho, pues, siguiendo el carácter bicéfalo de la noción de persona deliberativa de Günther, la faceta que estamos evaluando aquí no es la del ciudadano autor de las normas, sino la de la persona en derecho. En otro orden de ideas, la autonomía es la forma propia de vincularse en el ámbito jurídico-privado, donde el agente, en ejercicio de su autonomía, se obliga como parte en un contrato. Cuestión distinta es que el cumplimiento de tal obligación pueda ser impuesto a instancia de la otra parte vía administración de justicia.

⁵⁶² O por el bien de ambos, caso, por ejemplo, de los llamados bienes supraindividuales en los que también participa el sujeto de un deber.

⁵⁶³ Observa von Wright que el agente que da órdenes a otros por su propio bien suele contar con el reconocimiento de una posición de autoridad (pp. 209 ss.). Los casos que pone este autor, y todos los que se me ocurren, son ejemplificaciones de actitudes paternalistas. De hecho, el concepto de paternalismo que propone GARZÓN VALDÉS, «¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?», *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 5, 1988, p. 156, es coextensivo con el concepto de deber heterónimo hacia uno mismo: “prohibición o mandato, cuando ello es necesario para evitar un daño (físico, psíquico o económico) de la persona a quien se impone la medida”.

pregunta a nuestra investigación? Como vimos, este es el estatus normativo que algunos autores asignan a las incumbencias, el de exigencias hacia uno mismo.

Existen tres usos del término “deber” —o enunciados de deber— que interesan particularmente a esta investigación, pues es en relación con éstos que se propone por un sector doctrinal la relevancia de la noción de incumbencia. En primer lugar, el “deber” como derivación, concreción o conclusión inferencial de una norma jurídica de comportamiento. Esto es, el deber jurídico fundamentado en una norma jurídica de comportamiento. Frente a este uso es que se plantea la distinción de la incumbencia, por lo que en su caso hablaremos de sentido técnico-jurídico o genuino de “deber”. En segundo lugar, el “deber” como deber de obediencia o seguimiento de las normas. Como veremos, este uso encierra cierto paralelismo con la función atribuida a la incumbencia, en la medida en que las dos entidades —deber de obediencia e incumbencia— van referidas al cumplimiento de las normas jurídicas que conforman el derecho⁵⁶⁴. De ahí que quede abierta la posibilidad de tematizar la incumbencia, incluso diferenciada del deber en sentido técnico, como un (meta)deber de obediencia al derecho. Y, en tercer lugar, el “deber” en la formulación del principio o máxima “deber entraña poder”. Por ahora nos detendremos en el uso de “deber” en sentido técnico-jurídico.

2.2. «Deber» en sentido técnico-jurídico

En este sentido, y siguiendo el modelo clasificatorio propuesto por Hohfeld, el uso del término “deber” es equivalente a una “posición jurídica” correlacionada estrictamente con otra “posición jurídica” expresada por un derecho o pretensión⁵⁶⁵. Así, decir que A tiene un deber de ejecutar u omitir una determinada acción significa que B tiene un derecho a que A realice o no realice esa determinada acción. Esta relación entre dos posiciones jurídicas conforma una relación jurídica entre los dos sujetos, cuyo fundamento se encuentra en una norma de comportamiento⁵⁶⁶. Se habla entonces del sujeto de derecho y del sujeto de deber. Por consiguiente, cabe entender por deber en sentido técnico-jurídico *la situación o posición jurídica subjetiva correlativa a un derecho y que es individualizada sobre la base de una norma de comportamiento general*. En este sentido,

⁵⁶⁴ En este sentido, también, GÜNTHER, *Schuld*, pp. 110 s.

⁵⁶⁵ HOHFELD, *Conceptos jurídicos fundamentales*, (trad. G. Carrió), (1909) 1968. Planteamiento que ya se deja intuir en VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit. Erster Band: Der Begriff der Rechtswidrigkeit*, 1903, p. 106. Un repaso histórico (continental) del concepto de deber jurídico desde los estoicos hasta Kelsen puede encontrarse en SCHREIBER, *Der Begriff der Rechtspflicht*, 1966.

⁵⁶⁶ Véase, por todos, RENZIKOWSKI, *GA* 2007, pp. 562 ss.

la expresión “deber jurídico” puede ser equivalente a la de “obligación jurídica”⁵⁶⁷, y “tener un deber jurídico” no es sino equivalente a ser destinatario de una norma jurídica de comportamiento.

Dicho esto, surgen no pocas cuestiones que precisan de una aclaración, siquiera breve: i) ¿quién es el beneficiario o titular del derecho que se correlaciona con el deber jurídico fundamentado en una norma jurídica de comportamiento penalmente reforzada?; ii) y, ¿qué papel desempeñaría en esta relación el bien jurídico?; iii) ¿y el deber de cuidado?; iv) ¿y, en su caso, la incumbencia?

2.2.1. Titularidad del derecho correlativo al deber jurídico en sentido técnico-jurídico

Sobre la cuestión de la titularidad del derecho correlacionado existen dos posibles planteamientos: o bien el titular es un sujeto individual o colectivo (un tercero), o bien lo es el propio Estado. Si, como sugiriera Binding, entendemos las normas de comportamiento jurídico-penalmente reforzadas (por normas de sanción jurídico-penales) como normas de derecho público general, entonces el derecho que se correlaciona con el deber derivado de la norma de comportamiento habrá de ser uno también de naturaleza pública⁵⁶⁸. La persona portadora de ese derecho solo puede ser el Estado. Ello no conduce a identificar el contenido de este derecho con la obediencia (*Gehorsam*) o la sumisión (*Botmässigkeit*) al Estado, en tanto sujeto de ese derecho, tal

⁵⁶⁷ Sobre la distinción, en el derecho romano, entre *debitum* y *obligatio*, o en el derecho germánico, entre *Schuld* y *Haftung*, véase, brevemente, BAYÓN MOHÍNO, en *El derecho y la justicia*, pp. 323 s. Nietzsche, *Genealogía de la moral*.

⁵⁶⁸ BINDING, *Normen*, vol. I, pp. 35 s. Además, este autor consideró los derechos subjetivos totalmente irrelevantes para determinar el alcance de los tipos delictivos protectores del individuo, en la medida en que el ataque no les afectaría *en cuanto a derechos*, sino solo a sus presupuestos fácticos en cuanto ataque «a un mundo de bienes», (*ibidem*, pp. 338, 353 ss.); todo ello tiene como consecuencia, también advertida por Binding, el rechazo de la idea acerca de un derecho penal *directamente* preventivista frente a la defensa de un derecho penal *eminentemente* sancionatorio. Sobre lo que sigue, fundamental, MAÑALICH, *RChD*, pp. 501 ss., para quien, partiendo de esta caracterización bindingniana de norma, el derecho penal estaría “integrado por reglas que definen las condiciones de las cuales depende la imposición y ejecución de sanciones que cuentan como penas; esto es, por el conjunto de normas de sanción penal y las reglas que las complementan”. Véase, también, NEUMANN, *GA* 1985, pp. 397 s.; KINDHÄUSER, «Reflexiones de teoría de las normas acerca del consentimiento en el Derecho Penal», (trad. J.P. Mañalich), en del mismo, *Teoría de las normas y sistemática del delito*, 2008, pp. 26 ss. Ideas cercanas, en la forma de un derecho penal consagrado como un orden jurídico secundario que presupone otro orden jurídico de derechos y deberes es sostenido por numerosos autores; véase, H-L. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, pp. 154 ss.; FREUND, *AT* § 1 nm 12; MURMANN, *Grundkurs*, § 8 nm. 6; HAAS, *Kausalität*, pp. 54 s., 58 ss.; RENZIOWSKI, *GA* 2007, pp. 564 ss., 571 ss.

como sugiriera Binding⁵⁶⁹. Antes bien, conviene no confundir aquello que la norma (vía deber) exige —y que se identifica con la ejecución u omisión de una determinada acción— con la obligatoriedad de una norma, que va implicado en lo primero en tanto norma jurídicamente validada⁵⁷⁰.

Y, sobre la posibilidad de considerar al sujeto individual como portador de la posición jurídica vehiculada en el derecho subjetivo, ello conlleva confundir la persona respecto de la cual el destinatario se encuentra inmediatamente vinculado en virtud de su posición de deber (el Estado) con la persona en cuyo interés se legitima la intervención del derecho penal por medio de normas⁵⁷¹. Esto es, el sujeto al que se protege y al que le sirve la imposición de un deber (el particular) es distinto del sujeto al que se adeuda su cumplimiento (Estado). Esto significa que, si bien la norma de comportamiento tiene la función de coordinar la libertad general de acción del destinatario con los bienes o intereses jurídicos que protege, no fundamenta *inmediatamente* derechos subjetivos de los titulares de esos bienes frente al autor⁵⁷². Puede afirmarse metafóricamente que, mientras el establecimiento de las normas de comportamiento se lleva a cabo «desde arriba», su legitimación tiene lugar «desde abajo», desde el individuo⁵⁷³. De lo que se sigue que el sujeto que lesiona o pone en peligro un bien jurídico no sólo lesiona una esfera jurídica ajena (privada), sino también el deber de observar la prohibición de aquella lesión⁵⁷⁴.

⁵⁶⁹ Cfr. BINDING, *Normen*, I, pp. 96 s., 417 ss.; también, ENGELMANN, *Rechtsbeachtungspflicht und rechtliche Schuld*, 1926, p. 41.

⁵⁷⁰ Cfr. MAÑALICH, *RChD*, p. 502, con nota 134. NEUMANN, *GA* 1985, p. 398.

⁵⁷¹ Cfr. MAÑALICH, *RChD*, p. 503.

⁵⁷² Cfr. KINDHÄUSER, en *Teoría de las normas*, p. 27. En el mismo sentido, PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 91, n. 480 *in fine*: “Evidentemente, es correcto que el ordenamiento jurídico-penal no representa un sombrero de Gessler al que los ciudadanos deben saludar únicamente por la exigencia de la autoridad del superior. Sin embargo, con ello sólo queda probado que delito y pena necesitan una legitimación aceptable desde la teoría de la libertad, y no, que debieran ser conceptualmente aprehendidos ante todo como sucesos interpersonales”.

⁵⁷³ Así, RENZIKOWSKI, *GA* 2007, p. 565, aunque rechazando, por caer en dicha confusión, la posibilidad de que el comportamiento sea debido «hacia arriba».

⁵⁷⁴ KINDHÄUSER, en *Teoría de las normas*, pp. 27 s. En esta línea, RENZIKOWSKI, *GA* 2007, acude a Kant para sostener que “con del delito «se pone en peligro al ser general y no solo a una persona individual», pues quien roba, por ejemplo, «hace insegura la propiedad de todos los demás»” (p. 566), diferenciando así “«entre lo que solo *formaliter* es injusto y lo que es injusto también *materialiter*»: injusto material es, por ejemplo en el hurto, la afectación de la relación jurídica entre el autor y la víctima por medio del desprecio a la propiedad; el injusto formal es la violación del Derecho como tal” (p. 568). En este sentido, véase también, HRUSCHKA, «Drei Vorschläge Kants zur Reform des Strafrechts», en Jahn *et al.* (eds.), *FS-Stöckel*, 2010, pp. 88 s. Similar, PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 107: “un ataque al estado de libertades se manifiesta, en consecuencia, en que el autor, al contrariar el ordenamiento jurídico-penal de conductas, quiebra su rol como representante de la comunidad jurídica como ciudadano. Lesiona su deber de cooperar en el mantenimiento del *statu quo* jurídico. En ese sentido, el crimen presenta conceptualmente un injusto frente

Todo ello denota una particular relación a tres que halla su fundamento en la misma norma de comportamiento *jurídico-penal*. El sujeto de derecho (Estado), el sujeto de deber (destinatario) y el sujeto protegido (ciudadano). Por lo que aquí interesa, deber jurídico y norma jurídica no son identificables. El fundamento del deber es una norma general que se aplica a todos los miembros de la comunidad a la que afecta la norma en cuestión. Esa norma de comportamiento se legitima por coordinar o distribuir espacios de libertad vía protección de bienes jurídicos.

En definitiva, de la norma de comportamiento *surge*⁵⁷⁵ un deber para la acción concreta cuya correlativa posición se encuentra en el derecho del Estado, pero cuya legitimación se halla en el bien jurídico protegido en interés de otra persona. Como veremos a partir del esquema que proporciona el silogismo práctico, el “deber” en este sentido técnico-jurídico ha de concebirse como la exigencia de comportamiento concreta (situacional) que resulta a partir de la consideración de la norma prohibitiva o de mandato como razón para la omisión o la ejecución de una acción. Y es frente a esta concepción de deber y de norma que se pretende diferenciar la noción de incumbencia. En mi opinión, cuando hablamos de “deber” cuya infracción genera responsabilidad penal tenemos que estar también en disposición de decir que ese deber se corresponde con una esfera jurídica ajena *qua* derecho subjetivo o interés legitimante. Ello no parece ocurrir en el caso del deber de cuidado.

2.2.2. El modelo del silogismo práctico

Como vimos en la primera parte del trabajo, la figura del silogismo práctico ha sido introducida por algunos autores en la discusión jurídico-penal sobre teoría de las normas y teoría de la imputación⁵⁷⁶. Su utilización busca básicamente ofrecer un esquema del

a la comunidad jurídica como un todo; en palabras de Kant, pone en peligro el ser general y no únicamente a la persona particular. Sin embargo, la razón legitimante la encuentra el deber de cooperación reforzado penalmente en la libertad del ciudadano, la cual solo cobra valor y fuerza en el marco de un ordenamiento jurídico capaz de imponerse”.

⁵⁷⁵ Como vimos, ese surgir, derivar, inferir no puede ser lógico-deductivo, sino pragmático. Como señala VOGEL, *Norm*, p. 42, ese paso se corresponde con el paso del plano locucionario al plano ilocucionario de las normas. Lo que significa que las normas sirven de fundamento de obligaciones para acciones.

⁵⁷⁶ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 132 ss.; EL MISMO, *InDret Penal*, 4/2008, pp. 9 ss.; VOGEL, *Norm*, pp. 70 ss.; STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, 2007, pp. 174 ss.; y más recientemente, MAÑALICH, en *REJ*, pp. 169 ss.; con exposición detallada, EL MISMO, *Norma*, pp. 17-28, 134 nota 148. Aquí se sigue el modelo elaborado por estos autores. Además, SÁNCHEZ-OSTIZ, *InDret Penal* 1/2015; EL MISMO, *FS-Streng*, pp. Sobre el silogismo práctico como guía para explicar la acción, véase los clásicos-básicos, ARISTÓTELES, *Primeros analíticos*, recogido como tercer libro del *Órganon*, en donde introduce el método silogístico; en el ámbito de la teoría de la acción, ASCOMBE, «Del razonamiento práctico», en *Razonamiento práctico*, 1986; LA MISMA, *Intención*, 1991, (trad. de M^a Isabel Estellinos); VON

razonamiento práctico como una actividad reflexiva guiada o sometida a normas. Con otras palabras: un razonamiento sobre qué se puede hacer en un contexto normativo. Este esquema permite una distinción nítida de los dos conceptos con los que introducíamos este capítulo: norma para la acción y deber⁵⁷⁷. Ahora bien, a partir de aquí la figura del silogismo práctico puede ser utilizada de dos modos distintos.

Un primer modo de recurrir al esquema favorecido por el silogismo práctico lo encontramos en Sánchez-Ostiz. Este autor pretendería reconstruir el razonamiento práctico llevado a cabo por el eventual autor para dar con la intención que llevó al autor a actuar, cuestión más bien de carácter psicológico. Sin embargo, recordemos que lo interesante de la propuesta de Sánchez-Ostiz se encuentra en el papel que jugarían las incumbencias con respecto al razonamiento práctico de un individuo sometido a una concreta norma de comportamiento. En su esquema, incumbe al individuo asegurar, en cierta medida, la corrección o capacidad de semejante razonamiento.

En otro sentido, el rendimiento que encuentran Kindhäuser o Mañalich en el silogismo práctico consiste en servirse de un “esquema para la clarificación de la estructura de la imputación jurídico-penal”⁵⁷⁸. Es decir, para construir su modelo de imputación basado en el principio de contrafacticidad. La ventaja de este uso es que la intención que suele servir como premisa del razonamiento no cobra relevancia, pues se toma como hipótesis que la intención dominante de todo ciudadano fiel a derecho coincide con el objetivo de la norma de comportamiento⁵⁷⁹. Así, si la norma de comportamiento prohíbe matar, la intención del destinatario de una norma que se asume contrafácticamente es la de no tener la intención de matar. Por tanto, a diferencia del uso que del esquema hace Sánchez-Ostiz, quien, hasta donde alcanzo, se refiere a la norma como premisa del razonamiento en un

WRIGHT, *Explicación y comprensión*, pp. 48 ss. y *passim*; EL MISMO, *Practical Reason. Philosophical Papers of G. H. von Wright*, pp. 1 ss., 18 ss.; para su uso en el ámbito de la teoría del derecho, PHILIPPS, *Handlungsspielraum*, pp. 59 ss.; RAZ, *Razón práctica y normas*, 1991, pp. 17 ss.; EL MISMO, *From Normativity to Responsibility*, 2011, pp. 107 ss., pp. 129 ss.; GONZÁLEZ LAGIER, *Acción y norma en G. H. von Wright*, 1995, pp. 147 ss.

⁵⁷⁷ Como ha señalado MAÑALICH, *Norma*, pp. 15 ss., ello es fruto de complementar la teoría de las normas con una teoría de la acción, imprimiendo a la primera del dinamismo necesario para la reconstrucción de la teoría del delito como teoría de imputación; en sentido similar, ALCÁ CER GUIRAO, «Cómo cometer delitos con el silencio. Notas para un análisis del lenguaje de la responsabilidad», en *LH-Ruiz Antón*, pp. 25 ss.

⁵⁷⁸ MAÑALICH, «La imprudencia como estructura de imputación», en *RCP*, 3 (2015), p. 22, nota 30.

⁵⁷⁹ MAÑALICH, *InDret Penal* 1/2013, p. 7; KINDHÄUSER, *InDret Penal* 4/2008, pp. 9 ss.; JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, pp. 42 ss., 64 ss.; CÓRDOBA, «Evitabilidad individual y lesividad en la teoría del ilícito», *InDret Penal* 3/2015, pp. 3 ss. Reconstruir silogismo práctico como *modus tollendo tollens*. Ejemplo: Si el agua hierve, entonces soltará vapor. No suelta vapor. Por lo tanto, no está hirviendo el agua. Faltaría preguntar por qué no hierve el agua.

sentido psíquico (motivación real), la propuesta de Kindhäuser partiría de una motivación normativo-hipotética.

Ahora interesa centrarse en esta figura, primero, para explicar el esquema de imputación que pretende explicar; y segundo, para hacer patente que de la norma de comportamiento tal como la hemos concebido en el capítulo anterior sólo puede surgir con necesidad práctica (recordemos la definición básica de “deber” seguida más arriba) el deber de ejecutar u omitir una acción perteneciente a cierta clase de acciones que conforman el contenido de la norma de comportamiento⁵⁸⁰. Esto último quiere decir que otras clases de deberes de los que se habla en la dogmática jurídico-penal —tales como el deber de cuidado, el deber de conocer el derecho o el deber de informarse, entre otros— no serían susceptibles de encontrar un fundamento práctico (directo) en las normas de comportamiento jurídico-penalmente reforzadas⁵⁸¹. Lo que no excluye su existencia como exigencias de comportamiento; antes bien, de existir, lo harían con absoluta independencia conceptual y de contenido con respecto de la norma de comportamiento⁵⁸². Y aunque la relación entre ésta y el deber jurídico-técnico tampoco ha de verse como una relación lógico-conceptual, sí que se da en dos sentidos: primero, la ejecución u omisión de la acción subjetivamente debida pertenece a la clase de acción cuya ejecución u omisión es objetivamente requerida o prohibida, respectivamente. En cambio, la ejecución u omisión de la acción *debida* (conforme a la exigencia de cuidado) no pertenece a la clase de acción cuya ejecución u omisión es objetivamente requerida o prohibida, respectivamente, por la norma de comportamiento. A modo de ejemplo: no mantenerse en el carril que corresponde, invadiendo el carril contrario en una curva, no pertenece a la clase de acción “matar”. Por tanto, segundo: el deber jurídico-técnico surge por necesidad práctica de la norma de comportamiento; no así el deber de cuidado. De ahí que hablar de “deberes” pueda inducir a una confusión normológica⁵⁸³. Lo decisivo, entonces, es que la exigencia de cuidado sea claramente diferenciada —función, objeto de referencia, etc.— del deber de evitar la realización del tipo⁵⁸⁴.

⁵⁸⁰ Sin embargo, estos juicios que expresan resoluciones (juicios resolutivos) no pueden ser considerados prescriptivos.

⁵⁸¹ En este sentido, aunque por razones que difieren que ahora no interesan, por ejemplo, JAKOBS, *AT*, § 9/6, p. 319; VOGEL, *Norm*, pp. 246 s., en la delimitación entre la antinormatividad derivada de la infracción de un deber de garante y el actuar contrario a cuidado; KINDHÄUSER, *GA* 1994, pp. 210 ss.

⁵⁸² Es decir, a diferencia de lo propuesto por Binding, *Die Normen*, vol. I, 4ª ed., p. 110.

⁵⁸³ Por ejemplo, Hruschka, *Strafrecht*, pp. 415 ss.; Kindhäuser, *Gefährdung*, pp. 65 ss.; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 232.

⁵⁸⁴ Cfr. KINDHÄUSER, *GA* 1994, p. 211, con nota 49.

Respecto del modelo de imputación, la distinción entre antinormatividad (como no-correspondencia) e infracción de deber se corresponde con la que media entre objeto y fundamento de imputación⁵⁸⁵. En este sentido, el silogismo práctico consigue poner en claro esta diferencia entre *lo* que debe ser evitado según la premisa mayor y el *por qué* debe (mejor: debió) ser evitado. La infracción de deber es resultado de una operación de imputación (de primer nivel), a partir de la cual se constata que la antinormatividad —esto es, la satisfacción de las propiedades típicas de una acción— pudo ser actualmente evitada por el sujeto concreto, de haber sido esa la intención dominante del agente. Y que pudo ser evitada toma como base determinados datos empíricos que concurrían en la persona del sujeto al momento de realizar o ejecutar la acción antinormativa. Después de esbozar el esquema del silogismo práctico veamos cómo se relacionan las variables «objeto» y «fundamento» de imputación con la estructura de toda forma de responsabilidad en sentido retrospectivo⁵⁸⁶.

3. Reconocimiento de la situación de hecho y de la norma de comportamiento

La capacidad de seguimiento (intencional) de la norma —es decir, realizar como propia la intención de la norma en cuestión—, presupone, entonces, determinadas condiciones: el conocimiento *de* los elementos situacionales que la hacen aplicable y la capacidad física del sujeto, el conocimiento *de* la propia norma, la capacidad de motivarse *conforme* a ésta y de actuar *conforme* a esa comprensión. De modo tal que sólo si están presentes tales condiciones es que reconocemos jurídicamente la capacidad actual de seguir intencionalmente la norma. Como puede observarse, todos estos aspectos relativos al sujeto tienen como objeto de referencia aspectos relativos a la norma de comportamiento, ya sea sus condiciones fácticas de aplicación, ya su contenido normativo. ¿Qué ocurre, sin embargo, si a partir de la realización de un tipo objetivo se constata que la norma no ha sido efectivamente seguida? Esto es, que una norma que había de proveer una razón para la (omisión o ejecución de una) acción —la premisa mayor de una inferencia práctica, cuya conclusión se corresponda con la omisión o ejecución de una acción— no operó como tal razón en la medida en que, de hecho, se ejecutó u omitió la acción

⁵⁸⁵ Distinción que, por su parte, se corresponde con lo que la doctrina tradicional identifica con injusto objetivo o desvalor de resultado (antinormatividad) e injusto de la acción o desvalor de acción (infracción de deber). Al respecto, véase KINDHÄUSER, *InDret Penal* 4/2008, p. 13.

⁵⁸⁶ Sobre la distinción entre sentidos retrospectivo y prospectivo de la responsabilidad volveremos más adelante.

prohibida o requerida, respectivamente. Pues bien, en el derecho penal, en aras de atribuir responsabilidad por semejante realización, habremos de preguntarnos por la razón del no seguimiento. Y esto, formulado de otro modo, significa preguntarnos acerca de si lo hecho pudo o debió ser evitado. Posicionar la imputación sobre la base de la noción de evitabilidad, según la cual un hecho antinormativo puede ser imputado a un sujeto si le fue posible ejecutar u omitir lo ordenado o prohibido —evitar lo efectivamente realizado— por el derecho de haber sido ésta su intención⁵⁸⁷.

Por un lado, en el caso de que esa norma no sea reconocida como eficaz no por decisión contraria a la norma, sino por desconocimiento de la aplicación de ésta⁵⁸⁸, la norma no podrá ser practicada, pues ello implica hacerlo intencionalmente. Por el otro, que la norma no pueda ser practicada por un potencial destinatario no impide afirmar que semejante norma fuera aplicable al caso. Se trata de dos perspectivas distintas. A efectos de ilustrar esto último podemos servirnos de un sencillo ejemplo:

El cazador *A* dispara hacia un matorral *creyendo* que lo que se mueve tras él es un jabalí, cuando *en realidad* se trata de su compañero de batida *B*.

Según lo dicho, este caso de error de tipo puede explicarse como sigue: el cazador *A* no puede practicar la norma “¡Está prohibido matar a animales humanos!” porque desconoce que la misma sea aplicable a la situación en la que se encuentra. Ello es compatible con saber que existe una norma que prohíbe matar animales humanos y su disposición a observarla, pero, en esta situación, semejante norma no gobierna su razonamiento práctico⁵⁸⁹. A esto lo podemos llamar el punto de vista interno o la perspectiva del autor. Desde un punto de vista externo, que no toma en consideración la perspectiva del autor, es posible afirmar que la norma que prohíbe matar es aplicable a la situación, en la medida en que la acción llevada a cabo por el cazador satisface la descripción de la acción matar⁵⁹⁰, o, previamente a la realización de la acción, en la medida en que un sujeto se encuentra en situación (se le presenta la oportunidad) de realizar el tipo, aunque

⁵⁸⁷ HARDWIG, *Zurechnung*, p 120; KAHRS, *Vermeidbarkeitsprinzip*, p. 24; VOGEL, *Norm*, p. 58.

⁵⁸⁸ Semejante desconocimiento no se identifica necesariamente con un desconocimiento general de la prohibición o mandato.

⁵⁸⁹ Como sostiene JAKOBS, «Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern», *ZStW* 101 (1989), p. 531 (p. 140) todo hecho imprudente demostraría que la óptima disposición de observancia de la norma de nada vale si no se ve acompañada de un juicio cognitivo correcto sobre las condiciones de su aplicación.

⁵⁹⁰ De hecho, si ya en este punto sostenemos, desde un punto de vista externo, que la norma no es aplicable por ser desconocida por su destinatario, entonces consecuentemente no podríamos continuar con el examen sobre la relevancia jurídico-penal de ese desconocimiento.

desconozca encontrarse en esa situación. Se da entonces la característica falta de congruencia entre el punto de vista interno y el externo (favorecer la validez de este último es lo que podemos definir como normativismo). De ahí que la respuesta a la pregunta en primera persona por el *qué debo o puedo hacer* no se corresponda necesariamente con la respuesta a la misma pregunta formulada en tercera persona. Ello no quiere decir que la inferencia práctica llevada a cabo por el autor sea incorrecta (irracional), pues actuó según la situación que creía se le presentaba y, de ese modo, a partir de sus creencias (sobre razones). Más bien, y desde una perspectiva externa, la razón practicada no fue la que debió regir su razonamiento⁵⁹¹.

Se constata, entonces, el no reconocimiento de la norma como premisa de su razonamiento y, con ello, el no reconocimiento de una razón que le inste a evitar su comportamiento motivado por la no causación del resultado de muerte. Es más, si preguntamos a A “¿por qué disparaste?”, es muy probable que respondiera: “*porque creí tener una razón para disparar y ninguna razón para no disparar*”. De haber reconocido la aplicabilidad de la norma a su situación —diríamos— habría debido omitir el disparo. Puesto que no fue el caso que reconociera la norma o las circunstancias que la hacen aplicable, no podemos decir que surgiera para él o ella el deber de omitir disparar⁵⁹². La norma no operó como razón —como *motivo*— para su acción, pero existe como razón *normativa* de su acción⁵⁹³. De ahí que, si finalmente se impone el punto de vista externo, sea plausible afirmar un déficit de razonamiento práctico del sujeto.

Si la norma de comportamiento ha de informar al individuo sobre lo que está prohibido o es requerido para la situación en la que se encuentra, es posible sostener que el autor imprudente no se manifiesta de manera inmediata contra la propia norma, sino, más bien —en el nivel del injusto—, contra sus condiciones de aplicación cognitivas⁵⁹⁴. Pues, si bien la norma aplicable prohíbe matar a animales humanos —volviendo al ejemplo—, el autor cree erróneamente estar matando a un animal no humano. Tales condiciones

⁵⁹¹ Sobre la distinción entre razonamiento práctico e inferencia práctica, véase RAZ, *From Normativity to Responsibility*, pp. 129 ss. Similar, KÖHLER, *Die bewusste Fahrlässigkeit*, pp. 328 ss., quien se refiere a un defecto de razonamiento práctico correcto. Similar también, en el ámbito de la exculpación, MAÑALICH, *InDret Penal*, 1/2013, donde se ocupa de la figura de la *akrasia* como una “instancia de irracionalidad práctica” que explicaría el comportamiento de quien actúa en una situación de necesidad exculpante.

⁵⁹² En este sentido, ya, BOHNERT, *ZStW* 94 (1982), p. 77.

⁵⁹³ Ello demostraría, de nuevo, que la norma de comportamiento entendida como razón externa para la acción no requiere para la verdad de un enunciado que se refiera a ella una remisión a factores motivacionales del agente. Sobre la distinción entre razones normativas y razones explicativas, RAZ, *Normativity to Responsibility*, pp. 13 ss.

⁵⁹⁴ Cfr. JAKOBS, *ZStW* 101 (1989), p. 531, aunque refiriéndose únicamente a la imprudencia “no dirigida”.

cognitivas —como también la capacidad física—, son presupuestos para practicar la norma —para la formación de la intención conforme a ella— y es lo que en el esquema del razonamiento práctico favorecido por la figura del silogismo constituye la premisa menor. Decimos entonces que en tal figura se presenta una “falla de un presupuesto implícito”⁵⁹⁵, pues siendo aplicable, desde un punto de vista externo, la norma que prohíbe matar —ya que es precisamente con la que no se corresponde la acción del cazador—, la acción en efecto realizada (u omitida) coincide, precisamente, con la acción cuya realización (u omisión) debió evitarse.

Ello puede ser ilustrado con el caso del «guardarropa del teatro» (presentado por Renzikowski⁵⁹⁶):

A, guardarropa de un teatro, toma la pistola de uno de los abrigos y, sin saber si está o no cargada, aprieta el gatillo frente a un cliente.

Según Renzikowski, en este caso la norma dirigida a *A* rezaría: “¡No debes apretar el gatillo de una pistola frente a otra persona sin antes haber probado si la pistola estaba o no cargada!”, en lugar de “¡No dispires a otras personas!”. Ello en la medida en que esta última sólo puede dirigirse a quien supone que la pistola está cargada. Quien lo desconoce, en cambio, no tiene motivo alguno para subsumir el comportamiento que pretende realizar en tal norma, pues parte de que la pistola está descargada⁵⁹⁷. Formulado de otro modo: la lesión no fue la razón de su comportamiento. De nuevo, en este ejemplo se hace patente que difiere el objeto de una y otra norma —la acción que se describe como prohibida—. Como señala este autor, en la prohibición de matar no puede encontrarse la razón por la cual no debe apretarse el gatillo de una pistola descargada frente a otra persona aun cuando no se hubiera verificado previamente su estado. Pues con una pistola descargada no puede *dispararse* a alguien⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵ Al respecto, fundamental, MAÑALICH, *Norma*, p. 25.

⁵⁹⁶ Cfr. RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, pp. 226 ss. Una crítica a esta presentación se encuentra en ROSTALSKI, *GA* 2016, p.

⁵⁹⁷ *Ibidem*, p. 227; EL MISMO, en *Leipziger Juristisches Jahrbuch* 7, 2010/11, pp. 15 s.; KINDHÄUSER, *JRE*, 1994, p. 334.

⁵⁹⁸ *Ibidem*, p. 227, subrayando, con razón, que tal exigencia no sirve directamente a la protección de bienes jurídicos, pues del conocimiento de que la pistola está cargada no se sigue, por sí mismo, que no vaya a tener lugar disparo mortal alguno.

Por tanto, esta antinormatividad *qua* no-correspondencia encuentra su explicación en una incapacidad (en el caso del error) cognitiva, lo cual impide, en un primer momento, que sea subjetivamente imputada como infracción de deber (en sentido técnico-jurídico).

V. Conclusiones

En el *Capítulo Tercero* de distinguir entre distintas fases de una norma de comportamiento. Legitimación, validez jurídica y eficacia son fases sucesivas de las normas jurídicas y, por tanto, diferentes dimensiones de estas. La vigencia o validez de una norma de comportamiento no puede ser confundida con su eficacia. Ello nos ha llevado a asumir una concepción de norma de comportamiento como entidad susceptible de ser formulada lingüísticamente. Esta formulación puede realizarse a través de una oración deóntica, la cual hace reconocible su carácter de norma en la medida en que correlaciona un operador deóntico con un determinado tipo de acción. Una norma así concebida puede ser empleada como baremo de medición o como instrumento de configuración de acciones. Ello sin embargo no implica redefinir la estructura de la norma a partir de las funciones que puede desempeñar. Cabe entonces se para de manera estricta el *contenido* de la norma de lo que haya de contar como su eventual *función*. En este sentido, la función de una norma no puede ampliar el contenido de lo que ésta prohíbe o requiere. La conclusión entonces ha sido que la norma de comportamiento no puede ofrecer un anclaje normativo a la expectativa de asegurar su seguimiento.

Esta teoría de las normas tiene la capacidad de descomponer con mayor claridad y precisión el problema al que nos enfrentamos: los dos momentos analíticamente diferenciados que conforman los grupos de casos bajo examen y en los que se pretende atribuir responsabilidad en estado de defecto y por ese estado. De este modo, puede ser considerada más fiel a toda estructura de responsabilidad. El sujeto que realiza un tipo delictivo en estado defectuoso no encuentra en la norma de comportamiento así concebida una razón para no actuar imprudentemente. Y de ello se sigue que en el tratamiento de estos grupos de casos deben ser distinguidos de manera estricta problemas a tratar en el ámbito de la norma y problemas a tratar en el ámbito de la imputación. En este sentido, la normatividad (jurídica o no) no se reduce a la existencia de normas de comportamiento, sino que se configura, además, con la existencia de reglas de imputación.

Se ha asumido la tesis de que deber con relevancia jurídico-penal solo hay uno, el cual se corresponde con el que nace con necesidad práctica para la situación concreta en la que se encuentra el destinatario de la norma. Es, básicamente, la concreción de la norma por parte del sujeto al que va destinado. Si, como hemos visto, la situación de imposibilidad de seguir la norma se caracteriza por la incapacidad de concretar la norma para saber cómo se debe actuar, entonces, si pretendemos hacer responsable al sujeto por esa falta de capacidad, parece necesario encontrar otra entidad normativa que fundamente esa vinculación jurídica subsidiaria. En todo caso, este comportamiento anterior no es el que se corresponde con el objeto de la norma. Y, si esto es así, no alcanzaría a designar como “deber con relevancia jurídico-penal” a las exigencias de cuidado propias de la imprudencia (*facti* o *iuris*). Parece necesario un concepto que respete tales distinciones y cuya capacidad de rendimiento sea transversal a toda la teoría del delito, tal como lo es la categoría de la imputación a la que debe servir.

Así, a la norma de comportamiento no le podemos pedir más que ser un estándar de corrección que guíe nuestros planes de acción. Y simplemente cuando se produzca una lesión o puesta en peligro y tengamos que examinar si atribuimos o no responsabilidad por ello, es cuando tendremos que considerar si esa norma de comportamiento fue reconocida como vinculante por el sujeto antes de actuar como lo hizo. En este sentido, la distinción entre norma y deber nos sirve *ex post facto* para reconstruir la situación vía reconstrucción negativa del razonamiento práctico y así atribuir responsabilidad. En realidad, puede decirse que el recurso al modelo del silogismo práctico atribuye un no razonamiento práctico debido (“debido en la medida en que la razón de la norma constituye la premisa mayor de la deliberación práctica”).

Además, se ha tratado de advertir que el concepto de norma de comportamiento asumido condiciona la posibilidad de atribuir responsabilidad jurídico-penal en los casos de incapacidad actual de seguimiento de la norma. De este modo, la discusión en torno a la configuración de la norma de comportamiento condiciona la discusión sobre la imputación cuando no concurre la capacidad de hacer lo que la norma indica. La ventaja analítica de concebir la norma de comportamiento en estos términos se encuentra en que ofrece una determinación de lo que cabe entender por objeto de imputación cuando el delito se encuentra consumado (sea éste de resultado puro, de peligro o de mera actividad). Y si ello es así, el objeto de imputación en el primer nivel no es alterado porque la conducta haya sido realizada dolosa o imprudentemente. Del mismo modo, en el segundo nivel de imputación, la infracción de deber (dolosa o imprudente), que constituye

el objeto de imputación de segundo nivel, no se altera porque el sujeto haya llevado a cabo un actuar culpable o no. Esto último tiene relevancia para el tratamiento de la *alic*. Que el sujeto, por ejemplo, haya cometido un hecho delictivo en estado de embriaguez no altera que es precisamente ese injusto doloso o imprudente el que configurará el objeto de imputación, y no un comportamiento anterior en estado de capacidad de culpabilidad.

CAPÍTULO CUARTO. RESPONSABILIDAD Y CONCEPTO DE PERSONA

I. Introducción

La falta de correspondencia entre el comportamiento de un sujeto y lo exigido por la norma de comportamiento —la antinormatividad— es un indicador de que se ha cuestionado el derecho. Es decir, con la antinormatividad queda establecida la situación objetiva relevante para el derecho. Pero semejante situación ha de confirmarse —ha de manifestarse— como *significativa* para el derecho penal. Para ello, a la certeza de que se ha realizado un hecho que está *mal* ha de seguir el establecimiento de que se tuvo conciencia de ello y que se hizo, expresado *grosso modo* y en terminología clásica, por voluntad propia y libre. Es decir, para que el hecho mantenga la relevancia jurídico-penal es necesario examinar si la autonomía personal del sujeto actuante ha quedado involucrada en ese hecho. Lo que interesa entonces es situar ese hecho antijurídico en la esfera de responsabilidad de una persona.

La operación de imputar busca, en este sentido, establecer una relación de agencia y de personalidad entre un sujeto y un hecho. Como tal, esta operación constituye una decisión sometida a reglas, en virtud de la cual se forma el juicio de atribución de una medida de responsabilidad a un sujeto por algo que ha realizado. Así, de un lado tenemos el suceso (el hecho) y del otro tenemos la acción y el sujeto. La satisfacción de lo primero es una cuestión empírica, ocurre o no ocurre, pero si ocurre se convierte en una cuestión no revocable sobre la que se tiene certeza, esto es, tiene valor de verdad. Es la evidencia de que el hecho o la descripción de la acción se corresponde con el que la norma pretende evitar. En cambio, tanto la acción, entendida como realización de una intención, como la disposición relevante del agente están sujetas a juicio y, como tal, es susceptible de revisión o nulidad⁵⁹⁹. Si es posible afirmar, por la vía de la adscripción, que el hecho cuenta como acción, entonces habremos de preguntarnos, en un siguiente paso, si el concreto sujeto cuenta como responsable de esa acción. Se tratará, de nuevo, de una

⁵⁹⁹ Cfr. HART, «The Ascription of Responsibility and Rights», en *Proceedings of the Aristotelian Society*, 49, (1948/49), pp. 175 ss. La distinción que aquí se hace entre hecho y acción puede ser expresada con distinta terminología. De hecho, hay autores (Sánchez-Ostiz, por ejemplo) que para significar lo que aquí se pretende con ‘hecho’ utilizan el término ‘acción’ y para significar lo que aquí se pretende con ‘acción’ utilizan el término ‘hecho’ (citar PSO; ver lo que dice al respecto Mañalich en la nota de Norma...). Según el significado que aquí atribuimos, ‘hecho’ puede ser expresado como ‘descripción de una acción’ y ‘acción’ como ‘acción intencional’. Sólo entonces cobra sentido la distinción entre un lenguaje descriptivo, para el primero, y un lenguaje adscriptivo, para el segundo.

operación de imputación. Que estos dos últimos pasos sean resultado de una decisión nos indica que en la formación del juicio de atribución interviene un grado irreductible de discrecionalidad, es decir, de valoración o asignación de relevancia, la cual se desarrolla en un determinado contexto de práctica social: en nuestro caso, el derecho. Es, por tanto, relevancia o valoración jurídica. De este modo, al imputar no estamos describiendo hechos, sino que tomamos una decisión en función de ellos⁶⁰⁰. Y esto quiere decir que cuando nos preguntamos por la relación de agencia y por (lo que aquí designaremos como) la «relación de personalidad» no hemos de buscar las propiedades de un suceso que lo conviertan en penalmente relevante, sino que enfrentamos la pregunta por la responsabilidad de alguien sobre un suceso; la pregunta, en definitiva, por la posibilidad de enjuiciar, y en su caso sancionar, a alguien por lo que ha hecho.

Por tanto, la operación de imputación se encamina a hacer responsable a un individuo por un suceso al cual se le ha impuesto el estatus deóntico de prohibido u obligatorio. Y hacer responsable es, como veremos, reconocer al otro como persona, al menos en cierto sentido. Uno y otro elemento conforman la *infraestructura mínima de toda atribución de responsabilidad*. Es decir, desde una perspectiva formal, toda estructura de responsabilidad contiene un objeto de responsabilidad y un sujeto de responsabilidad. De este modo, cuando atribuimos responsabilidad el *qué* y el *porqué* son elementos conceptualmente necesarios. Además de esta infraestructura mínima, toda atribución de responsabilidad está compuesta de manera suficiente por la relación de otros tres elementos: el sujeto que responsabiliza, la instancia frente a la que se responde y el contexto normativo. En suma, alguien (1) es hecho responsable (2) por algo (3) frente a alguien (4) con base en reglas normativas (5).

A mi modo de ver, un mejor entendimiento de esta estructura de la responsabilidad y de la operación de imputación requiere detenerse, siquiera de manera breve, en otros conceptos que intervienen en semejante relación, tales como ‘libertad’, ‘acción’, ‘persona’, ‘norma’ o ‘deber’⁶⁰¹. A estos últimos hemos dedicado los primeros capítulos

⁶⁰⁰ Así, FEINBERG, «Action and Responsibility», en Max Black (ed.), *Philosophy in America*, 1965, p. 147; MACKIE, «Responsibility and Lenguaje», en el mismo, *Persons and Values. Selected Papers*, vol. II, 1985, pp. 32 s.; QUANTE, «Being Identical by Being (Treated as) Responsible», en Kühler/Jelinek (eds.), *Autonomy and the Self*, 2013, p. 260.

⁶⁰¹ Otro concepto fundamental en el lenguaje de la responsabilidad que por su problematicidad no podrá ser abarcado en la presente investigación es el de ‘causalidad’. Por lo demás, las teorías o ideas de otros ámbitos de conocimiento (básicamente de la filosofía teórica y práctica) que se acogerán en este trabajo suelen ser discutidas en origen (como ocurre con todas las teorías). De tales críticas no podemos hacernos cargo de un modo riguroso en la presente investigación, si bien serán apuntadas cuando sea el caso.

de la segunda parte de la investigación. En lo que sigue trataré de exponer lo suficiente sobre los conceptos de persona y responsabilidad con el fin de mostrar la plausibilidad y utilidad de las distinciones y desarrollos presentados para una noción de imputación o responsabilidad extraordinaria. No será posible, sin embargo, justificar de manera completa todos los posicionamientos, como tampoco tener en cuenta todas las perspectivas —empresa inabarcable por diferentes motivos— de la filosofía práctica o de la dogmática jurídico-penal. Antes de saber si cabe o si tiene sentido algo así como una conceptualización (caracterización) extraordinaria de la imputación, la responsabilidad o la culpabilidad creo necesario que nos adentremos en el uso y estructura de tales conceptos.

II. Concepto y estructura de la atribución de responsabilidad jurídico-penal

1. Delimitación conceptual previa del término ‘responsabilidad’

En este sentido, aquí se parte de que el derecho penal (la teoría del delito) reproduce, en gran medida, estructuras o esquemas propios de la filosofía práctica⁶⁰². Sin embargo, como veremos, se parte también de que las distinciones y la sistematización alcanzada por la teoría del delito poseen autonomía teórica. Como es sabido, en el derecho y en la moral (en la filosofía práctica en general) la noción de responsabilidad suele ir acompañada de (incluso es empleada indistintamente por) las nociones de imputación o culpabilidad. Sin embargo, en el transcurso de la discusión jurídico-penal contemporánea de impronta continental son estas dos últimas expresiones las que en mayor medida han logrado imponerse⁶⁰³. En lo que sigue, se utilizará la expresión “responsabilidad” —en uno de sus sentidos posibles— sin distinción, pero con cierta preferencia, con respecto a la expresión “imputación”.

⁶⁰² Como vimos en la exposición de la primera parte, esta relación queda claramente exhibida en la reconstrucción que se hace de la teoría del delito con base en las doctrinas clásicas de la imputación. Por su parte, en un trabajo relativamente reciente de SCANLON (*Moral Dimensions*, 2008), el autor divide la obra en tres partes que recuerdan, a mi juicio en gran medida, el esquema surgido en la teoría del delito a partir del finalismo. Así, habría cierta correspondencia entre la distinción secuencial que propone este autor —«*Permissibility*», «*Meaning*» y «*Blame*»— y la sistematización canónica en la teoría del delito —«tipicidad», «antojuridicidad» y «culpabilidad»—.

⁶⁰³ En este sentido, con referencia al ámbito de la historia de la filosofía práctica, véase, WERNER, «*Verantwortung*», en Düwell/Hübenthal/Werner (eds.), *Handbuch Ethik*, 3ª ed., 2011, pp. 543 s.

Cuando enunciamos “A es responsable por/de X” podemos estar utilizando el enunciado de responsabilidad en diferentes sentidos. Aquí interesan, al menos, cuatro de ellos⁶⁰⁴: i) “el socorrista es responsable del bañista”; ii) “A es responsable por la muerte de B”; iii) “A es responsable por el conocimiento que tuvo de la situación”; iv) “A es una persona responsable”. Entre (i) y (ii) la diferencia obedece a una dimensión prospectiva o retrospectiva del término responsabilidad, lo cual ofrece dos conceptos distintos de responsabilidad. Los enunciados (ii) y (iii) se sitúan ya en la dimensión retrospectiva del término y su diferencia obedece más bien al objeto referido con la preposición “por”. Nos centraremos ahora en la distinción entre (i) y (ii). Más adelante volveremos sobre la distinción entre (ii) y (iii)⁶⁰⁵. El uso (iv) puede ser definido, por ahora, como un concepto valorativo (*Wertbegriff*) empleado para designar a una persona (o a su acción) que asume su responsabilidad prospectiva de manera ejemplar⁶⁰⁶.

El término ‘responsabilidad’ puede ser utilizado entonces en un sentido *prospectivo* o un sentido *retrospectivo*⁶⁰⁷. Aquí interesa la conexión que existe entre la responsabilidad prospectiva y la responsabilidad retrospectiva. Parece que entre ambas podría existir una *relación de necesidad normativa* (por su diferencia a lógica o conceptual), que podríamos denominar como de prioridad normativa, o de una cierta de correspondencia normativa. Por seguir con el ejemplo del socorrista: sólo en la medida en que el socorrista es hasta cierto punto responsable *de* la seguridad del bañista (con base, por ejemplo, en una posición o relación de garante) puede ser hecho responsable *por* una eventual muerte de aquél. Así, en sentido prospectivo la responsabilidad suele expresarse en la noción de deber o competencia; el sentido retrospectivo, en la noción de imputación o de culpabilidad. No obstante, como veremos, el sentido prospectivo referido a un deber o a

⁶⁰⁴ Todos estos sentidos son reconducibles a la propuesta de cuatro usos del término responsabilidad propuesta en su día por Hart.

⁶⁰⁵ Además, en el lenguaje ordinario se dan otros usos del término ‘responsabilidad’, los cuales, sin embargo, suelen ser de alto contenido metafórico; así, por ejemplo, cuando se dice que “El temporal podría ser el responsable del derrumbe de la grúa” para describir una mera relación de causalidad. Por su parte, decir que “A es quien causó el accidente que provocó la muerte de B” no implica que A sea responsable de la muerte de B; la responsabilidad personal de la que ahora nos ocupamos no puede ser reducida a una mera descripción causal empírica.

⁶⁰⁶ Así, WERNER, *Handbuch Ethik*, pp. 542 s. El sentido prospectivo encuentra su lugar en los fundamentos de imputación; la responsabilidad retrospectiva los toma como base. Así, la responsabilidad prospectiva (en el sentido de capacidad de ser responsable) es la base para poder atribuir responsabilidad.

⁶⁰⁷ DUFF, «Responsibility», en *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, vol. 8, pp. 290 ss.; EL MISMO, *Answering for Crime*, 2007, pp. 30 ss. En el ámbito de la filosofía práctica, por ejemplo, WERNER, en *Handbuch Ethik*, pp. 542 ss.; BLÖSER, *Zurechnung bei Kant*, 2014, pp. 3 ss., con ulteriores referencias en nota 7.

un rol o competencia habrá de tener en cuenta la capacidad del sujeto de cumplir con lo esperado por tales posiciones normativas⁶⁰⁸.

2. Estructura de la responsabilidad retrospectiva: objeto y sujeto

Lo que más interesa por el momento es averiguar qué designamos con la expresión básica “ser responsable por”. Esta puede ser la oración que quizá mejor exprese el significado de un fallo judicial, el cual puede ser entendido como la respuesta a la pregunta “¿Quién es responsable por X?”. En la mayoría de las ocasiones en las que utilizamos el término “responsabilidad”, lo hacemos en el sentido de tener que responder por algo y/o ante alguien⁶⁰⁹. Siguiendo a Dan-Cohen⁶¹⁰, cuando empleamos la expresión “A es responsable por X”, podemos estar haciéndolo en dos sentidos que varían en función de lo que designemos con “X”. El signo “X” constituye aquí el complemento de la preposición “por”, indicando una causa, en este caso la causa de la responsabilidad. Ello permite dos análisis distintos cuyo sentido varía en función del elemento que complementa a la preposición “por” en la oración de responsabilidad. Un primer análisis se refiere a un elemento relacionado con el sujeto (nuclear); un segundo análisis, lo hace a un elemento externo (periférico) al sujeto. Así pues, con “X” podemos estar designando tanto un objeto o suceso de responsabilidad (“A es responsable *por el* accidente de coche”) como a un aspecto relativo al sujeto de responsabilidad (“A es responsable *por su* conducción negligente”). En el primer caso, con X nos referimos al *hecho* cuya *autoría* es adscrita a A (el accidente de coche). En el segundo, a un aspecto de A *en virtud del* cual él es considerado *autor* de ese hecho. Esto es lo que Dan-Cohen denomina la “estructura dual o binaria de la responsabilidad”, en la cual ha de ser posible identificar el *objeto-responsabilidad* (*object-responsibility*) y el *sujeto-responsabilidad* (*subject-responsibility*)⁶¹¹.

⁶⁰⁸ Así, en el sentido prospectivo, ser responsable implicaría la siguiente secuencia: 1) ser ciudadano; 2) estar sujeto a un deber; 3) ser capaz de responsabilidad (cumplir con el deber). Cada uno de estos estatus muestra prioridad ontológica o justificativa sobre el otro.

⁶⁰⁹ Cfr. DUFF, *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*, p. 23: “To be responsible is to be answerable”. No será objeto de análisis la estructura relacional de la responsabilidad expresada en la oración “ser responsable ante (alguien)”.

⁶¹⁰ Cfr. DAN-COHEN, «Responsibility and the Boundaries of the Self», *Harmful Thoughts. Essays on Law, Self, and Morality*, 2002, pp. 202 ss.

⁶¹¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 202 s.; una distinción similar se encuentra, como vimos, en KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp.; parcialmente distinto, HRUSCHKA, *JZ* (1997), pp. 25 s.

La razón por la que Dan-Cohen designa como “aspecto del sujeto” al fundamento de responsabilidad (*responsibility base*) obedece a la tesis según la cual el sujeto que asume responsabilidad (“yo soy responsable de X”) estaría identificándose por medio de aquel aspecto (que institucionalizamos, por ejemplo, en el dolo, la falta de cuidado o la culpabilidad), en tanto elemento constitutivo de sí mismo. Brevemente: en virtud de tales aspectos *relativos al sujeto*, éste estaría representando un acto de auto-constitución⁶¹², en el cual traza su propio límite identificándose con o distanciándose de un fundamento de responsabilidad que comúnmente es tenido por existente o supuesto⁶¹³.

Es decir, “ser responsable por” presupone un juicio de atribución que, como tal, queda sujeto a razones o a reglas. Por ejemplo: “A es responsable por X, *porque* A pudo evitar hacer X”. La posibilidad de evitar hacer X cuenta aquí como razón o criterio para la atribución de responsabilidad a “A” por “X”. O “A es responsable por X, *porque* A es dueño de X”, donde “ser dueño” cuenta como criterio de atribución de responsabilidad. Por tanto, cuando afirmamos que *alguien* (A) es responsable por *algo* (X), estamos afirmando, a la vez, que existen *razones* para hacer responsable a “A” por “X”. De ello resulta que entre ambos aspectos existe una relación de implicación mutua: el juicio por el que se atribuye responsabilidad por un hecho lleva implícita la aplicación de algún criterio de responsabilidad. Contrariamente, cuando se alude a la razón para atribuir responsabilidad con ello se designa un fundamento de responsabilidad y, por tanto, una extensión de responsabilidad por objetos o hechos que emanan de ese fundamento⁶¹⁴.

Con todo, lo que en una determinada estructura de responsabilidad cuenta como fundamento de responsabilidad, puede contar, a su vez, como objeto de responsabilidad en otra estructura de responsabilidad. Siguiendo con el ejemplo: la conducción negligente de A, que en el ejemplo anterior contaba como fundamento de responsabilidad, puede contar como objeto-responsabilidad, es decir, como el hecho por el que ha de atribuirse responsabilidad. De lo que se sigue que, si afirmamos que A es responsable por la conducción negligente, entonces estamos implicando otro aspecto como fundamento de la responsabilidad por la conducción en cuestión⁶¹⁵. Como veremos, esta sucesión de estructuras ocurre cuando distinguimos entre la culpa consciente y la culpa inconsciente, pero también entre el dolo y la culpa consciente, o entre el conocimiento de la

⁶¹² Cfr. *Ibidem*, p. 209. En este sentido, también Mañalich.

⁶¹³ Cfr. *Ibidem*, p. 210.

⁶¹⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 203.

⁶¹⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 204.

antinormatividad y el desconocimiento evitable de ésta. Se trata, en definitiva, de seguir el rastro de las razones para atribuir responsabilidad.

Esta estructura dual de la responsabilidad subyace como propiedad a todos los usos de la noción (o clases) de responsabilidad, incluso en la forma de responsabilidad objetiva. Es el contenido de ambos elementos estructurales, a saber, el objeto de la responsabilidad y, sobre todo, el “aspecto relativo al sujeto”, el que variará en función de la responsabilidad que tratemos de atribuir, es decir, del ámbito en el que nos encontremos. Así, las reglas de atribución (imputación) del derecho penal excluyen supuestos que no pueden caer bajo su ámbito de aplicación, pero que sí pueden hacerlo en otros ámbitos como el civil o el administrativo; o en ámbitos extrajurídicos como el de la responsabilidad moral o política. Brevemente: la exclusión de una clase de responsabilidad no excluye necesariamente otras clases o formas de esta⁶¹⁶.

En la estructura de responsabilidad jurídico-penal, el objeto se remite en dos pasos secuenciales a la realización del tipo objetivo y al injusto (subjetivo), y, por tanto, a la contrariedad de la norma de comportamiento y a la infracción de deber; mientras que el fundamento se remite a las reglas de imputación y, entonces, a un concepto de persona en derecho que subyacería a éstas⁶¹⁷. En sentido estricto, la parte estructural de la responsabilidad que designamos como “fundamento” es la única que tiene que ver con la culpabilidad jurídico-penal en sentido amplio (no como categoría dogmática); lo que queda si la excluimos es, a lo sumo, responsabilidad objetiva (la cual, por lo demás, también requiere de un fundamento objetivo).

Resumiendo: según el modelo aquí seguido, el primer objeto a imputar lo constituye la antinormatividad constatada *ex post* (tradicionalmente: injusto objetivo, hecho objetivamente típico); los criterios que sirven como fundamento de la imputación de la antinormatividad como infracción de deber (tradicionalmente: injusto de la acción, subjetivo o personal) son el dolo o la imprudencia. Esta infracción de deber (dolosa o imprudente) es, a su vez, objeto de imputación a la culpabilidad. Como veremos, en los casos de imputación extraordinaria —tanto en el nivel del injusto como de la

⁶¹⁶ Ello explica, además, el carácter fragmentario y de ultima ratio del derecho penal.

⁶¹⁷ Esta misma idea se encuentra en, GÜNTHER, *Schuld*, pp. 205 s.; MAÑALICH, *InDret Penal* 1/2013, pp. 21 s.; una idea similar, aunque acudiendo a una concepción metafísica de persona, puede verse en, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, pp. 397 ss., 418 ss., 448 s., entre otras; PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia*, pp. 163 ss., esp. 165 s., utilizando además la expresión “tipo referido a la persona” en referencia al tipo subjetivo (p. 164).

culpabilidad— son necesarias ulteriores descomposiciones entre objetos y fundamentos de imputación, de forma tal que pueda hablarse de dos objetos de imputación, uno principal y otro secundario. Estas relaciones de responsabilidad habrán de regirse por el principio de referencia, es decir, el fundamento habrá de estar referido al concreto objeto de imputación.

3. Capacidad de responsabilidad como presupuesto normativo común de la responsabilidad moral y jurídica

Para entender ahora cualquier clase de *atribución de responsabilidad*, y por extensión de responsabilidad jurídico-penal, es necesario analizar previamente qué se pretende *decir* con “responsabilidad” en el sentido retrospectivo. Es muy posible que el contexto de uso más natural del término sea el del lenguaje de la moral⁶¹⁸. Aquí existe un amplio consenso en sostener que la responsabilidad, concebida de manera retrospectiva, presupone *alguna* idea de libertad, o que, en todo caso, el agente se decidió por la acción de la que se le responsabiliza⁶¹⁹. Así, por una parte, es común acudir a la idea de que la atribución de responsabilidad por un hecho está basada y justificada por la capacidad del agente de elegir libremente sus acciones, en el estado consciente referido a lo que estaba haciendo o en que estuviera a su alcance el poder evitarlo. Brevemente: cuando atribuimos responsabilidad a una persona por su acción y la elogiamos o criticamos estamos presuponiendo que pudo actuar de un modo distinto al que efectivamente actuó. Tiende a exigirse, como apuntamos, cierta relación de correspondencia entre la responsabilidad retrospectiva, como atribución, y la responsabilidad prospectiva, como posición (aquí personal, no necesariamente institucional) en la que se encuentra un individuo. Cuando la relación prospectiva comprende circunstancias personales, entonces la atribución de responsabilidad es susceptible de comprender el sentido de un reproche. Por lo que, de faltar la manifestación de *lo personal*, entonces no procedería emplear en este sentido el término ‘responsabilidad’.

⁶¹⁸ El ámbito moral en su diferenciación del jurídico. En términos generales, es decir, si entendemos el ámbito de la moral como la clase de lenguaje normativo al que pertenece la especie del propio derecho, entonces el sentido del texto cambia, e incluso puede ser contradictorio.

⁶¹⁹ Esta tradición se remonta, por lo menos, a ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Libro III, 1110a-1119b21, y Libro V.

Por otra parte, y todavía en el contexto de la moral, parece además apropiado realizar ciertas concesiones al hecho de que, *lato sensu*, existen factores que nos determinan a actuar como actuamos o a ser lo que somos⁶²⁰. Esto da lugar a aceptar —como cuestión nada metafísica, sino empírica— que es posible concebir voluntades o personalidades no tan *libres* en la medida en que se encuentren determinadas (total o parcialmente) por factores físicos, psicológicos, biológicos, sociales o económicos⁶²¹. En suma, una concepción de responsabilidad como responsabilidad personal no puede tomar distancia de estas dos variables. La razón, sin embargo, ha de ser hecha explícita por la aplicación de una teoría ética normativa, pues de lo que se trata aquí es de la legitimación del juicio de responsabilidad o culpabilidad. Compatibilizar en mayor o menor medida ambos puntos de vista acerca de las personas que interactúan en el espacio de juego normativo del derecho es lo que también parecen pretender los sistemas contemporáneos de atribución de responsabilidad jurídico-penal de nuestro entorno cultural⁶²². Así, a mi juicio, nuestra práctica ética o jurídica de responsabilizar no puede exigir como idea de libertad la ausencia de toda determinación, como se piensa desde el concepto de causalidad libre, sino la ausencia de aquellas coacciones (en un sentido amplio) a través de las cuales se ve impedida nuestra capacidad de ejercicio de la razón práctica (deliberación práctica) o autonomía personal.

En el contexto de los sistemas jurídico-normativos, un mismo sistema positivo puede integrar —y es común que así ocurra—, distintos modelos de responsabilidad, en los que la vinculación entre un objeto y un sujeto de responsabilidad puede ser más o menos flexible o intensa. Esto significa que para cada modelo pueden establecerse condiciones distintas bajo las cuales un determinado sujeto cuente como responsable por un hecho. Así, una clasificación que goza de cierta tradición distingue entre responsabilidad por el resultado (objetiva) y responsabilidad por *culpa* (subjctiva); entre responsabilidad directa e indirecta (vicarial); y entre responsabilidad individual y colectiva⁶²³. Pero también es común que la comunidad jurídica haga uso del término ‘responsabilidad’ en diferentes contextos y con sentidos diversos. Al respecto, es conocida la exposición llevada a cabo

⁶²⁰ No me refiero aquí, o no sólo, a la hipótesis del determinismo en sentido estricto, en virtud del cual todo evento futuro (lo que está por ocurrir) sería siempre físicamente necesario. Al respecto, por ejemplo, DENNETT, *Freedom Evolves*, 2004, pp. 24 s.

⁶²¹ Me refiero aquí, por ejemplo, a la noción de corresponsabilidad social que, de entrada, sería tenida en cuenta por el Estado de Derecho.

⁶²² Ello es evidente, sin ir más lejos, con el reconocimiento jurídico de causas que atenúan o eximen de responsabilidad personal.

⁶²³ Cfr. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, pp. 133 ss.

por Hart de los diferentes usos que recibe el término ‘responsabilidad’ en el lenguaje ordinario, aplicable, *mutatis mutandis*, al contexto jurídico. Según este autor, pueden distinguirse cuatro usos: i) responsabilidad como obligaciones o funciones derivadas de un cierto cargo, relación, papel (*role-responsibility*); ii) responsabilidad en el sentido de factor causal (*causal-responsibility*); iii) responsabilidad como capacidad y como estado mental (*capacity-responsibility*); iv) responsabilidad como sancionabilidad (*liability-responsibility*)⁶²⁴.

En el contexto del derecho penal, los ordenamientos jurídicos contemporáneos incorporan frecuentemente un modelo de responsabilidad por el hecho propio (directa) y personalmente atribuible (por culpa, en sentido amplio)⁶²⁵. A ambos elementos se les asigna el estatus de exigencias específicas del principio de culpabilidad. Es decir, el principio de culpabilidad opera como principio regulativo en la atribución de responsabilidad jurídico-penal. Esto se aleja de la idea según la cual la responsabilidad jurídica no implica necesariamente el carácter subjetivo (en un sentido fuerte, pues toda relación de responsabilidad ha de contar con un sujeto al cual atribuírsela) de esa responsabilidad, lo que, en cambio, parece intrínseco a la noción de responsabilidad moral, o, al menos, de un determinado sistema moral. Precisamente del sistema que puede operar como lugar desde es el que tomar una posición crítica frente al derecho penal positivo *injusto*.

Lo que pretende advertirse ahora es que a las exigencias expresivas de un principio de culpabilidad en la atribución de responsabilidad jurídico-penal subyace una decisión ética o política, pero, en todo caso, normativa⁶²⁶. A mi juicio, este punto aproxima de manera radical los juicios de responsabilidad moral y responsabilidad jurídico-penal bajo una

⁶²⁴ Cfr. HART, «Postscript. Responsibility and Retribution», *Punishment and Responsibility*, 1970, pp. 211 s. Varios años antes, en 1949, el mismo autor publica «The Ascription of Responsibility and Rights», (ya citado), trabajo al que se le atribuye el inicio de una interminable discusión sobre la función adscriptiva (y no sólo descriptiva) de responsabilidad de las oraciones acerca de acciones. Un conocido estudio crítico con el trabajo de Hart del año ‘49, pero que trata de rescatar el uso adscriptivo para algunas oraciones de acción, es el de FEINBERG, en Max Black (ed.), *Philosophy in America*, pp. 134 ss. Según Feinberg, “atribuir responsabilidad” puede entenderse como: i) atribución de una relación causal, sin valorar la acción; ii) atribuir la cualidad de “agente causal”; iii) atribución de la cualidad de “agente simple”; iv) atribución de una acción defectuosa, desvalorada previamente; v) atribución de responsabilidad en sentido estricto (algo así como nuestra sancionabilidad).

⁶²⁵ Ello sin perjuicio de algunas excepciones más o menos atendibles: así, por ejemplo, los nuevos sistemas de responsabilidad penal de las personas jurídicas, el sentido amplio de responsabilidad en el ámbito de las medidas de seguridad —para quien las conciba como medidas de naturaleza penal— o en ocasiones la *strict liability* en el sistema angloamericano.

⁶²⁶ En todo caso, en el texto se utilizan los términos “moral” y “ético” de manera indistinta.

misma exigencia: la capacidad de culpabilidad como presupuesto de la atribución de responsabilidad. Este elemento, entendido en un sentido amplio, ha de acompañar al término “responsabilidad” en el ámbito del derecho penal. De hecho, si bien la atribución de responsabilidad es una operación que no se circunscribe al momento de la culpabilidad en sentido estricto, la culpabilidad en este último sentido constituye la “categoría que designa la atribución de responsabilidad *definitiva*”⁶²⁷. Esto significa que una teoría de la responsabilidad jurídico-penal es, desde el prisma de su justificación, análoga a una teoría de la responsabilidad moral⁶²⁸. La similitud radicaría en el vínculo necesariamente personal de ambas formas de responsabilidad (la moral y la jurídica). Sin embargo, como enseguida veremos, mientras que para la responsabilidad o culpabilidad moral resultan relevantes los motivos personales, pues “entregan una razón sujeta a una «valoración ética»”⁶²⁹, aquí se considera que tales motivos no deberían tener relevancia en la atribución de responsabilidad jurídico-penal. Y, si esto es válido, no es extraño postular que la pregunta teórica (no en la práctica jurídica) sobre cuándo está *justificado* sancionar jurídico-penalmente a una persona pueda responderse tomando como punto de apoyo la discusión que se mantiene fuera del derecho penal o la política criminal: por un lado, en la filosofía que se ocupa del sujeto, y, muy especialmente, desde la filosofía moral y práctica, que tiene por objeto su actuar⁶³⁰; por el otro, en las denominadas neurociencias, cuyos avances habrán de tener su incidencia en la forma de comprender y explicar al individuo y *su* comportamiento.

Así, si bien es necesario distinguir conceptualmente entre la naturaleza moral y la naturaleza penal de la responsabilidad o la culpabilidad, ello no puede obviar el elevado contenido ético-social, en el correspondiente nivel de abstracción, de la sanción vinculada a esta última —concebida como consecuencia institucional de la atribución de responsabilidad—. Y es precisamente por esta razón que la responsabilidad jurídico-penal

⁶²⁷ MAÑALICH, en Kindhäuser/Mañalich, *Pena y culpabilidad*, p. 208 (énfasis añadido).

⁶²⁸ Ello explica, por lo demás, que los efectos del debate entre determinismo y libertad de la voluntad que existe en la neurobiología o en la filosofía tenga con frecuencia como horizonte práctico al derecho penal y la posibilidad de culpabilidad; véase, por ejemplo, ROTH, *Fühlen, Denken, Handeln. Wie das Gehirn unser Verhalten steuert*, 2001, pp. 540 ss. Sin embargo, esa similitud no implica una identidad entre la responsabilidad moral y la responsabilidad jurídico-penal, como si la culpabilidad como elemento sobreviniente fuera una estructura preexistente al derecho penal; al respecto, Arthur KAUFMANN, *Schuldprinzip*, pp. 127 ss., quien sin embargo parece abrazar esta vinculación (pp. 208 ss.).

⁶²⁹ Cfr. SILVA OLIVARES, en *Acciones, razones y agentes*, p. 347.

⁶³⁰ Distinta de la pregunta: ¿en qué condiciones se sanciona a alguien? Lo que no desconoce que a tales condiciones positivas subyazcan criterios materiales (de justicia) de justificación, ya sean constitucionales, ya supra-positivos.

ha de presuponer estándares similares (criterios, reglas, incluso intuiciones) a los que empleamos cuando atribuimos responsabilidad moral.

Dicho esto, es necesario distinguir en este contexto la instancia frente a la que se es responsable en uno y otro contexto. Pues el derecho no puede operar, de entrada, como instancia moral, al menos no sin los filtros propios de una teoría secular de la autoridad normativa. Como advierte Werner,

al menos, los seres racionales a quienes afectan nuestras acciones han de pertenecer a la instancia de responsabilidad moral (...) Desde una perspectiva moral, los juicios de individuos o comunidades particulares siempre tienen que ser de nuevo criticables. Por tanto, en la ética del discurso es la comunidad ilimitada de seres racionales la que tiene que entenderse como ‘verdadera’ instancia de responsabilidad moral⁶³¹.

Esta *cercanía* entre las dos formas de responsabilidad —moral y jurídico-penal— exige que nos adentremos en la discusión generada acerca de qué presupuestos o condiciones deben cumplirse para que pueda adscribirse responsabilidad a un determinado individuo⁶³²; cuestión esta que entiendo fundamental en el discurso o lenguaje de la responsabilidad —y que, hasta donde alcanzo, es objeto prioritario de la filosofía moral y, en cierto modo, de las teorías de la acción. Esto nos ha de llevar a sostener dos tesis: en primer lugar, que *la responsabilidad jurídico-penal recae sólo sobre aquellos individuos que son moralmente responsables*, entendido esto no como el compromiso con una idea de autoridad moral frente a la que se haya de responder por razones morales; ni con una concepción de entes morales (no neutrales, sino *buenos*); sino, más bien, por la consideración del sujeto de la imputación jurídico-penal como una entidad susceptible de desplegar una actitud proposicional merecedora de semejante juicio, el cual, aunque jurídico, incorpora de hecho determinados contenidos éticos. En segundo lugar, que *el concepto de imputación es, en el sentido indicado, unitario para el derecho y la moral*. Todo ello no desconoce que la respuesta definitiva sobre cuándo, o bajo qué condiciones, está permitido atribuir responsabilidad penal haya de extraerse del derecho vigente⁶³³.

⁶³¹ Verantwortung, p. 8,

⁶³² Y aquí se encuentra el lugar de controversia entre los planteamientos compatibilistas y los planteamientos incompatibilistas a la hora de definir la libertad como presupuesto de toda atribución de responsabilidad.

⁶³³ Esto puede inducir a equívoco, pues parecería que la fundamentación hubiera de ser previa al derecho. Lo que se pretende señalar es, en cambio, que las reglas de imputación que prevé el derecho penal han de estar vinculadas a las representaciones de lo que la sociedad entiende como atribución de responsabilidad justa.

Pero precisamente lo distintivo de la pena es su consideración como reproche ético-jurídico a una persona, de modo que su imposición habrá de estar ético-jurídicamente legitimada⁶³⁴. Veamos, entonces, bajo qué condiciones es posible el reproche jurídico-penal.

Antes de continuar debe insistirse en que ello no supone asumir una concepción ontológica de culpabilidad jurídico-penal. Es decir, no es que reproduzca una estructura preexistente, o que se identifique la culpabilidad jurídico-penal con la culpabilidad moral o ética, sino que, en ambos casos, el juicio de reproche implícito en el juicio de culpabilidad habrá de estar justificado por razones personales igualmente fuertes. Formulado de otro modo: en ambos casos se trata de un modelo de responsabilidad en sentido fuerte. Más allá de esto, la correspondencia entre uno y otro modelo puede ser menos intensa. De hecho, uno podría ser hecho éticamente culpable de algo que no motivará, a la vez, la culpabilidad jurídico-penal, por ejemplo, porque el sistema jurídico-normativo no incorpore deberes que sí incorpora el sistema ético-normativo (por ejemplo, deberes de virtud o la necesidad de llevar a cabo acciones supererogatorias). Sin embargo, intuitivamente parece que lo contrario es más difícil, es decir, que todo juicio de culpabilidad jurídico-penal habría de poder ser legitimado en términos ético-normativos⁶³⁵.

⁶³⁴ Cfr. KINDHÄUSER, *GA* (1989), p. 493.

⁶³⁵ En contra, por ejemplo, BINDING, *Culpabilidad*, p. 11: “La culpabilidad jurídica y la culpabilidad moral muestran diferencias profundísimas, y merece el rechazo más decidido la extendida convicción de que el Derecho habría tomado el concepto de culpabilidad de la ética. Justo lo contrario es lo correcto”.

III. Concepto de persona y fundamento de imputación

«Wenn wir, sagtest du, die Menschen nur nehmen, wie sie sind, so machen wir sie schlechter. Wenn wir sie behandeln, als wären sie, was sie sein sollten, so bringen wir sie dahin, wohin sie zu bringen sind»

(Johann Wolfgang von Goethe, *Wilhelm Meister Lehrjahre*, IV. Kapitel)

1. Concepto de persona

1.1. Introducción. Usos y conceptos de ‘persona’

El propósito de estos apartados no es efectuar un profundo análisis acerca del concepto de persona. Ello nos llevaría a tener que pronunciarnos, y en su caso comprometernos, sobre profundas suposiciones metafísicas o proposiciones neurobiológicas que, como se verá, no vienen necesariamente al caso. Entiendo que tratar de sortear tales compromisos no ha de suponer un obstáculo para ocuparse de manera reflexiva del concepto que ahora nos ocupa. No obstante, evitar pronunciarse sobre algunos lugares comunes de la discusión puede hacer ya explícito por la vía negativa algún compromiso al respecto. Tampoco es esa la intención. Más bien, ahora se trata de establecer la relevancia del concepto de persona en todo sistema de normas que incluya un modelo de atribución de responsabilidad en un sentido fuerte. A partir de aquí, tratará de extraerse los presupuestos de responsabilidad en un modelo tal.

El concepto de persona es utilizado o construido de múltiples maneras. Un repaso superficial por la literatura jurídica y filosófica que se ocupa de este concepto ofrece como posible la siguiente taxonomía:

a) extensional – intensional; b) adscriptivo – prescriptivo; c) descriptivo – prescriptivo; d) referencial – sortal; f) fáctico – normativo; g) teórico – práctico; h) antropológico – jurídico; y) natural (física) – jurídica; j) individuo – persona; k) metafísico-descriptivo – moral-prescriptivo; l) ontológico – pragmático; m) formal (fáctico) – material (normativo); n) teológico – secular; ñ) deliberativa – cooperativa; o) jurídica – moral.

Este listado, ciertamente aleatorio, da muestra de algunas ideas que pueden servirnos de premisas generales de trabajo:

a) En primer lugar, que hablar sobre el concepto de persona puede hacerse desde diferentes planos o perspectivas (así: teológica, filosófica, ética, sociológica, política, psicológica, jurídica, metafísica, antropológica, etc.). Cada perspectiva suele remitir a distintas construcciones conceptuales o ideas pre-institucionales, lo que indica que las

propiedades que haya de reunir una entidad para que le sea aplicable el concepto de persona dependerá del uso o perspectiva que se adopte para el concepto o del ámbito de conocimiento o praxis en el que nos encontremos.

b) En segundo lugar, que todas las concepciones pueden reconducirse a tres usos distintos del lenguaje: lenguaje descriptivo; lenguaje prescriptivo; lenguaje adscriptivo.

c) En tercer lugar, que entre los distintos usos o concepciones que figuran en el listado puede darse una coincidencia total o parcial de su campo semántico (son total o parcialmente coextensivos); es decir, pueden estar refiriéndose a lo mismo o tener un mismo sentido.

d) En cuarto lugar, que, no existiendo tal coincidencia, diferentes usos pueden ser compatibles o no-excluyentes. Incluso, puede ocurrir que un concepto de persona necesite contar con diferentes dimensiones (por ejemplo: ontológica y normativa). Por su parte, que algunos usos no son compatibles o son excluyentes.

e) Por último, que si pretendemos que en una discusión sobre el concepto de persona haya identidad en el objeto sobre el que se discute, favoreciendo así el encuentro de argumentos (racionalidad en la discusión, podría decirse), es necesario establecer previamente los usos en los que nos vamos a mover. En este sentido, si asumimos que el concepto de persona es ya de por sí ambiguo⁶³⁶, lo mejor que podemos hacer es explicitar qué actos del habla se están realizando con la preferencia 'persona'. Y esto seguramente nos ayude a establecer una delimitación conceptual aproximada.

Además, en la mayoría de estos ámbitos es común encontrarse con el uso de expresiones tales como 'personalidad', 'ser-persona' o 'identidad personal', a las cuales, o bien se les asigna un significado con frecuencia distinto al de 'persona', o bien se ocupan de distintos problemas que afectan o se derivan del tratamiento filosófico-teórico del concepto de persona⁶³⁷. En términos muy generales, con 'persona' se hace referencia a un sujeto activo y pasivo en el ámbito de las razones. Con 'cualidad de persona' (*Personalität*) se entienden las propiedades y capacidades que permiten a un individuo o entidad llevar la

⁶³⁶ Ello no desconoce que la ambigüedad se refiere no al uso que se hace de una palabra, sino ya a una distinción en términos semánticos.

⁶³⁷ Sobre lo que sigue, véase STURMA, «Person», en Sturma/Heinrichs (eds.), *Handbuch Bioethik*, 2015, p. 131; QUANTE, *Personal Identity*, pp. 4 s.

vida de una persona. Diferente a esta, la ‘personalidad’ (*Persönlichkeit*)⁶³⁸ sería un sistema de actitudes, disposiciones y modelos de comportamiento, formado a lo largo de la vida de una persona. Por último, con ‘identidad personal’ (diacrónica) se tematiza la cuestión sobre la identidad transtemporal de la persona, también denominado «problema de la *persistencia*». En el contexto de esta investigación interesan básicamente las dos primeras cuestiones: la cualidad de persona y la personalidad.

1.2. Consideración previa: ¿es el concepto de persona necesariamente normativo?

Ya de entrada, la mera cuestión sobre si el concepto ‘persona’ es normativo es indudablemente problemática. Ello obedece, como es obvio, a la ambigüedad de la palabra ‘normativo’. A mi juicio, referida al concepto de persona, con ella podemos estar preguntándonos, al menos, por tres cosas distintas, aunque relacionadas. En primer lugar, si el uso del concepto está en sí mismo *normativizado*. Es decir, si para designar a una determinada entidad o individuo como ‘persona’ tenemos que seguir unas *normas o convención*. Por ejemplo, A, B y C *estipulan* que sólo las entidades que posean o a las que se les pueda atribuir la propiedad *X* o la capacidad *Y* *podrán* ser designadas como ‘persona’. El concepto de persona es normativo en el sentido de que se trata de un hecho construido socialmente (por A, B y C) con determinados propósitos en el marco de un determinado ámbito de comunicación o de praxis social. En este sentido, el *uso correcto* por cualquier integrante de la sociedad formada por A, B y C habrá de respetar lo estipulado. En segundo lugar, el concepto de persona puede ser normativo cuando, a partir de la idea anterior, se conviene que sólo las entidades que cumplan con la *prescripción ‘P’* podrán ser designadas como ‘persona’. Es decir, si la propia condición que debe concurrir como necesaria en una entidad es conformada como una prescripción a esa entidad. Se dice entonces que es un elemento prescriptivo el que constituye a la persona.

⁶³⁸ No he dado con texto alguno en español que distinga las expresiones alemanas «*Personalität*» y «*Persönlichkeit*». No se corresponden con la distinción antropológica sugerida por Zubiri entre «*personidad*» y «*personalidad*», aunque existen algunos puntos en común. Sin embargo, AMENGUAL COLL, («El concepto de persona según Dennett: sobre la problemática en torno a las condiciones de la *personidad*», *CSF*, 2013, p. 421, nota 1), utiliza el término «*personidad*» para traducir el término inglés «*Personhood*», concepto sobre el que gira su crítica a Dennett y que da título al célebre trabajo de este último («*Conditions of Personhood*»). Por su parte, existe cierta tradición en la literatura alemana a traducir el término «*Personhood*» como «*Personalität*» (así, por ejemplo, QUANTE, *Person, passim*, con ulteriores referencias). En todo caso, por respeto al neologismo propuesto en su día por Xavier Zubiri, aquí se utilizará la expresión «*cualidad de persona*». Lo que aquí se entenderá por «*personalidad*» se corresponde con lo que por un sector de la filosofía que trabaja el concepto de ‘persona’ se conoce como «*identidad narrativa o biográfica*».

Así, por ejemplo, si A, B y C convienen que para ser persona es *necesario* que una entidad tenga la motivación de seguir la norma X ⁶³⁹. Por último, el concepto ‘persona’ puede ser normativo en el sentido de que su uso despliegue cierta fuerza deóntica (ética o jurídica) frente a terceros individuos en su relación con la persona. En los dos últimos sentidos, el contenido semántico del concepto de persona se compone, en gran medida, de determinaciones normativas⁶⁴⁰.

Por tanto, cuando establecemos un concepto de ‘persona’ en términos de cualidades que *debe* reunir una entidad o individuo —lo que en lengua inglesa se expresa con «*Personhood*» y en lengua alemana con «*Personalität*»— estamos efectuando una aplicación normativa del concepto, pues las propiedades y capacidades que cuentan como cualidades, y, por tanto, como condiciones, del *ser persona* (*Personsein*) constituyen un tipo ideal. Es en este sentido que procede hablar aquí, por ahora, del concepto de persona como “inevitablemente normativo”⁶⁴¹. Sin embargo, esto último no implica que el concepto de persona carezca de elementos descriptivos⁶⁴², algunos de ellos empíricamente examinables (como es el caso, por ejemplo, de las capacidades cognitivas).

La pregunta que surgiría inmediatamente sería la siguiente: ¿qué ocurre con todos aquellos individuos (en la forma que ahora interesa: seres humanos) que no reúnen las propiedades y capacidades para ser persona? ¿Acaso no *son* también personas? Si esta pregunta ha de tener alguna clase de relevancia ha de ser porque, más allá de la mera descripción de las condiciones de una determinada entidad, la aplicación del estatus de

⁶³⁹ Esta clase de normativización es la que subyace a la constitución de persona à la Jakobs, cuya concepción material de persona prescribe que la entidad que haya de designarse como tal deberá cumplir con la cualidad —es un concepto prescriptivo que acude a una cualidad descriptiva— de *tener una voluntad de actuar conforme a derecho*, lo que el autor denomina, siguiendo a Kant, una “intención jurídico-práctica”, JAKOBS, *ZStW*, 117, 2005. Así, el destinatario de la norma es *definido* como persona a través de una “motivación por un comportamiento correcto” (JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3ª ed., 2008, pp. 88 ss.). Es decir, por definición la persona quiere comportarse conforme a derecho. Y si la realidad demuestra lo contrario, entonces la entidad *Y* no puede ser considerada persona.

⁶⁴⁰ Es decir, se descarta una absoluta identificación del campo semántico de las expresiones ‘persona’ y ‘ser humano’ bajo determinaciones biológicas. Ahora bien, parece correcto afirmar que sólo el ser humano puede biológicamente desarrollarse como ‘persona’ o que uno y otro concepto pueden ser casi coextensivos. En todo caso, como veremos, se reconocen condiciones que niegan la cualidad de *persona* a algunos seres humanos.

⁶⁴¹ DENNETT, *Personhood*, p. 282.

⁶⁴² Cfr. QUANTE, *Person*, pp. 22 ss. Como acertadamente señala MAÑALICH, «La permisibilidad del aborto como problema ontológico», *Derecho y Humanidades*, 23, 2014, pp. 314 ss., “que el concepto de persona funja como la marca de un determinado estatus normativo no implica que ese mismo concepto carezca de «contenido descriptivo»”. Este autor rechaza así una estricta demarcación entre ontología y normatividad (*Ibidem*, p. 315, nota 34).

persona vaya acompañada directa o indirectamente de la asignación a semejante entidad reconocida como ‘persona’ de un estatus normativo (ético o jurídico). La pregunta, entonces, habría de ser reformulada: ¿de no reunir un determinado ser humano las propiedades que la hacen ser persona, no puede optar el ser humano en cuestión al estatus deóntico o axiológico mencionado? Antes de tratar de dar respuesta a esta pregunta es necesario especificar las condiciones que ha de reunir un ser humano X para que sea posible afirmar: “X es una persona” o “X reúne las cualidades para ser persona”.

1.3. Concepto teórico de persona. Condiciones de la cualidad de persona

Siguiendo la distinción ofrecida por Quante, es posible reconocer, en primer lugar, dos modos de uso del concepto de persona, a saber, uno descriptivo y otro prescriptivo⁶⁴³. En general, una aproximación descriptiva es la que hacemos cuando nos preguntamos por el “qué es una persona” y a la que respondemos asignando a la entidad susceptible de ser persona un set de propiedades o capacidades. Una aproximación prescriptiva, en cambio, tiene lugar cuando la identificación de un individuo como ‘persona’ implica también el otorgamiento de un determinado estatus normativo: de manera general, una carga deóntica, ya sea frente a ese individuo, ya frente a terceros.

A esa distinción sucede en el mismo lugar otra referida a la función lógica o gramatical en el uso de la expresión ‘persona’. Quante habla de un uso «referencial» y un uso «sortal». El uso es referencial cuando el concepto es utilizado para identificar a un sólo individuo. Por ejemplo: “esta persona se ha comprado una casa”. El uso es “sortal”, en cambio, cuando el concepto es utilizado para definir a una entidad como perteneciente a una clase, esto es, cuando la identificación se refiere a una clase. Por ejemplo: “este homínido es una persona”⁶⁴⁴. Los dos pares conceptuales de modos de uso (descriptivo/prescriptivo, referencial/sortal) pueden combinarse, dando lugar a cuatro usos posibles:

- (i) *Descriptivo-referencial*; se hace referencia a una entidad de la que se ofrece algún elemento descriptivo: “Esta persona lleva camiseta roja”.
- (ii) *Descriptivo-sortal*; se asigna una entidad a la clase ‘persona’ y se indican ciertas propiedades y capacidades: “A es una persona debido a su capacidad de sentir”.

⁶⁴³ QUANTE, *Person*, pp. 2 s. Distinción muy similar a la sugerida por DENNETT, *Brainstorms*, pp. 268 ss. En el ámbito de la filosofía jurídico-penal, véase, MOORE, *Placing Blame*, pp. 620 ss.

⁶⁴⁴ Sobre esto y lo que sigue, véase, QUANTE, *Person*, pp. 3 s.

- (iii) *Prescriptivo-referencial*; se hace referencia a una entidad de la que se ofrece algún elemento prescriptivo: “Esta persona tiene derecho a la educación”.
- (iv) *Prescriptivo-sortal*; se asigna una entidad a la clase ‘persona’ y se indica un estatus normativo específico: “Puesto que B es una persona, tiene el deber de cumplir la norma”.

En este apartado nos ocuparemos del uso descriptivo-sortal de ‘persona’. Como es natural, sólo puede disponerse de un concepto cuando se conocen las condiciones de su uso, en este caso, las condiciones de identidad para las entidades o individuos que caen bajo ese concepto. En este sentido, el conjunto de propiedades y capacidades que se expongan habrán de tener el carácter de constitutivas de la persona. De acuerdo con el listado *original* ofrecido por Dennett⁶⁴⁵ y el desarrollo que de él hace Quante⁶⁴⁶, identificaremos seis condiciones que, sin considerarse suficientes (pues se trata de un tipo ideal), se estiman necesarias y *centrales* para ser persona⁶⁴⁷:

- i) son *seres racionales*; ii) son *sujetos de actitudes proposicionales*⁶⁴⁸; iii) son *objetos de actitudes específicas*; iv) *pueden responder a las actitudes específicas de terceros*; v) *pueden comunicar*; vi) *disponen de autoconciencia, así como de una auto-relación activa y evaluativa*.

Pues bien, cuando se considera a una entidad como sujeto de actitudes proposicionales se asume que tales actitudes siguen una racionalidad lógica o instrumental en su construcción. Y ello hace suponer, por ende, que semejantes sujetos son seres

⁶⁴⁵ DENNETT, *Brainstorms*, pp. 269 s.

⁶⁴⁶ Cfr. QUANTE, *Person*, pp. 24 s. A diferencia de Dennett, Quante renuncia a hablar de interdependencia entre todas las condiciones. En cambio, clasifica las condiciones i), ii) y iii) como «interdependientes y necesarias», y las iv), v) y vi) como «interdependientes y suficientes». Ambos autores advierten acertadamente que tales condiciones no son un aporte original de la filosofía, sino que, más bien, se trata de la articulación de una pre-comprensión cotidiana (QUANTE, *Person*, p. 23) ampliamente asentada en la filosofía desde Aristóteles (DENNETT, *Brainstorms*, pp. 269 ss.).

⁶⁴⁷ De este modo, el concepto de persona así construido opera como concepto teórico, pero no, todavía, como concepto práctico.

⁶⁴⁸ Como es sabido, las *actitudes proposicionales* son una clase de enunciados que expresan creencias, deseos, opiniones, etc., esto es, que expresan actitudes del hablante respecto de un objeto verbal. La designación «proposicional» obedece al hecho de que el sujeto hablante adopta una determinada postura o actitud mental frente al significado del enunciado, que es precisamente como se define una «proposición». El contenido de una actitud proposicional suele expresarse en la forma de una «oración-que» en conexión con el verbo. Y este pone de manifiesto una actitud intencional. A modo de ejemplo: “A cree que lo que tiene frente a sí es un lobo”. También es frecuente acudir a otras expresiones para hablar básicamente de lo mismo: «estados intencionales», «estados representacionales», «estados de conciencia», etc. Sobre la estructura de los «estados intencionales», véase, SEARLE, *Making the Social World*, pp. 27 ss., contrario a equipararlos a las «actitudes proposicionales».

racionales⁶⁴⁹. Así, un ser racional no podría sostener como verdadero al mismo tiempo ‘*p*’ y ‘*-p*’, o sostener que cree tener delante de él un jabalí y sostener, a la vez, que cree tener delante de él una persona (tomando como objeto de referencia de la actitud el mismo objeto). Por tanto, la adscripción de actitudes proposicionales a un sujeto supone la adopción de una actitud específica —intencional, evaluativa, normativa— por parte de otro sujeto —que entonces convierte a aquél en objeto de tal actitud— con el propósito de entender (de racionalizar) su comportamiento. Sin embargo, estas tres condiciones todavía no implican que el individuo se reconozca a sí mismo y a otros como sujetos de actitudes proposicionales y que, por tanto, sea capaz de responder a las actitudes de otros⁶⁵⁰. Esta es la condición de reciprocidad, la cual servirá de presupuesto para las actitudes reflexivas o de orden superior («*higher-order attitudes*») y para que entonces pueda darse comunicación. Es decir, puede hablarse de un acto comunicativo. La descripción de una actitud de orden superior sería:

cuando X expresa la oración *p* con la intención de que Y piense que *p* es el caso porque así lo pretende X con su expresión; esto es, X ha de pretender que, Y reconozca que, X pretende que, con motivo de su acto comunicativo, Y tome *p* como verdadero⁶⁵¹.

La última condición, la autorreferencia, tiene dos manifestaciones. En primer lugar, entendida como autoconsciencia, esta se expresa en la utilización del pronombre personal en la primera persona del singular: “yo...”. Esta manifestación de autorreferencialidad se encuentra ya implícita en la capacidad de comunicación y presupone, además, la consciencia del tiempo por parte del sujeto⁶⁵². En segundo lugar, la autorreferencialidad puede entenderse como «auto-relación evaluativa» (*evaluatives Selbstverhältnis*), lo que se traduce en la capacidad de evaluar, justificar o criticar las propias actitudes

⁶⁴⁹ Como señala QUANTE (*Person*, p. 25), la adscripción de una actitud proposicional no puede llevarse a cabo únicamente desde la posición de un observador puro, sino que se efectúa desde una perspectiva hermenéutica, esto es, de quien tiene una posición híbrida observador-participe en la comunicación. Sólo de tal forma pueden llevarse a cabo adscripciones con sentido.

⁶⁵⁰ Cfr. QUANTE, *Person*, p. 27. Afirma Quante: “Si denominamos a una oración, en la cual se le adscribe a una entidad X una actitud proposicional, que por su parte no se trata de una actitud proposicional, como actitud proposicional de primer grado (por ejemplo, X cree que fuera está lloviendo). Una actitud proposicional de segundo grado existe cuando una entidad X adscribe a una entidad Y una actitud proposicional (por ejemplo, Y cree, que X cree que fuera está lloviendo) (...) Lo decisivo es que a partir de la actitud proposicional de segundo grado el sujeto de esa proposición (es decir Y) tiene que disponer del concepto de actitud proposicional, pues tendrá que adscribirla a X. Con ello nos encaminamos a actitudes reflexivas explícitas, las cuales son características para personas”.

⁶⁵¹ Cfr. *Ibidem*, p. 28.

⁶⁵² Cfr. *Ibidem*, p. 29.

proposicionales⁶⁵³. O, formulado de otro modo: la capacidad de responder frente a valoraciones y a normas.

De este modo, la cualidad de persona termina por constituirse a partir de la interpretación y reconocimiento recíproco, es decir, como producto de la determinación social. Ello es apuntado gráficamente por Pawlik al sostener que las “personas solo existen en plural”⁶⁵⁴. Por tanto, la cualidad de persona es una propiedad compleja que se *atribuye* (por la sociedad) a un individuo con propiedades y capacidades específicas a su disposición⁶⁵⁵.

Según entiendo, la estrategia de ofrecer un listado de cualidades para describir qué es ser persona supone cierto compromiso metafísico, pues no parece que todas las cualidades esbozadas sean susceptibles de constatación empírica. No obstante, ello no ha de llevarnos (al menos no necesariamente) a aceptar compromisos más profundos —que nos llevarían muy lejos— asociados, por ejemplo, a ciertas nociones “fuertes” de libertad o a planteamientos esencialistas sobre la persona. Precisamente lo que se pretende al presentar cualidades y capacidades para el uso descriptivo-sortal de ‘persona’ es evitar incurrir en deformaciones propias de una *mera* construcción ético-normativa de persona, sin que ello suponga, a su vez, renunciar a la asignación posterior de semejante estatus⁶⁵⁶.

En este punto es fundamental advertir que el hecho de que la cualidad de persona dependa del reconocimiento social convierte el reconocimiento colectivo de ese estatus en un hecho institucional⁶⁵⁷. Sin embargo, como apunta Quante, ello no implica una

⁶⁵³ Cfr. *Ibidem*, p. 30, donde el autor se remite a los planteamientos de Harry Frankfurt y Gerald Dworkin, fundamentalmente al primero (*ibidem*, pp. 149 ss.). En sentido similar, DENNETT, *Brainstorms*, pp. 283 s.

⁶⁵⁴ PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 143.

⁶⁵⁵ QUANTE, *Personal Identity*, p. 6.

⁶⁵⁶ Cfr. QUANTE, *Person*, pp. 22 ss. Ciertamente, más allá de que estas teorías puedan adscribirse a la idea constructivista del ser persona en sociedad, tengo mis dudas para comprometerme con la idea de que la persona (no el ser humano) *existe* como realidad, como *esencia*, previa al reconocimiento social. De nuevo, creo que ello requiere de un compromiso metafísico (de un mayor trabajo de fundamentación, básicamente) que no puede (pues sería otra investigación) explorarse en este lugar. Al respecto, véase, por ejemplo, SPAEMANN, *Personen: Versuche über den Unterschied zwischen «etwas» und «jemand»*, 1996. En el ámbito del derecho penal, véase, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Política criminal*, pp. 90 ss., con nota 13, *in fine*, quien sostiene, en la línea esencialista, que “no es en virtud de dichos tres elementos [socialidad, libertad y dignidad, V.V.] por los que llega la persona a ser, a existir, sino que *es ya social, libre y digna*” (énfasis original). Similar, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 681: “las expectativas sociales pueden ciertamente contribuir a la construcción del sujeto y sus deberes; pero que dicha construcción no puede ir más allá de lo que permite la propia constitución prejurídica de éste (y que se manifiesta en la relación entre directiva y destinatario”. En la medida en que la imputación penal reconoce al sujeto como persona en sentido adscriptivo (capacidad de responsabilidad, animal moral) sobre la base de una determinada ontología (psicológica, metafísica) cuenta con esa “constitución prejurídica”, la reconoce como relevante para el derecho. Sin embargo, ello no excluye que la construcción prejurídica haya de ser también pre-social, esto es, natural.

⁶⁵⁷ Cfr. SEARLE, *Making the Social World*, pp. 7 ss.

equiparación automática con el reconocimiento moral o político que proponen algunas teorías⁶⁵⁸, aunque de hecho sea esa la función de semejante reconocimiento. Esto es, no implica automáticamente un concepto práctico de persona. Antes bien, lo relevante ahora es subrayar que las condiciones estipuladas para ser-persona cumplen ya una función descriptiva y explicativa de lo que es ser persona, sin perjuicio de que tales condiciones puedan tener (se les pueda reconocer), además, una función expresiva, prescriptiva o adscriptiva⁶⁵⁹. Por tanto, que a un individuo X se le pueda aplicar el estatus de persona dependerá de la satisfacción por esa entidad de las condiciones estipuladas. Así, en el uso descriptivo, las propiedades y capacidades, sobre la base de las cuales una entidad es una persona, se seleccionan sin abordar la cuestión de su relevancia ética. En cambio, en el uso normativo, se procede seleccionando el estado ético específico de las personas sin establecer todavía qué propiedades o capacidades específicas de la persona justifican este estado⁶⁶⁰.

Con todo, es a partir de las cualidades que hemos identificado como capacidades condicionales del ser persona sobre las cuales tendría que sobrevenir el estatus normativo de persona. Es decir, a ese conjunto de propiedades y capacidades (o a un subconjunto de éstas) se vinculan en los sistemas normativos exigencias deontológicas (tanto de protección, esto es, pasivas, como de deber, esto es, activas). Pero en este caso ya estaremos haciendo un uso distinto del concepto ‘persona’ o de sus capacidades constitutivas, por lo que sus implicaciones también serán distintas. Así, no es lo mismo afirmar: “X es una persona porque dispone de manera suficiente de las capacidades relevantes”; que decir: “Hay que hacer responsable a X porque es una persona” o “¡Respetar a X porque es una persona!”. En el primer caso, las cualidades o capacidades son simplemente mencionadas o descritas; en el segundo, son utilizadas⁶⁶¹ y tienen otra clase de implicaciones. Pero, de nuevo, hay que recuperar la pregunta de qué ocurre cuando, por razones relacionadas, por ejemplo, con el desarrollo o por disfunciones, no concurren las cualidades personales o lo hacen sólo de manera insuficiente para la consideración de persona, esto es, para satisfacer el tipo ideal. Una cosa ha de quedar en todo caso clara: si una propiedad normativa, como propiedad secundaria que emerge o superviene en el interior de una práctica social a las propiedades primarias de ser persona, depende de la concurrencia de estas propiedades primarias, entonces cualquier alteración

⁶⁵⁸ Cfr. QUANTE, *Person*, p. 32.

⁶⁵⁹ Así, MOORE, *Placing Blame*, p. 624.

⁶⁶⁰ Cfr. QUANTE, *Personal Identity*, pp. 3 s.

⁶⁶¹ Cfr. QUANTE, *Person*, p. 32.

relevante en tales propiedades (que entonces podemos designar como básicas) habrá de tener consecuencias sobre la posibilidad de la superveniencia de las propiedades secundarias (normativas). Formulado de otro modo: las cualidades primarias (metafísicas-descriptivas) operan como condiciones necesarias de las cualidades secundarias (normativas).

2. Estatus *normativo* de persona. Hacia un concepto práctico de persona

La relevancia ética o jurídica de las cualidades de persona no es, como decíamos, directa, sino que necesita ser asignada. En este sentido, tal relevancia puede ser asegurada o reconocida por dos vías⁶⁶²: en primer lugar, cada una de las propiedades o capacidades pueden ser colocadas como ética o jurídicamente relevantes en una teoría o sistema normativo (ético o jurídico) para otorgar un estatus ético o jurídico (así ocurre, por ejemplo, con la racionalidad, la formación de actitudes proposicionales, la manifestación de preferencias, etc.); en segundo lugar, en el caso de otras propiedades o capacidades, aunque no se les reconozca semejante relevancia ética o jurídica, pueden, sin embargo, ser condiciones necesarias para cualidades o capacidades que sí la tengan (así, por ejemplo, la consciencia de uno mismo o la conciencia del tiempo)⁶⁶³. Es entonces por esta vía que el estatus normativo de persona cobra sentido como realidad institucional. De hecho, como sostiene Searle, la mejor forma de saber si nos encontramos frente a un hecho institucional es la de preguntarnos si su existencia (la del hecho) implica fuerzas deónticas (*deontic powers*)⁶⁶⁴. En este caso, si el hecho institucional «persona» implica o no una cierta deontología. Es decir, que el uso de tal concepto vaya acompañado de implicaciones éticas, políticas o jurídicas en la forma de derechos, deberes, obligaciones.

En este sentido, una definición de persona que incorpora ya cierta relevancia normativa de las cualidades del ser persona aparece en la formulación que sugiere Sturma:

Como concepto filosófico fundamental, el concepto de persona se refiere a un actor social que, en el transcurso de su vida, se relaciona consigo mismo y con otras personas, que

⁶⁶² Sobre lo que sigue, véase, QUANTE, *Person*, pp. 22 s., 135 ss.; EL MISMO, *Personales Leben*, p. 158, donde construye la vinculación entre ‘cualidad de persona’, ‘personalidad’ y ‘autonomía’.

⁶⁶³ Cfr. QUANTE, *Person*, pp. 22 s.

⁶⁶⁴ SEARLE, *Making the Social World*, p. 91.

dispone de capacidades epistémicas, morales y estéticas, que entiende razones y actúa sobre la base de razones, que tiene expectativas, formula pretensiones y contrae obligaciones⁶⁶⁵.

Por tanto, en un sentido normativo, esto es, en el contexto de una práctica social y como resultado de una actitud normativa del hablante, cuando empleamos el concepto de ‘persona’ podemos estar ejecutando —por lo que aquí interesa— dos actos de habla distintos: en primer lugar, como hemos anunciado, para *prescribir* un determinado estatus deóntico; en segundo lugar, para *adscribir* responsabilidad⁶⁶⁶. Esta distinción de carácter pragmático es formulada por Mañalich en los siguientes términos:

El concepto adscriptivo de persona designa a cualquiera entidad que cuenta como destinataria idónea de una atribución o adscripción de responsabilidad personal. Un concepto prescriptivo de persona, en cambio, designa a cualquier entidad que cuenta como titular idóneo de derechos (subjettivos) que tienen como correlato deberes cuya infracción constituye una «lesión de la personalidad»⁶⁶⁷.

El concepto adscriptivo de persona resulta, por ejemplo, de la efectiva atribución de responsabilidad *personal*, que lleva implícita en su uso el reconocimiento de todo un set de cualidades y capacidades centrales para ser persona. Consideradas de manera conjunta, tales cualidades y capacidades conforman lo que podemos denominar la *capacidad de responsabilidad*. Por tanto, cuando tales características están presentes en un individuo concreto entonces se le atribuye el estatus de persona con capacidad de responder. El concepto prescriptivo contiene, en cambio, las condiciones bajo las cuales cabe considerar a un sujeto persona, en la medida en que se le asigna una capacidad jurídica en la forma de titularidad de derechos, pretensiones y/u obligaciones. Emplear en este sentido el concepto de persona remite entonces a una norma.

Aquí interesa sobre todo el concepto adscriptivo de persona. No obstante, es necesario aclarar la relación que existe entre uno y otro uso. Para ello podemos introducir otra distinción en el interior del concepto prescriptivo. Este permite identificar una dimensión

⁶⁶⁵ STURMA, *Handbuch Bioethik*, p. 129.

⁶⁶⁶ Como veremos, el concepto adscriptivo es normativo, no sólo por las condiciones que estipula para su aplicación, sino también porque, en el contexto de la práctica de adscribir responsabilidad, se asigna un significado a la disposición por parte del individuo de tales condiciones.

⁶⁶⁷ MAÑALICH, «Organización delictiva», en *RChD* 38-2, 2011, p. 303, nota 103, donde añade: “[p]or eso, un niño de cinco años puede ser persona en sentido prescriptivo, aunque no en sentido adscriptivo”; en la misma línea, Wilenmann, *Verantwortung*; ya antes, fundamental sobre esta distinción, GÜNTHER, *Schuld*, pp. 101 ss., esp. 115 s. En esta línea, STURMA, *Handbuch Bioethik*, p. 129, se refiere a una aplicación del concepto de persona para determinar tanto la imputabilidad como las obligaciones.

pasiva y una dimensión activa. La primera se refiere a la *protección* que despliega la aplicación del concepto de persona sobre el individuo, el cual pasa a ocupar el estatus de destinatario de respeto y de deberes por parte de otras personas (entre las cuales, por cierto, se encontraría el Estado). Así, por ejemplo, en los casos de enfermedades o incapacidades que dañan gravemente las cualidades del ser persona, los elementos pasivos permanecen⁶⁶⁸. Por lo que hace a la dimensión activa, se reconoce la posibilidad de formular pretensiones y la necesidad de comprometerse con deberes. Esto es, a la persona, en tanto persona, se le reconoce la posibilidad de dar, exigir y seguir razones. Sin embargo, este reconocimiento sólo puede ser entendido en términos formales, pues el sentido prescriptivo de persona no presupone, precisamente, la capacidad práctica de dar y recibir razones⁶⁶⁹. El uso separado del concepto prescriptivo y adscriptivo tiene como consecuencia que todo ser humano es, al menos, persona en el sentido pasivo de persona, sin que haya de ser asumida una equiparación semántica normativamente perjudicial de las expresiones “ser humano” y “persona”⁶⁷⁰. Por tanto, la protección a la persona en su dimensión pasiva se entiende como el reconocimiento de una “subjetividad jurídica igualitaria de todos los seres humanos”⁶⁷¹. En *este* sentido, no hay espacio para «no-personas» o «sub-personas».

2.1. ‘Persona’ en el contexto jurídico-normativo del derecho penal

2.1.1. Capacidad de responder y atribución de responsabilidad

El uso frecuente del término «persona» en el contexto de la dogmática penal se debe a que las normas reforzadas jurídico-penalmente vinculan únicamente a personas en su rol de potenciales destinatarios de esas normas. A partir de ahí, para que el derecho penal entre en escena es necesario que se realice el contenido descrito en algún tipo de delito desde el que es posible formar el concepto y formulación de la norma correspondiente.

⁶⁶⁸ En el contexto de un sistema jurídico-normativo de nuestro ámbito cultural todos los animales humanos somos (o, en todo caso, deberíamos serlo) reconocidos como persona en este sentido.

⁶⁶⁹ STURMA, *Handbuch Bioethik*, pp. 131 s., distingue aquí de un concepto estricto de persona (cuando se dan los aspectos activo y pasivo) de un concepto amplio (cuando sólo se da el aspecto pasivo).

⁶⁷⁰ *Ibidem*, p. 135. Las personas en sentido adscriptivo son personas en las dos dimensiones del concepto prescriptivo. En cuanto, por ejemplo, a los menores de edad en el ámbito del derecho penal, si bien pueden reunir tal capacidad de responsabilidad, es una decisión jurídico-normativa y contingente la que les excluye de esa clase de personas.

⁶⁷¹ SEELMANN, «¿Es el respeto un deber jurídico?», en el mismo, *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, p. 46. Además, como veremos, un individuo que cuenta con las cualidades del ser-persona que le permiten configurar su personalidad individual, su particularidad, también es objeto de protección, siempre que esa personalidad no entre en conflicto con un Derecho legitimado fundamentalmente sobre la base de la protección del desarrollo de otras personalidades individuales.

Sólo entonces tratará el derecho de individualizar al sujeto responsable de la realización típica para así poder cumplir con su tarea central: sancionar, en su caso, por el hecho penalmente relevante. De este modo, una y otra razón permiten sostener que el derecho penal presupone la existencia de personas con las cualidades que hacen operativo el uso adscriptivo del concepto: únicamente las *personas* pueden seguir intencionalmente los estándares de comportamiento y únicamente a las personas está justificado atribuir responsabilidad por sus acciones. No se trata de dos usos distintos de la expresión ‘persona’, sino del mismo uso desde dos perspectivas diferentes: prospectiva y retrospectiva⁶⁷². Esto mismo encierran las célebres palabras de Kant: “[p]ersona es el sujeto, cuyas acciones son imputables”⁶⁷³. Es decir, el resultado de un juicio de imputación es, a la vez que se atribuye responsabilidad, el reconocimiento del sujeto de imputación como persona.

En la operación de procurar individualizar a la persona responsable, el derecho penal puede encontrarse con dos escenarios distintos: el primero, que el autor (causante) *sea* jurídicamente imputable; el segundo, que el autor (causante) *sea* jurídicamente inimputable. Lo que distingue un escenario del otro es la presencia de un contenido fáctico que es presupuesto como necesario por la práctica evaluativa y formalizada de adscribir responsabilidad jurídico-penal. Este presupuesto es reconocido por el derecho como una propiedad (capacidad) primaria del individuo y le asigna una determinada propiedad secundaria. Tal asignación es posible a partir de una teoría normativa de la culpabilidad como reprochabilidad que encuentra en la capacidad de *control* sobre los comportamientos el punto de apoyo para atribuir responsabilidad. De modo que en la práctica de atribución de responsabilidad jurídico-penal consideramos como casos de no

⁶⁷² Obviamente, el derecho penal presupone también la existencia de personas, al menos, en un sentido prescriptivo-pasivo, esto es, como individuos con intereses jurídicos cuya protección legítima el establecimiento de normas de comportamiento.

⁶⁷³ KANT, *Metafísica*, p. 30 (Ak. 223). Una idea parecida suele ser atribuida a las palabras de HEGEL (*Principios*, § 100, p. 164, que empieza en página anterior): “[a]l considerar que la pena contiene su propio derecho, se honra al delincuente como un ser racional”; pues, como advierte Arthur KAUFMANN (*Schuldprinzip*, pp. 208 s.), allí donde se castiga al individuo sin capacidad de responsabilidad, “no es que se ponga ya en cuestión el principio de culpabilidad, sino, más bien, se priva a ese individuo de la misma dignidad personal”. También PAWLIK (*Das Unrecht*, pp. 141 s.): “persona es quien en el tráfico social vale como artífice de acciones, es decir, cuyo comportamiento es capaz, según la conocida fórmula de Kant, de una imputación”. Sobre la relación persona-imputación con base en Kant, véase, en profundidad, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, pp. 167 ss., 195 ss., 210 ss. (lectura sobre el concepto kantiano de persona), y pp. 387 ss. (aplicación del concepto de persona en el ámbito del derecho penal); también, AICHELE, «Persona physica und persona moralis: Die Zurechnungsfähigkeit juristischer Personen nach Kant», en *JRE* (2008), pp. 3 ss. Ya antes, en un sentido similar, véase LARENZ, *Zurechnung*, pp. 50 ss., donde se vincula «*Persönlichkeit*» y «*Zurechnung*». En la filosofía angloamericana, por ejemplo, TAYLOR, en *The Identities of Persons*, pp. 281 ss.

libertad o no capacidad aquellos en los que tenemos motivos para asumir que quien *actúa* no pudo aplicar en su reflexión y decisión la medida normal de evaluación crítica y control. Que el autor sea imputable presupone entonces que éste sea capaz de responsabilidad, esto es, que en el momento de cometer el hecho hubiese dispuesto de las capacidades que le permitieran responder a los estímulos externos atribuidos a la norma jurídica; por lo que, en caso de no responder a la norma, a pesar de disponer de la capacidad para ello, deberá hacerlo frente a la sociedad o el Estado por *su* hecho delictivo. Hay por tanto una comunicación entre la capacidad de responder y la posterior necesidad de responder⁶⁷⁴.

La capacidad de responder a estímulos jurídico-normativos externos⁶⁷⁵ sólo puede darse, hasta donde alcanzo, en el animal humano. Como se ha sostenido, afirmar esta capacidad no implica requerir el compromiso ético-jurídico de la persona con el contenido de la norma —algo, por lo demás, que podría ser necesario para la validez de los juicios de culpabilidad moral⁶⁷⁶—, como tampoco que el destinatario haya de acceder a las razones subyacentes a las normas, sino simplemente la posibilidad de formarse una intención para actuar sobre la premisa de esas razones externas que indican que una determinada clase de acción está prohibida o es obligatoria. Y sólo quien dispone de esa capacidad puede ser un sujeto idóneo para el seguimiento de las normas que operan en el derecho penal⁶⁷⁷. Puesto que no todos los seres humanos *disponen* de esa capacidad de responder, los individuos inimputables no *serían personas* conforme a la concepción adscriptiva (lo que, de este modo, sólo resulta después del intento de individualizar al responsable).

En este sentido, que por medio de la imputación jurídico-penal se reconozca a alguien como persona (en derecho) implica, a su vez, que su acción está siendo sometida a un juicio evaluativo (provisional —injusto— o definitivo —culpabilidad—). De ahí que desde esta perspectiva el inimputable no sea persona para el derecho penal, en la medida en que su acción no puede ser objeto de un juicio o reproche normativo con relevancia

⁶⁷⁴ Sobre esta relación de correspondencia, Stoppenbrink, Quante (2013), Raz (2011).

⁶⁷⁵ En la medida en que a toda norma jurídica de comportamiento subyace una carga ética cuyo contenido se corresponderá, como apunta ORTIZ DE URBINA GIMENO (*La excusa del positivismo*, p. 63), con “la teoría ética normativa que sirva de base al sistema (o, al menos, con alguna teoría ética que sea compatible con las decisiones básicas del sistema)”, parece posible hablar aquí de razones ético-jurídicas.

⁶⁷⁶ Cfr. GÜNTHER, *Schuld*, pp. 97 s.

⁶⁷⁷ Evidentemente, este punto nos referimos a lo que se conoce por la doctrina jurídico-penal como «capacidad de motivación». Esta capacidad no se afirma o descarta en términos absolutos, sino que procede hablar de «normalidad motivacional» del sujeto o, expresado de otro modo, de una capacidad de motivación «suficiente».

jurídico-penal. Y esto, como es obvio, puede aplicarse *mutatis mutandis* en el plano de la culpabilidad moral. Aunque, a decir verdad, es el derecho penal el que reproduce en el ámbito de la responsabilidad esquemas propios de la filosofía práctica, si bien, como vamos viendo, con alguna distinción por lo que hace a la consideración de las razones que llevan a un agente a realizar su acción.

Por tanto, es posible concluir que *es persona en derecho* (penal) el individuo considerado “capaz de distinguir entre derecho e injusto, que es por tanto capaz de seguir las normas, pero también de quebrantarlas y, en ese sentido, por tal motivo puede ser hecho responsable por el quebrantamiento de una norma, en la medida en que, con una fidelidad suficiente a derecho, hubiese estado en situación de seguir la norma”⁶⁷⁸.

2.1.2. Incapacidad de responder en el momento del hecho

Como es sabido, la incapacidad para responder puede tener una naturaleza general o particular (situacional)⁶⁷⁹. Por la vía de las reglas de imputación, el derecho penal *considera* que la incapacidad de responder es general en individuos menores de edad (incapacidad normativa —porque así lo establece la norma—) y en algunos individuos *enfermos* (algunas anomalías o alteraciones psíquicas permanentes —para el caso de que les resulte imposible la motivación conforme a la norma o la actuación conforme a dicha motivación—)⁶⁸⁰. Estos individuos no pueden contar como personas capaces de seguir normas jurídico-penales y, por tanto, tampoco como destinatarios idóneos para la atribución de responsabilidad y eventual imposición de una pena: no existe una base prospectiva para la correspondencia de la responsabilidad retrospectiva⁶⁸¹. Son considerados, sólo en ese sentido, animales no humanos (o, como acostumbran a decir algunos, “mera naturaleza”)⁶⁸².

⁶⁷⁸ KINDHÄUSER, «Norm und Person» (trabajo presentado como ponencia durante las Jornadas *Normentheorie - Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik*, celebradas los días 26-28 de octubre de 2017 en Buttenheim (Alemania).

⁶⁷⁹ La incapacidad permanente puede ser denominada falta de «competencia normativa» («*normative competence*»), mientras que la incapacidad situacional puede ser denominada falta de «control situacional normal» («*normal situational control*»). Utilizan estas expresiones en un sentido distinto, BRINK/NELKIN, «Fairness and the Architecture of Responsibility», en Schoemaker (ed.) *Oxford Studies in Agency and Responsibility*, vol. 1, 2013, pp. 292 ss.

⁶⁸⁰ Aunque pueden ser considerados destinatarios en un sentido formal, en tanto personas en sentido prescriptivo.

⁶⁸¹ Se les aplica entonces una medida de seguridad. Es discutible que tales medidas tengan naturaleza estrictamente jurídico-penal.

⁶⁸² Desde posiciones distintas JAKOBS, «Culpabilidad y prevención», *Estudios*, p. 85.

Junto al inimputable de tipo general, el derecho penal reconoce al inimputable (en sentido amplio) en el caso particular: el incapaz de acción, quien actúa sumido en un error relevante, en un trastorno mental transitorio, las intoxicaciones plenas, el miedo insuperable y el estado de necesidad exculpante conforman un catálogo cerrado. Son situaciones en las que es posible que el sujeto no disponga de las capacidades que el derecho penal estima necesarias, o que las haya empleado incorrectamente, o que le falte cierta información sobre la situación o, en fin, que haya extraído conclusiones erróneas de ésta, etc. Para el caso de que concurran todos los requisitos necesarios estipulados para apreciar estas causales el derecho penal prevé (salvo que la evitación de tales situaciones fuera exigible) el mismo tratamiento que en el caso de los inimputables permanentes: de nuevo, no pueden contar como destinatarios idóneos de la expectativa de seguimiento de normas jurídico-penales y, consiguientemente, no es razonable que hayan de responder por medio de la imposición una pena. Lo importante aquí es apuntar que, de esta forma, el derecho penal hace visible por la vía negativa aquellas propiedades y capacidades que presuponemos en la adscripción de responsabilidad y, que, por tanto, configuran el concepto adscriptivo de persona en derecho.

Sin embargo, entre ambas situaciones existe una diferencia relevante para el derecho penal condicionada, precisamente, por la estructura temporal de la incapacidad. Cuando es en el caso concreto donde, por una falta puntual de capacidad de responder, puede decaer la expectativa de seguimiento de la norma, lo relevante será el paso de un estado a otro, de capacidad a no-capacidad, de persona a no-persona. Formulado de otro modo: en el caso del inimputable *sincrónico* el derecho penal parece preguntarse por la razón que explica (por tanto, analíticamente anterior) esa incapacidad de responder y si ésta es imputable al autor. Es decir, el intervalo entre estos dos estados puede ser penalmente relevante si se considera que al sujeto le era exigible, dada la situación, no separarse del concepto de persona en derecho.

Entonces ¿qué ocurre, por ejemplo, con el individuo sometido a una *vis absoluta*, el que actúa sumido en un error o inmerso en un estado de intoxicación? Es decir, con los individuos que por lo general suelen disponer de las capacidades que los hacen ser persona, pero que en el momento de actuar lo hacen condicionados por un estado defectuoso por la ausencia de alguna de esas capacidades. ¿Son personas? Parece que, en la medida en que son situaciones en las cuales no procede la imputación al momento del hecho, entonces también debería estar en juego la atribución de la cualidad de persona. En efecto, puede afirmarse que, en la situación particular, no *son* personas en sentido

adscriptivo, pues no pueden actuar como tales: o bien no disponen en el momento de las capacidades, o bien no pueden emplearlas adecuadamente. Pareciera que, a diferencia del inimputable de carácter general son situaciones en las que el enfoque que se adopta hacia el individuo es de naturaleza sincrónica. Sin embargo, a efectos de imputación jurídico-penal lo relevante es únicamente si la persona, al momento del hecho, disponía de capacidad de responsabilidad. Esto es, la imputación jurídico-penal habrá de reducirse siempre a un análisis sincrónico⁶⁸³.

2.1.3. Capacidad de responder y ejercicio de la capacidad de responder

A partir de la concepción adscriptiva de la persona pueden darse dos escenarios. Un sujeto puede ser capaz de responsabilidad: i) *y no ejercer o emplear semejante capacidad*, o; ii) *ejercer o emplear semejante capacidad* (de manera adecuada, se entiende: ser responsable o fiel, en términos valorativos). La cuestión es: ¿se es en los dos casos persona? O, mejor dicho: ¿son ambas condiciones necesarias para que el derecho considere a un individuo como persona en derecho? ¿O son dos conceptos de persona distintos? *Ser persona* en el segundo caso —el sujeto actúa conforme a derecho— vuelve insuficiente ser persona en el primero —el sujeto infringe de manera imputable el derecho—, por lo que el concepto adscriptivo de persona quedaría invalidado. El empleo del término ‘persona’ en ambos

⁶⁸³ Al menos, por lo que hace a las personas físicas. Un análisis de carácter diacrónico podría ser eventualmente válido, en su caso, para la atribución de responsabilidad a entes colectivos (por ejemplo, a personas jurídicas). Sin embargo, si bien lo sugerido en el texto ha de valer como límite temporal (material) para la atribución de responsabilidad jurídico-penal a personas físicas, entiendo que un análisis diacrónico podría estar justificado para excluir la responsabilidad (quizá mejor: exculpar, o, incluso, justificar), en la medida en que el proceso de formación de la personalidad del sujeto se hubiera visto afectado, por ejemplo, por una socialización perversa o una continua desprotección por parte del Estado. Me refiero aquí, en parte, a lo que con cierta urgencia se viene denunciando como el problema de “los excluidos frente al derecho penal” (Cigüela Sola, Silva Sánchez). Una posible razón es la que ofrece QUANTE, *Personales Leben*, p. 179: ello sería incompatible con la afirmación de existencia de autonomía personal. Así, tanto el rechazo a una dimensión biográfica de la personalidad como fundamento de la atribución de responsabilidad jurídico-penal (en su caso serviría como fundamento de una medida de seguridad) como su plausibilidad como fundamento de la exculpación (o justificación) serían acordes con un principio de culpabilidad jurídico-penal. Mientras que con el primer aspecto se rechaza la culpabilidad por la conducción de la propia vida, con el segundo se hace explícita la necesidad de comprender, en aras de poder afirmar la autonomía personal que legitima la atribución de responsabilidad, el proceso de formación de la personalidad del individuo que le conduce a la comisión del hecho delictivo. Y entonces, de este modo, podría quizá darse una respuesta, entre otras cuestiones, a la del estatus moral (*moral standing*) del Estado y la sociedad para inculpar y castigar. No obstante, se me ocurre que incluso la idea de un análisis diacrónico únicamente para exculpar, esto es, como límite de la responsabilidad jurídico-penal, habría de enfrentarse a un problema argumentativo ulterior: si como resultado del análisis biográfico se concluye que la formación de la personalidad no estuvo condicionada por factores relevantes para la exclusión de responsabilidad, descartándose así la aplicación de un *límite* al reproche de culpabilidad ¿no habría ello de llevarnos a afirmar, precisamente, un *fundamento* suficiente para el reproche de culpabilidad? En definitiva, el problema es urgente y complejo, lo que debería alentarnos a trabajarlo. Pero no es esta investigación el lugar apropiado para ello.

casos parece envolver cierta contradicción si concebimos el segundo escenario como necesario para la adscripción de la cualidad de persona. Pues, como acertadamente ha advertido Dennett,

las bases para decir que una persona es culpable (la evidencia de que obró mal, de que estaba consciente de que obraba mal y de que obró mal por su propia y libre voluntad) son, en sí mismas, bases para dudar de que estemos de hecho tratando con una persona⁶⁸⁴.

De entrada, el sujeto que es capaz de responsabilidad es, como ya se dijo, persona en un sentido moral neutro. Se le puede exigir dar razones, lo cual le hace partícipe de una práctica social evaluativa (la de la atribución de responsabilidad en el marco de una “comunidad moral”), concebida ésta como una en la que se dan y piden razones⁶⁸⁵. Por este motivo, se le puede exigir que actúe de una determinada manera. Esa capacidad de responder que eleva a un sujeto a persona moral tiene como base determinadas cualidades o capacidades⁶⁸⁶. En tal sentido, puede decirse que la capacidad de responder es una capacidad con relevancia ética o jurídica, o, en cualquier caso, normativa. Resultado de ello es que la acción de un individuo tal puede ser evaluada como buena o mala; como correcta o incorrecta; desde un punto de vista ético o jurídico. De lo que se sigue que la mera capacidad de responder es suficiente para la consideración moral de la persona, pues, de lo contrario, es decir, si además de la posesión de tal capacidad se requiriera su correcto ejercicio (ser responsable, actuar conforme a derecho), entonces no cabría la acción o persona moral o jurídicamente mala o incorrecta. O, dicho de otro modo: sólo habría personas en tanto actuasen de manera correcta. De modo que las personas, en tanto personas, no tendrían elección alguna⁶⁸⁷. Y entonces puede concluirse, de nuevo con Dennett, que:

⁶⁸⁴ DENNETT, *Brainstorms*, p. 289.

⁶⁸⁵ Cfr. QUANTE, en *Autonomy and the Self*, p. 268, quien lo describe como sigue: “nos enfrentamos de manera fundamental a través de actitudes prácticas, y sólo a través de nuestra práctica de atribución de responsabilidad, se constituyen los hechos esenciales para nuestra práctica”. En el ámbito jurídico-penal, semejante enfrentamiento de actitudes prácticas en la práctica de la responsabilidad es desarrollado por el modelo dialógico de responsabilidad jurídico-penal que propone NEUMANN, *Zurechnung und «Vorverschulden»*, pp. 269 ss.

⁶⁸⁶ Este es el caso de capacidades como el conocimiento, la toma de decisiones racionales (instrumentales, de acción, etc. Individualizar al responsable quiere decir buscar a una persona responsable y, para ello, ha de acudir necesariamente a capacidades o cualidades de la persona. El propio derecho, creo de manera arbitraria —es decir, no por una estricta consideración de la ontología de lo humano—, marca el punto a partir del cual un individuo puede ser considerado responsable.

⁶⁸⁷ Ambas nociones serían normativas: la de Jakobs doblemente normativa, como vimos al plantear la pregunta previa acerca de los sentidos de la normatividad del concepto de persona.

la noción moral de persona y la noción metafísica de persona no son conceptos separados y distintos, sino sólo dos puntos de apoyo diferentes e inestables de un mismo continuo⁶⁸⁸.

Así, atribuir responsabilidad personal no es sino una vía de reproche al sujeto, el cual, pudiendo actuar como persona, es decir, pudiendo cumplir con un concepto normativo de persona (cómo actuaría una persona en derecho) empleando las capacidades jurídicamente relevantes, no lo hace. Por tanto, siguiendo a autores como Klaus Günther o Mañalich⁶⁸⁹, puede distinguirse una capacidad para ser-persona —que cuenta con las capacidades jurídicamente relevantes y, por tanto, puede desarrollar su personalidad jurídica— de un ser-persona en derecho —que desarrolla su personalidad jurídica, es decir, que se realiza como persona en derecho—⁶⁹⁰. Pero que en un individuo concurren las condiciones de ser capaz de responsabilidad no garantiza que ese individuo actúe como persona en derecho. Es decir: no garantiza la satisfacción de un concepto normativo de persona en derecho. Y que esto sea así abre la posibilidad de atribuir responsabilidad personal. Por tanto, la persona —en tanto reúne las capacidades relevantes—, que actúa como persona en derecho asume su responsabilidad prospectiva de manera ejemplar. Ya no es un uso adscriptivo del término, sino valorativo.

2.2. Cualidad de persona y principio de culpabilidad

Con todo, la asignación de una determinada relevancia jurídica al conjunto (necesario) de cualidades o capacidades de la persona que efectúa el derecho penal es llevada a cabo bajo la exigencia ético-jurídica favorecida por el principio de culpabilidad. No se trata pues de una cuestión que vaya conceptualmente unida al derecho penal, sino que, antes

⁶⁸⁸ Dennett, *Personhood*, p. En este lugar, por un lado, el autor emplea ‘moral’ implicando en su uso un valor (persona *moralmente buena*). En el cuerpo del texto, sin embargo, empleamos ‘moral’ sin implicar con ello un valor, es un uso neutro, de modo que la persona o la acción designada como ‘moral’ es susceptible de ser valorada como buena o mala. Por el otro, emplea el término ‘metafísica’ para designar una determinada ontología de la persona, sobre cuyas propiedades puede sobrevenir el estatus de moralmente buena. Puesto que en el texto otorgamos ya a esas propiedades una relevancia moral (neutra) que puede realizarse en lo que exige el sistema normativo “derecho”, la referencia a Dennett es válida si entendemos que la persona moral (metafísica en caso de Dennett) puede volverse una persona en derecho (moral en caso de Dennett). Antes Dennett se ha preguntado: “(...) *de cómo las personas metafísicas pueden volverse personas morales (...) o de por qué las personas metafísicas tienen que ser personas morales?*”

⁶⁸⁹ Sobre la recursividad del estatus jurídico de persona, véase, GÜNTHER, *Schuld*, pp. 110 s.; en detalle, véase también, MAÑALICH, *InDret Penal* 1/2013, pp. 21 ss. Este último sostiene, para el caso de la exculpación, que lo distintivo de su reconocimiento “no consiste en la validación jurídica de la descripción de la situación como una situación de conflicto práctico, sino más bien en la suspensión marginal de la reducción de la identidad del destinatario de la norma al estatus de persona de quien se espera una motivación leal al derecho”.

⁶⁹⁰ Un elemento interesante de esta distinción es que, frente a concepciones como la de Jakobs, quien no se realiza como persona en derecho no pierde el estatus prescriptivo de persona, pues sigue siendo objeto de protección y sujeto de deberes.

bien, obedece, como apuntamos más arriba, a la opción ético-política por un modelo institucional de justicia penal regido por semejante principio. Así, desde este punto de vista, sólo es reprochable el hecho que puede ser atribuido como culpable a una persona. Pero la culpabilidad no se encuentra entre las condiciones del ser persona, sino que sobreviene a éstas porque para el derecho, en tanto práctica social formalizada, tienen un valor declarativo que el mismo derecho fija por la vía positiva (dolo, imprudencia) y negativa (culpabilidad).

Esta asignación de relevancia evaluativa a determinadas cualidades constitutivas del ser persona supone reconocer entonces un concepto relevante de persona para el derecho penal, tanto como sujeto idóneo para el seguimiento de las normas de comportamiento como para la atribución de responsabilidad jurídico-penal. Lo que, de nuevo, son dos caras de la misma moneda: quien es capaz de *seguir* razones para la acción es también capaz de *responder* frente a su no seguimiento efectivo. A semejante capacidad se le asigna entonces el estatus normativo de *autonomía personal*. Y, si bien el principio de culpabilidad se encuentra formalmente incorporado, de manera más o menos explícita, en la legislación vigente (CP⁶⁹¹, CE⁶⁹²), su contenido material no está fijado de manera positiva y su construcción requiere de la asunción de un plano discursivo supra-positivo. Incluso su formulación como principio político-criminal o funcional a la identidad normativa de una sociedad requiere de la consideración de argumentos o datos de carácter filosófico⁶⁹³, ético, social, psicológico, etc.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con los juicios de culpabilidad moral, ámbito en el que se toma como base las razones que llevaron al sujeto a cometer el hecho no permitido, en el ámbito del derecho penal lo relevante es que la persona, disponiendo de las propiedades y capacidades relevantes para seguir la norma, no lo hizo. Así, como sugiere Scanlon, la culpa moral, si bien tiene mucho que ver con la acción realizada, guardaría relación sobre todo con el carácter del agente. Es decir, la acción de una persona

⁶⁹¹ Exigencia de dolo o culpa (art. 5), conciencia de la antijuridicidad (art. 14.3), conciencia de la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión (arts. 20.1º, 2º, 3º).

⁶⁹² Así, por ejemplo: MIR PUIG, *Bases*, p. 125: «dignidad humana» (art. 10 CE); LUZÓN PEÑA, *PG*, p. 86, «igualdad»; MARTÍNEZ GARAY, *Imputabilidad*, pp. 392 ss.: «igualdad real (material)» (arts. 14 y 9.2 CE); AGUADO CORREA, *Principio proporcionalidad*, pp. 309 ss., «principio proporcionalidad».

⁶⁹³ En este sentido, por ejemplo, PAWLIK, «Vom Nutzen der Philosophie für die Allgemeine Verbrechenslehre», *GA* (2014), p. 278, señala, en referencia a las concepciones de la teoría del delito de Roxin y Jakobs, que “el mismo acto de integrar el conocimiento dogmático penal en un contexto más amplio de pensamiento y convicción (...) constituye el aspecto filosófico de la teoría general del delito”.

mostraría algo negativo sobre el carácter del agente. Y entonces, como sostiene este autor, ello explicaría:

por qué la culpa [moral, V.V.] debería depender de las razones del agente para realizar una acción y de las condiciones (...) bajo las cuales se realiza la acción; ambas resultan *relevantes* para la cuestión acerca de qué puede inferirse sobre el carácter de un agente a partir de una de sus acciones⁶⁹⁴.

En este sentido, por ahora puede sostenerse que, mientras que el juicio de culpabilidad moral por la realización de un hecho no permitido puede tomar como base aspectos relativos de la personalidad (biográfica o narrativa: «*Persönlichkeit*») de la persona, a la culpabilidad jurídico-penal sólo le es dable dirigirse a las cualidades o capacidades de la persona («*Personalität*») que pudieron ser empleadas, pero que no lo fueron, lo fueron, pero insuficientemente desde una perspectiva jurídico-normativa o que lo fueron de un modo dirigido a la comisión del hecho delictivo. Formulado de otro modo: mientras que el juicio de culpabilidad jurídico-penal reprocha que, dado un no reconocimiento de la norma de comportamiento, el sujeto disponía de la capacidad de reconocerla y actuar conforme a ella, en el juicio de culpabilidad moral el reproche recae (puede hacerlo) sobre la personalidad. Es decir, asigna una relevancia normativa a aspectos que tienen que ver con la personalidad, tales como el modo de ser o el carácter de la persona, tratando así de corregir lo que por principio no le está permitido corregir al orden jurídico. Ello, como veremos, no obsta a que sea plausible afirmar que es efectivamente la personalidad (la subjetividad) del concreto individuo lo que emerge o puede ser inferido de su hecho⁶⁹⁵.

2.2.1. Concepto de persona subyacente a las reglas de imputación (cualidad de persona-personalidad jurídica)

El derecho forma parte de una realidad social más amplia en la que se configuran los límites de la persona. Como creo vamos revelando, el concepto de persona en derecho está internamente conectado con la práctica de atribuir responsabilidad jurídico-penal. Si nos interesan las capacidades del ser persona es precisamente porque mediante su ejercicio el individuo puede configurar su vida adaptándola a lo que permite el derecho,

⁶⁹⁴ SCANLON, *Moral Dimensions*, p. 169 (énfasis añadido).

⁶⁹⁵ Que entonces el juicio de culpabilidad jurídico-penal quedaría en cierto sentido incompleto con respecto al juicio de culpabilidad moral es puesto de relieve por Art. KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, pp. 194 ss., quien atribuye ese desfase no sólo a razones epistémicas, sino también al respeto a la personalidad humana.

operando éste como límite externo a la configuración individual externa⁶⁹⁶. De esta forma, el individuo que adecúa sus acciones al derecho se realiza como persona en derecho⁶⁹⁷.

En el análisis del concepto de persona a partir de las cualidades que debe reunir una determinada entidad para poder ser designada como persona se deduce que éstas se configuran como algo más que un mero sujeto con elecciones, deseos o deliberaciones. Como puso de relieve Frankfurt, junto a ello atribuimos a la persona la capacidad de «voliciones de segundo orden», caracterizadas por ser intenciones de orden superior que ponen de manifiesto una “capacidad de realizar la autoevaluación reflexiva”⁶⁹⁸. Esta no es sino la capacidad de actuar sobre sí mismo, de valorar los propios deseos o motivos, de decidirse por (alguno de) ellos, de pretender su realización, de adoptar, en fin, una postura autocrítica, la cual se corresponde con la actitud o la postura que adoptamos (o debemos adoptar) frente al otro cuando lo reconocemos como persona⁶⁹⁹. Puede decirse

⁶⁹⁶ En este sentido, es ilustrativo entender, siguiendo a MOLINA FERNÁNDEZ, *AFDUAM* 4 (2000), p. 68, que los conceptos de responsabilidad, imputación, culpabilidad y acción reflejan una determinada visión de nosotros mismos como sujetos responsables de nuestros actos; y es sobre esta imagen que se edifica el ordenamiento jurídico.

⁶⁹⁷ Al respecto, véase ya KANT, *Metafísica*, p. 243 (Ak. VI 390): “die Angemessenheit der Handlungen zum Rechte (*ein rechtlicher Mensch zu sein*)” (mantengo la cita en alemán por desacuerdo con la traducción). Es precisamente la reconstrucción prescriptiva de esta proposición (“*Sei ein rechtlicher Mensch*”) lo que Kant designa con la expresión «*honestas iuridica*» como instancia del más general «*honeste vive*» (ibidem, p. 47 (Ak. VI 236). De nuevo, mantengo la cita según el original). Ahora bien, el mandato de honestidad jurídica no es para Kant un deber propiamente jurídico externo (sólo lo es el «*neminem laede*»), sino un «deber jurídico interno» («*innere Rechtspflicht*»). Este deber expresa una vinculación frente a uno mismo, frente a la “humanidad en nuestra propia persona” (“*Menschheit in unserer eigenen Person*”). Sobre el «*innere Rechtspflicht*» kantiano, véase, MOHR, «Rechtskultur, Demokratie und Menschheit in unserer Person. Von der Pflicht gegen uns selbst zur Selbstgesetzgebung», en Dhouib (ed.) *Demokratie, Pluralismus, Menschenrechte. Transkulturelle Perspektiven*, 2014, pp. 34 ss.

⁶⁹⁸ FRANKFURT, «Freedom of the Will and the Concept of a Person», en *Journal of Philosophy* 68, 1971, pp. 7, 11 s. evaluación que no necesariamente supone adoptar una perspectiva moral, sino que, más bien, son evaluaciones en el sentido de preferencias (p. 13, nota 6); como hemos visto, de modo similar, aunque no idéntico, DENNETT, *Brainstorms*, pp. 269 ss., se refiere a “sistemas intencionales de segundo orden”, aunque considerando que en ello no radica lo específico de la persona, pues, considerando una teoría del significado griceana, también algunos animales no humanos son capaces de dar una respuesta coherente, por lo que “no bastan las simples intenciones de segundo orden para producir reciprocidad genuina; para ello se requieren intenciones de tercer orden” (p. 186); también TAYLOR, «Responsibility for Self», en A. O. Rorty (ed.) *The Identities of Persons*, 1976, pp. 287 ss., distingue, en el marco de la autoevaluación, entre un “mero ponderador de alternativas” (*simple weigher of alternatives*) y un “evaluador potente” (*strong evaluator*). Al primero le aplica la metáfora de “superficial” o “poco profundo” (*shallow*); al segundo, en cambio, la de “profundo” (*depth*). Como vimos, también se hace eco de esta caracterización Quante. Hasta donde alcanzo, se debe a Kindhäuser la aplicación de esta concepción en el ámbito del derecho penal. Le sigue Mañalich. En el ámbito angloamericano, véase, MOORE, *Placing Blame*, pp. 612 ss., identificando en esta capacidad una forma de autonomía, en la medida en que la elección de uno de ejecutar tales deseos de segundo orden sea causalmente eficaz. Críticos con el rendimiento explicativo de esta concepción, Pawlik, Wilenmann.

⁶⁹⁹ Cfr. GÜNTHER, *Schuld*, pp. 246 ss., *passim*. Esta idea puede encontrarse ya en ANSCOMBE, *Intention*, pp. 80 ss., cuando se refiere a la adopción de una postura de preguntar y persuadir al otro, pero también a uno mismo; véase también, QUANTE, *Person*, pp. 27 ss.

entonces que la propuesta frankfurtiana nos remite a un «yo» escindido en dos niveles, en el que el «yo» superior toma como referencia al «yo» inferior. De esta forma, este modelo de intenciones escalonado tiene la ventaja de ilustrar lo que podemos considerar la capacidad central de las personas: la configuración de una personalidad e identidad biográfica⁷⁰⁰.

A partir de la razón (que presupone una intención de primer orden) y la voluntad (intención de orden superior), Frankfurt construye la distinción entre un agente inconsciente racional (*wanton*) y una persona (*person*). Ello es ilustrado por este autor con ayuda del ejemplo de los dos drogadictos:

El adicto contra su voluntad (*person*) y el adicto agente inconsciente (*wanton*). El primero posee deseos conflictivos de primer orden; quiere consumir la droga, pero también quiere abstenerse de hacerlo. Respecto de este conflicto tiene una volición de segundo orden: quiere que el deseo de abstenerse constituya su voluntad, que se haga efectivo. En cambio, el segundo adicto no prefiere que uno de sus deseos prevalezca, no se preocupa de su voluntad. Por medio de la formación de la voluntad de segundo orden, el adicto contra su voluntad *se identifica* con uno de sus deseos y *se distancia* del otro. Por tanto, cuando quien actúa es una persona el deseo que le mueve a actuar es o bien la voluntad que quiere o bien una voluntad que no quiere tener. Cuando quien actúa es un agente inconsciente, no se trata de ninguna de las dos⁷⁰¹.

La preferencia (no su realización) por uno de los deseos y la formación de la intención por alcanzarlo es lo que *identifica* al agente como persona. No es suficiente con formarse los deseos de segundo orden, sino que, para poder afirmar la disposición por parte del sujeto de una actitud práctica superior será necesario que éste se forme la intención de realizar el deseo. Esto no significa que el individuo, para ser persona, no pueda tener deseos de primer o segundo orden, sino que habrá de mantenerlos suficientemente bajo control para estar así en disposición de conformar su voluntad conforme a sus juicios normativos.

Pues bien, la preferencia (normativa) con la que ha de identificarse el agente en un contexto jurídico-normativo es la de querer ser fiel al derecho, independientemente de su

⁷⁰⁰ Cfr. QUANTE, *Personales Leben*, p. 127.

⁷⁰¹ Sobre lo que sigue, FRANKFURT, *Journal of Philosophy* 68, pp. 12 ss. Para un desarrollo más elaborado véase, QUANTE, *Person*, pp. 152 ss.; EL MISMO, *Personales Leben*, pp. 177 ss.

contenido⁷⁰². El delito, en cambio, expresa la preferencia por una motivación contraria a derecho; o, con otras palabras, es la “manifestación objetivada de un déficit de fidelidad a derecho”⁷⁰³. En uno y otro caso hablamos de persona⁷⁰⁴.

Así pues, una vez queda establecida la realización del tipo, esto es, la confirmación de la antinormatividad del comportamiento en el sentido de no-correspondencia, procede examinar si ese mismo comportamiento puede ser interpretado como acción de una persona responsable. Esta operación, que se construye como juicio de imputación, está sometida a las reglas generales *previstas* por el ordenamiento jurídico-penal, que reciben el nombre de «reglas de imputación». Como vimos, tales reglas indican a quien ha de emitir el juicio de imputación bajo qué condiciones es posible (por legítimo o razonable) imponer una pena al sujeto por su comportamiento por la vía de establecer las capacidades de la persona que sirven como condiciones de responsabilidad. Entonces es correcto entender que, con base en el concepto adscriptivo de persona que es presupuesto por las reglas de imputación, podemos esperar el ejercicio de las capacidades por parte del sujeto. Si éste dispone, en la medida normativizada por el derecho, de las capacidades físicas, cognitivas y motivacionales, y, a pesar de ello, realiza el hecho delictivo, entonces *se le hace culpable* por medio de un juicio a partir del cual se atribuye a la persona el sentido de no *querer* lo debido⁷⁰⁵.

Lo anterior es acorde con la estructura dual de la responsabilidad esbozada más arriba. Si decíamos que el objeto de la imputación se corresponde con la realización o no realización del contenido de la prohibición o mandato del derecho penal, respectivamente, estando por tanto legitimado por la protección distributivamente *justa* de intereses o bienes jurídicos, el fundamento de la imputación gira en torno a la noción de persona. El sujeto

⁷⁰² Esto mismo ofrecería una respuesta a una de las objeciones formuladas frente las «*Higher-order theories*» *HOT*, a saber, que se exigiría demasiado para ser persona, pues los deseos o intenciones de orden superior no ocultan una determinación cualitativa del deseo o la intención en cuestión, sino que, más bien, se trata de ilustrar sobre la especial interacción que se da entre ambos niveles. Así, por ejemplo, QUANTE, *Personales Leben*, p. 177.

⁷⁰³ MAÑALICH, *InDret Penal* 1/2013, p. 8.

⁷⁰⁴ No obstante, antes de seguir por este camino es necesario insistir en que esta fidelidad al derecho no implica una forma de aceptación interna o identificación con el contenido de una norma jurídica, la cual, en virtud del referido mandato de neutralidad moral, sería incompatible con el derecho en una democracia pluralista. Pero tampoco como una exigencia de observancia acrítica del derecho, sino más bien como una “preferencia personal del agente que es miembro de una comunidad política democráticamente constituida”, MAÑALICH, en Kindhäuser/Mañalich, *Pena y culpabilidad*, p. 181. De ahí que la presencia de este sistema político goce de prioridad explicativa y justificativa con respecto a la expectativa de fidelidad al derecho.

⁷⁰⁵ Cfr. VOGEL, *Norm*, p. 57.

tiene que motivarse de manera fiel a derecho para así asegurar la vigencia fáctica de la norma de comportamiento. Cuando ello no ocurre, es decir, cuando el sujeto no reconoce la norma como eficaz para su acción habrá de comprobarse si ese no reconocimiento obedece o expresa una falta de fidelidad a derecho (o “sentido de la justicia”⁷⁰⁶) que fundamente la atribución de responsabilidad y, por consiguiente, la eventual imposición de una pena⁷⁰⁷. De lo que se sigue que de no ser el caso —de no ser expresión de una falta de fidelidad a derecho—, la atribución de responsabilidad jurídico-penal no se hallará legitimada. Resolver si es o no el caso corresponde al aplicador del derecho, el cual, haciendo uso de las reglas de imputación previstas por la legislación penal al efecto, habrá de determinar bien semejante falta de fidelidad, bien la existencia de razones jurídicamente validadas⁷⁰⁸ que afectan a la persona y que determinaron la no orientación conforme a derecho del sujeto⁷⁰⁹.

Como quedó apuntado, se debe a Kindhäuser el traslado de esta estructuración frankfurtiana de la voluntad a la teoría del delito bajo el modelo de las «intenciones escalonadas» (*Gestufte Intentionen*)⁷¹⁰. La capacidad para formarse y realizar una intención de primer orden puede ser definida como capacidad de acción. Por su parte, la capacidad para formarse y realizar una intención de segundo orden es definida como capacidad de motivación⁷¹¹. Sólo la conjunción de ambas capacidades conforma el

⁷⁰⁶ Así, siguiendo a Rawls, VOGEL, *Norm*, pp. 64 ss., y *passim*; aunque ahora utilice de manera casi idéntica la expresión “fidelidad al derecho”, véase, previamente, KINDHÄUSER, «Personalität, Schuld und Vergeltung. Zur rechtsethischen Legitimation und Begrenzung der Kriminalstrafe», *GA*, 1989, pp. 493 ss.

⁷⁰⁷ Cfr. MAÑALICH, *Norma*, p. 25, quien, ahondando en el modelo propuesto por Kindhäuser y continuado por Vogel, habla de un déficit de razonamiento práctico (y, por tanto, subjetivo) reprochable (expresivo del déficit de fidelidad).

⁷⁰⁸ Como acertadamente advierte GÜNTHER, *Schuld*, p. 101, tales razones (razones de exclusión de la culpabilidad o de exculpación) no son normas en la forma de enunciados con una pretensión de validez normativa, lo que supondría desplazar, en su apreciación, bien la validez jurídica de las normas de comportamiento, bien el contenido proposicional de éstas.

⁷⁰⁹ MAÑALICH, *InDret Penal*, 1/2013, pp. 24 s., quien, con referencia a Klaus Günther, señala que la clave “vuelve a estar dada por la recursividad del concepto jurídico de persona: las reglas de imputación fijan la medida en que el destinatario de la norma ha de cargar responsabilidad por su propia realización personal de ese concepto de persona”. Es decir, el destinatario de la norma está sometido a la exigencia de estar a la altura de ese estatus jurídico de persona.

⁷¹⁰ Véase, solo, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 41 ss. Para este autor (KINDHÄUSER, *FS-Puppe*), la ventaja de este modelo de intenciones escalonadas radicaría en: 1) la posibilidad razonable para el análisis estructural del comportamiento conforme a la norma; y más importante, 2) en favorecer un marco semántico para la averiguación de contravenciones culpables a la norma.

⁷¹¹ Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 41 ss.; FRANKFURT, *Journal of Philosophy* 68, pp. 14 ss.; QUANTE, *Autonomy and the Self*, pp. 257 ss., utiliza una terminología distinta para referirse fundamentalmente a lo mismo. Este autor distingue entre «autonomía en la toma de decisiones» («*autonomy to take decisions*») y «autonomía personal» («*personal autonomy*»). Se dispone de autonomía en la toma de decisiones (o autonomía de acción) cuando el sujeto está en una situación concreta y decide sobre la base de suficiente información acerca de esa situación. Es la estructura racional básica de preferencias y deseos. Por su parte,

presupuesto de la capacidad de seguimiento de la norma, es decir, la capacidad de *ser* fiel al derecho⁷¹². Si se disponen, vía atribución, las condiciones para ser-persona —parece decir el derecho penal—, entonces se puede y debe ser fiel a derecho, esto es, se debe realizar intencionalmente lo jurídicamente correcto. Si bien es cierto que elementos subjetivos del injusto como el dolo o la imprudencia sólo caracterizan a la acción —pues sólo en esta función son relevantes para la imputación—, con ellos se alude a propiedades y capacidades que únicamente pueden quedar vinculados a la persona del autor. De hecho, aunque se trata de elementos, propiedades y capacidades que son adscritas a personas, en este nivel de imputación no queda todavía circunscrita la persona en su totalidad⁷¹³.

Si por medio del juicio de imputación jurídico-penal se hace explícito un concepto de persona, cuando no concurren las condiciones personales institucionalizadas que excluyen la responsabilidad penal (ahora en el nivel de la culpabilidad), el derecho *presupone* la capacidad del sujeto para ser fiel al derecho. Sólo entonces es posible afirmar la autonomía personal del individuo para configurar su vida libremente, pero siempre conforme al derecho. Así, un sujeto mayor de edad, cuya capacidad de comprender y actuar conforme a esa comprensión no está afectada por ninguna de las circunstancias del art. 20.1º-3º CP o del art. 14.1 y 3 CP y que está en situación de ejercitar con normalidad la capacidad de motivación (art. 20.6ª CP), reúne las condiciones personales suficientes para seguir la norma. Y esto significa: se espera de ese sujeto, en tanto persona, el seguimiento de la norma. Por tanto, las condiciones de responsabilidad personal pueden ser formuladas como un conjunto de condiciones negativas específicas fijadas en reglas jurídicas de imputación⁷¹⁴. Entonces, la máxima para todo juicio de

se dispone de autonomía personal cuando el sujeto dispone la capacidad de autorreferencia evaluativa, lo que le permite configurar su vida y personalidad con cierto sentido.

⁷¹² Cfr. KINDHÄUSER, en Kindhäuser/Mañalich, *Pena y culpabilidad*, pp. 93 ss.; MAÑALICH, en Kindhäuser/Mañalich, *Pena y culpabilidad*, pp. 205 ss. Esto es acorde con entender la capacidad de la culpabilidad no como algo que ha de constatarse positivamente, sino como la ausencia de determinadas causas de exclusión; al respecto, véase, por ejemplo, STRATENWERTH, *PG*, pp. 235 ss.

⁷¹³ Cfr. GÜNTHER, *Schuld*, pp. 108 s., con nota 252. Es más, puesto que de lo que no se tiene la capacidad de conocer uno no puede formarse la intención de primer orden (de evitarlo); y sin esta capacidad no existe objeto de referencia para las intenciones de segundo orden, la capacidad de acción es una condición necesaria de la capacidad de motivación. Brevemente: respecto de lo que no se conoce, uno no se puede motivar. Así, mientras que la intención de primer orden tiene por objeto una acción, la intención de segundo orden tiene por objeto una intención de primer orden (cfr. QUANTE, *Person*, p. 151).

⁷¹⁴ Cfr. MAÑALICH, en Kindhäuser/Mañalich, *Pena y culpabilidad*, p. 209; similar, ya antes, KINDHÄUSER, *GA*, 1989, pp. 497 ss.: “la culpabilidad como reprochabilidad no es más que una reformulación positivada del principio de evitabilidad en términos de la no satisfacción de causas de inculpabilidad y exculpación legalmente fijadas”; véase, también, GÜNTHER, *Schuld*, pp. 89 ss., esp. 98 ss., quien acertadamente advierte que en esta particularidad del juicio de culpabilidad jurídico-penal radicaría su distinción como juicio jurídico, por oposición a moral. Al respecto, también, KÜHL, en *Recht und Moral*, pp. 139 ss. En el mismo sentido, JAKOBS, *AT*, § 19/36.

atribución de responsabilidad jurídico-penal definitiva podría rezar: “la persona es capaz de ser fiel a derecho, salvo que se *establezca* que concurren los elementos objetivados de la falta de capacidad de culpabilidad”.

Resumiendo: en el contexto de la imputación de responsabilidad y el reconocimiento de la persona contamos con dos capacidades (acción y motivación), las cuales son expresión de dos *formas de autonomía* (acción y personal), cuya distinción justifica que las intenciones de segundo orden sean esenciales para ser (considerada) persona⁷¹⁵. En el ámbito del derecho sería esta intención superior la que posibilitaría formarse y ejercitar la voluntad de realizar intencionalmente lo jurídicamente correcto, es decir, la capacidad de ser fiel a derecho. La intención de primer orden es, sin embargo, presupuesto, y por tanto necesaria, de la intención de segundo orden. Ambas capacidades posibilitan, y por tanto fundamentan, la adscripción de responsabilidad jurídica, por lo que si falta no podrá procederse a imputar o se necesitará una *fundamentación diferente*. Las capacidades personales operan entonces como fundamento de imputación, son la *base* en la estructura de responsabilidad jurídico-penal.

2.2.2. Fidelidad a derecho: la configuración de la personalidad jurídica

Quizá la aportación más importante que hace la noción de fidelidad a derecho está en que nos permite considerar el seguimiento de la norma como el motivo dominante⁷¹⁶ de todo sujeto a derecho, y, a éste, como portador del rol de ciudadano jurídicamente (normativamente) *perfecto*⁷¹⁷. Si bien el adjetivo “perfecto” empleado aquí por Jakobs no es el más indicado (pues puede evocar la idea de «perfeccionismo jurídico»), nos brinda la oportunidad de separarnos de toda connotación meramente aretéica de lo que deba jurídicamente ser la persona particular, pues ello es de imposible justificación en un

⁷¹⁵ En un sentido análogo, véase, SEELMANN, «¿Es el respeto un deber jurídico?», pp. 54 ss., *passim*. Lo que este autor designa como «responsabilidad», «capacidad de orientación» y «autorepresentación» se corresponde con las cualidades que nos hacen ser persona. La primera y la tercera conforman la capacidad de mostrar actitud proposicional en respuesta a otra actitud proposicional (capacidad de comunicación) y la capacidad de evaluación auto-reflexiva, respectivamente (capacidad de motivación); la segunda se corresponde con la capacidad de tomar decisiones racionales (capacidad de acción).

⁷¹⁶ Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 62.; JAKOBS, «El concepto jurídico-penal de acción», en el mismo, *Estudios de Derecho penal*, pp. 111, 119 ss.

⁷¹⁷ *Ibidem*, p. 121. Curiosamente, el Model Penal Code utiliza la expresión “*law-abiding person*” (persona respetuosa o pertinaz con el derecho) en la definición de la *recklessness*, § 2.02 (2) (c) para referir el estándar de conducta a observar. Tal expresión coincide en parte con lo que aquí se postula como fidelidad a derecho. En cambio, para la definición de *negligence*, § 2.02 (2) (d), utiliza para el estándar de conducta la expresión “*reasonable person*”. La exigencia parece ser distinta en uno y otro caso, lo que de entrada tiene que ver con el conocimiento actual de la situación.

ordenamiento jurídico liberal. Así, aquí la persona en derecho es considerada “perfecta” cuando cumple las normas jurídicas, pero no porque éstas impongan un modo de ser —de modo que si son infringidas se valore la acción por su efecto en el carácter moral del propio individuo que la ejecuta—, sino porque, por la vía de proteger intereses de terceros, imponen que *tenemos que ser respetando semejantes intereses*. Formulado de otra forma: podemos configurar nuestra vida según nuestras representaciones (aspecto positivo de la configuración del ser), siempre que respetemos las normas jurídicas legitimadas en la protección de intereses jurídicos de terceros (aspecto negativo de la configuración del ser). Prueba de ello es que el derecho penal sigue esquemas propios de una ética deontológica o teleológica —los delitos están definidos y clasificados en términos de acciones o afectaciones en el mundo— y no de una ética de la virtud —es decir, en términos de vicios o rasgos del carácter⁷¹⁸. Ello no supone privar a la persona en derecho de la posibilidad de mostrar una actitud crítica frente al derecho, sino que —siguiendo a Günther— propone reducir el ejercicio de semejante actitud a su rol, no de destinatario de las normas, sino de persona con posibilidad de participar en el discurso político bajo la premisa democrática. De esta forma, dado un contexto democrático que opere como legitimador de la autoridad normativa, queda excluida la posibilidad de deliberación (prudencial, axiológica, etc.) por parte de la persona en su rol de destinatario de normas jurídicas sobre la procedencia o no del cumplimiento con el derecho. Y simplificada de este modo la deliberación práctica, la actitud de fidelidad es presupuesta en la medida en que las normas jurídicas constituyen razones obligantes y protegidas para la acción⁷¹⁹.

La relevancia práctica de la motivación fiel a derecho se manifiesta entonces en el momento de atribuir responsabilidad por la realización de un hecho delictivo. En el contexto de la imputación, la fidelidad a derecho juega el papel de hipótesis (legitimada, como vimos) que ha de ser confirmada o rechazada en el caso particular. Esto es, ante la pregunta sobre si un concreto sujeto podría haberse formado la intención (de primer y segundo orden) de evitar la realización de un hecho típico, es decir, si realmente podría haber actuado de modo fiel a derecho, ese sujeto es considerado contrafácticamente como persona fiel a derecho y son las condiciones personales *qua* capacidad de responsabilidad las que se toman como relevantes.

⁷¹⁸ De modo similar, DUFF, *Answering for Crime*, p. 116

⁷¹⁹ Cfr. RAZ, *Practical Reasons*, p. 190.

Por tanto, el problema que debería interesar al derecho no se encuentra en cuál sea la razón en virtud de la cual el autor actuó como actuó. Más bien, el derecho (penal) interviene porque el modo de actuar del autor es un modo que hace reconocible el hecho negativo de que el autor no reconoció la norma como premisa de su deliberación práctica⁷²⁰. Y esto significa que el derecho, al establecer por medio de reglas de imputación en qué medida la realización de un hecho constituye un hecho punible, lo hace sin la necesidad —esto es, sin interesarse por— de averiguar cuál sea la base motivacional que explica el comportamiento en cuestión.

De este modo, el reproche jurídico-penal se dirige a quienes “no tomaron las «razones del derecho» como sus razones o motivos para la acción”⁷²¹. Si por medio del hecho punible la persona expresa su subjetividad y esta subjetividad no se corresponde con la subjetividad objetivada por el propio derecho por medio de la configuración de un concepto de persona (en derecho), entonces, en el correspondiente nivel de abstracción, al derecho penal no le queda otra que reafirmar la voluntad debida o identidad jurídica y, con ello, la subjetividad objetivada. Por la misma razón, cuando un sujeto que realiza las circunstancias relevantes de un tipo delictivo no dispone de la capacidad de responsabilidad, entonces semejante realización “no es realización de una voluntad jurídicamente relevante”⁷²².

Es el seguimiento de las normas de comportamiento lo que habrá de configurar nuestra voluntad (nuestra preferencia normativa) en el contexto formalizado del derecho (esto es, sería una voluntad formalizada). Es en este sentido que sostenemos que no hay espacio para la deliberación práctica —sobre si está permitido decidir sobre el seguimiento o no de la razón externa en que consiste la norma de modo que pueda uno formarse una intención de segundo orden de no seguir las normas jurídicas. De quien tiene las capacidades del ser persona podemos esperar entonces que siga la norma: que se forme la intención de no realizar el tipo y configure su vida respetando los límites que impone el derecho. Por tanto, el derecho penal presupone o necesita contar con personas, esto es, con sujetos que puedan formarse la intención de segundo orden. En definitiva, la persona en derecho tiene unas voliciones o intenciones establecidas, por lo que podemos hablar de la realización de una personalidad *jurídica*. Y esto quiere decir, de nuevo, que al

⁷²⁰ Al respecto, véase la reconstrucción de la idea bindingniana sobre la «psicología esotérica del derecho» que lleva a cabo Mañalich. Ver también cita de Wilenmann, p. 76, nota 172.

⁷²¹ SILVA OLIVARES, en *Acciones, razones y agentes*, p. 351.

⁷²² BINDING, *Culpabilidad*, p. 7

derecho no puede interesarle la personalidad que de facto (extrajurídica) tenga o pretenda el individuo.

La formación de la intención de segundo orden para realizar intencionalmente una acción conforme a derecho es la formación de voluntad jurídica de seguimiento de la norma como razón eficaz para la acción. Lo que puede obstaculizar la formación de esa personalidad jurídica es la ausencia de las capacidades estipuladas en la cualidad de persona en derecho. Esto es, así como en la conducción de la vida las capacidades del ser-persona nos permiten configurar nuestra personalidad, ir anotando en nuestra biografía las decisiones que tomamos y que nos configuran, que nos identifican, en el ámbito del derecho semejantes capacidades nos permiten, además, formarnos la personalidad jurídica⁷²³. Que hayamos de configurar porciones o situaciones de nuestra vida conforme a esa personalidad jurídica (conforme al derecho) se traduce simplemente en la necesidad de seguir las normas del derecho. Bien podría ser que realizar esa personalidad jurídica fuese en algún sentido inconsistente o incoherente con la personalidad que *uno quiere* para consigo mismo —como también puede ser que sea acorde con las representaciones valorativas desarrolladas por el individuo en el entorno social—, por lo que aquélla deberá estar fuertemente legitimada. A esto se dirigen los planteamientos en torno al concepto de persona en derecho de autores como Pawlik o Günther.

Ahora bien, en este contexto, la personalidad jurídica no puede significar —no puede pretender— una carga insostenible para nuestra personalidad individual de facto o pretendida. Al menos no en una comunidad jurídica y moral que, dentro de unos límites, reconoce con rango constitucional, precisamente, el libre desarrollo de la personalidad individual junto con el ejercicio legítimo de derechos fundamentales. Y esto se traduce en que el sistema de normas (de comportamiento y de sanción) del derecho debe respetar unos espacios de libertad. Del mismo modo, la personalidad jurídica —y en esto puede distanciarse de algún sistema moral— tampoco puede pretender, por regla general, la realización de conductas supererogatorias, las cuales se refieren a una entrega que, si bien

⁷²³ Como sostiene QUANTE, *Personales Leben*, p. 158: “[p]ersonalidad [*Persönlichkeit*] denota cada acentuación individual de la cualidad de persona [*Personalität*], que se manifiesta en una biografía individual”. Una descripción general del concepto de personalidad («*Personality*», «*Persönlichkeit*») puede encontrarse en QUANTE, *Personal Identity*, p. 6, quien la define como la “forma de comportarse frente a las demandas sociales, de modo que en ello se manifiesta lo que es y quiere ser (...) este concepto representa la encarnación respectiva de ser una persona en la biografía de la persona respectiva, por sus actitudes evaluativas, su modo de ser emocional y habitual, sus convicciones, deseos, planes de vida, autoimagen de sus capacidades, sus fortalezas y debilidades. En otras palabras: la personalidad indica quién o qué es y quiere ser una persona”.

puede ser valorada como moralmente buena o correcta, supera lo jurídicamente exigido a cualquier persona. En suma, personalidad individual y personalidad jurídica constituyen el espacio de autonomía y coacción en el que se mueve el ser humano en el entorno social. Ello sin perjuicio de que el reconocimiento de personalidad jurídica pretenda ser, precisamente, una condición normalmente necesaria para que cada individuo pueda conducir su vida según sus representaciones de valor y preferencias. De ahí que el derecho pueda ser definido como el ámbito en el que se trazan los límites la personalidad jurídica, pero también, por esa razón, como uno en el que se posibilita la personalidad individual⁷²⁴.

Si esto es así, en el ámbito del derecho penal únicamente las situaciones objetivadas como exclusión de la capacidad de normalidad motivacional interpretan de modo definitivo el concepto de persona del que partimos en el derecho penal⁷²⁵. Como dijimos al principio, este concepto de persona adscriptivo es el que establecemos y nos damos recíprocamente cuando esperamos de los otros el seguimiento de razones⁷²⁶.

Los elementos objetivos de la culpabilidad se remiten entonces a un concepto objetivado de persona. Y es el concreto sujeto bajo la adscripción de la cualidad de persona quien tendrá que realizar la personalidad jurídica. Así, el concepto objetivado de persona es el de persona con capacidad de responsabilidad, con capacidad de seguir (de motivarse por) las normas. A partir de un concepto tal el derecho decide qué situaciones típicas pueden obstaculizar esa capacidad y entre ellas selecciona las que estima ético-jurídicamente relevantes⁷²⁷. De ahí, entonces, que sea normativo. Ello siempre bajo la premisa de que las normas han de poder ser seguidas y, por tanto, para quien pudiendo hacerlo no las siga estará justificado, con base en el principio de culpabilidad o responsabilidad personal, reprocharle por ello.

Los individuos que cuentan como personas en derecho han de hacerse cargo (estar a la altura) de cumplir con las expectativas depositadas sobre un concepto tal, es decir, depositadas sobre los individuos susceptibles de ser subsumidos en él. Tales expectativas pueden clasificarse en dos niveles: en un primer nivel, la expectativa de emplear las

⁷²⁴ Así, por ejemplo, RADBRUCH, *Der Mensch im Recht*, 1957, pp. 35 ss.

⁷²⁵ También Jakobs. Aunque sin emplear el concepto de persona, cabe entender que el planteamiento de Mir Puig en torno la concepción negativa de la idea de libertad como presupuesto fundamental de la culpabilidad.

⁷²⁶ Cfr. GÜNTHER, *Schuld*, pp. 101 s.

⁷²⁷ Cfr. GÜNTHER, *Schuld*, pp. 99 s.

capacidades de seguir la norma cuando se presente la oportunidad para ello y esta sea reconocida por el propio individuo. En un segundo nivel, la expectativa de mantenerse en estado de persona en derecho⁷²⁸. Esta segunda expectativa tiene el estatus de un desiderátum.

Así, las expectativas de segundo nivel, o secundarias, depositadas sobre las personas en derecho que podemos inferir del ordenamiento jurídico-penal serían, siempre *dentro de ciertos límites relativos a su exigibilidad*, las siguientes:

- (i) Evitar, por medio de la ejecución u omisión de cualquier acción, ponerse en estados de error (de desconocimiento) de hecho/derecho. O, lo que es lo mismo, asegurar la capacidad de ser consciente de la realidad relevante para el derecho penal.
- (ii) Evitar, por medio de la ejecución u omisión de cualquier acción, ponerse en situaciones de peligro que motiven la permisón o exculpación de la lesión de un interés jurídico ajeno. Formulado de otro modo, asegurar la capacidad de motivarse con normalidad.
- (iii) Evitar, por medio de la ejecución u omisión de cualquier acción, ponerse en situación de ausencia de capacidad de responder (en sentido prospectivo/de control) en relación con: 1) la capacidad física de acción; 2) la capacidad de motivación normal. Formulado de otro modo: asegurar las capacidades.

Es importante advertir que la expectativa no se reduce a la posibilidad evitar tales situaciones o estados de defectos de imputación, sino que, como reglas de excepción a la ausencia de imputación sólo operaran cuando la no evitación de tales situaciones cuente como infracción de una incumbencia. De este modo, también estados o situaciones defectuosas evitables pueden conducir a una exención completa de responsabilidad⁷²⁹.

Además, semejantes expectativas no son de naturaleza ética, sino jurídica, en la medida en que se encuentran más o menos explicitadas en las reglas de imputación en el código penal. En todo caso, la concreción práctica de tales expectativas, es decir, de las concretas acciones (medidas) que deberán ser ejecutas u omitidas, sólo puede realizarse

⁷²⁸ Por tanto, se asume la caracterización que vimos hace Pawlik de tales exigencias como «expectativas de segundo orden».

⁷²⁹ Cfr. HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 319.

situacionalmente⁷³⁰. La satisfacción de tales expectativas de primer y segundo orden es lo que se encuentra implícito en la expresión “fidelidad a derecho”⁷³¹; y ésta, como vimos, es la expectativa general de un actuar responsable que recae sobre todo individuo que cuenta como persona en derecho. Por ahora es suficiente con adelantar que sería hasta cierto punto contradictorio desde una perspectiva axiológica entender el *querer* seguir la norma sin el *querer*, a su vez, mantenerse capaz (de acción y motivación) para seguir la norma⁷³². La hipótesis de fidelidad a derecho requiere de ambos momentos. Uno y otro contribuyen a la expresión de normalidad o de déficit de reconocimiento de la norma⁷³³.

IV. Conclusiones

En el *Capítulo Tercero* se ha tratado de ofrecer razones para asumir una concepción de norma de comportamiento que separa de manera estricta lo que haya de contar como contenido de la norma de lo que haya de contar como función de la norma de comportamiento. A partir de esta tesis, ha sido rechazada la posibilidad de que la expectativa de asegurar la capacidad general de seguir la norma pueda ser derivada del contenido de la propia norma de comportamiento. Y, por lo demás, la función de una norma no puede ampliar el contenido de lo que ésta prohíbe o requiere. La conclusión entonces ha sido que la norma de comportamiento no puede ofrecer un anclaje normativo a la expectativa de asegurar su seguimiento.

Sentado lo anterior, en el *Capítulo Cuarto* se ha buscado y ensayado una alternativa para la fundamentación de esa expectativa secundaria. A estos efectos, se han encontrado y ofrecido razones para situar el anclaje normativo de semejante expectativa en el concepto de persona en derecho. Este concepto se hace explícito a partir de las reglas de imputación negativas que operan para excluir la culpabilidad. De este modo, excluir la culpabilidad significa, a su vez, negar el estatus de persona (en derecho) al individuo que cuenta como sujeto de la imputación. Si la exclusión de la culpabilidad consiste en negarle al sujeto la capacidad de responsabilidad, entonces para ser persona en derecho el individuo debe disponer de esa capacidad. La aplicación de estas reglas de exclusión del estatus de persona en derecho está sujeta a excepciones en la medida en que se pueda hacer

⁷³⁰ Sobre ello volveremos.

⁷³¹ Parecido en Pawlik “deber de cooperación”.

⁷³² Kindhäuser, FS-Puppe

⁷³³ Así, KINDHÄUSER, en *JRE* 1994, p. 344.

responsable al sujeto de la supresión de las capacidades a las que el derecho asigna la relevancia constitutiva del ser persona en derecho. De esta forma, se hace explícito que el derecho está dispuesto a reprochar, bajo ciertas circunstancias, que el individuo que forma parte de la comunidad jurídica se desacople o desvíe de un concepto de persona en derecho. de lo que se sigue que, bajo ciertas circunstancias, el individuo deberá estar a la altura de ese concepto. Y ello no es sino una metáfora para expresar que el sujeto tiene que asegurar las capacidades que le permiten actuar de manera responsable —como persona autónoma, si se quiere— en el marco de la interacción social.

La culpabilidad entonces no es entendida como una propiedad del autor que haya de ser fijada temporalmente, como parece reclamar el principio de coincidencia. Más bien, el juicio de atribución de responsabilidad como juicio de reproche toma como base parámetros normativos, lo que requiere la consideración de la capacidad de evitar, lo que a su vez requiere necesariamente capacidades del sujeto que se identifican con la atribución actitudes proposicionales prácticas.

PARTE TERCERA. ELEMENTOS PARA UN MODELO DE IMPUTACIÓN EXTRAORDINARIA

«To blame a person for an action, in my view, is to take that action to indicate something about the person that impairs one's relationship with him or her, and to understand that relationship in a way that reflects this impairment»

(T. Scanlon, *Moral Dimensions*, pp. 122 s.)

I. Principio de culpabilidad como parámetro normativo de la atribución de responsabilidad jurídico-penal

1. Introducción

De lo sostenido hasta ahora pueden extraerse consecuencias para la construcción del principio de culpabilidad en el derecho penal. La operación de atribución responsabilidad (concretamente la parte estructural que hemos designado como fundamento o base de la imputación) ha de estar sometida a exigencias de justicia *externas* que encuentran su fundamento en el principio de culpabilidad *jurídico-penal*. La aparente contradicción que puede resultar de esta afirmación no es tal si se entiende, como se hace aquí, que el concepto jurídico de culpabilidad no es sino la objetivación de condiciones de responsabilidad que, si bien se derivan inductivamente de reglas jurídico-penales, en general hacen suyos presupuestos de la responsabilidad moral o ético-jurídica. Se trata de dar respuesta a la pregunta de bajo qué presupuestos es posible para la sociedad hacer penalmente responsable de manera justa. Así, entender la pena, como consecuencia jurídica de la atribución de culpabilidad jurídico-penal, como un mal, presupone entenderla necesariamente como reacción a una acción precedente realizada por una persona y que es valorada negativamente. Que esa acción responsable sea valorada negativamente presupone la existencia de un sistema de valores o normas. Pero el contenido normativo de dicho sistema es independiente del concepto de pena en el sentido que un derecho penal seguiría siendo derecho penal tanto en el marco de un sistema totalitario como en uno democrático. Ahora bien, una vez situados en un sistema o en otro, y bajo la determinación de un sistema jurídico-normativo concreto, ni el legislador ni los tribunales podrán separarse de semejante sistema de normas o valores.

Las exigencias de principio de culpabilidad que ahora interesan suelen corresponderse con tres subprincipios (o reglas) a los cuales se les atribuye el estatus de concreciones de aquel principio: el principio de coincidencia, el principio *ultra posse nemo obligatur* y el principio de culpabilidad por el hecho. Como veremos, su incidencia en la estructura de responsabilidad jurídico-penal pretende excluir fundamentalmente la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por la personalidad del autor, lo que, de nuevo, parecería contener una contradicción. Pues si su aspiración consiste en la personalización (subjetivación, si se quiere) de la responsabilidad penal⁷³⁴, ¿por qué habría de rechazar tomar como base criterios o condiciones de la personalidad? Sobre ello volveremos enseguida.

Este principio de culpabilidad recorre todas las categorías sistemáticas del delito en una suerte de relación dialéctica, incluyendo, como es obvio, la categoría dogmática de la culpabilidad, donde termina por cristalizar⁷³⁵. De ahí que sea conveniente hablar de principio de culpabilidad en sentido amplio para expresar el conjunto de presupuestos que permiten “culpar” a alguien por el hecho que motiva la pena, presupuestos estos que afectan a todos los requisitos personales del concepto de delito⁷³⁶. Visto así, el principio de culpabilidad se configura como un principio regulativo sobre todos los presupuestos de la responsabilidad penal⁷³⁷, lo que necesariamente afectará a la estructura de ésta.

Como vimos en la primera parte de la investigación, las diversas manifestaciones del principio de culpabilidad que ahora nos ocupan son frecuentemente exhibidas como piedra de toque de la llamada «imputación extraordinaria». “*Estos son mis principios; si*

⁷³⁴ Y de ahí sus semejanzas con la culpabilidad como juicio ético-social. Cfr. Arthur KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, pp. 15 ss., y *passim*.

⁷³⁵ Sobre el paso del principio de culpabilidad a categoría dogmática autónoma, fundamental, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, 1990, pp. 56 ss., aunque rechazando que dolo e imprudencia obedezcan ya a razones de culpabilidad (p. 58).

⁷³⁶ Cfr. MIR PUIG, *PG*, 4/66, p. 135, 20/11, p. 547. Este autor se refiere a cuatro subprincipios que darían contenido a la culpabilidad en sentido amplio: principio de personalidad de las penas, principio de responsabilidad por el hecho, principio de dolo o culpa y principio de imputación personal. Véase también, EL MISMO, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, 1994: “Es evidente que sin dolo o imprudencia no puede culparse al sujeto de su hecho objetivo, pero también es cierto que no puede culparse a alguien por el resultado que no ha causado (...) ‘Culpabilidad’ es un término que puede y debe entenderse en el *sentido amplio de posibilidad de imputación*” (énfasis añadido). Véase también, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Fundamentos de Política criminal. Un retorno a los principios*, 2012, pp. 215-223, con ulteriores referencias.

⁷³⁷ Por tanto, no es de extrañar que pueda predicarse lo mismo de la noción de inexigibilidad. En este sentido, fundamental, ROBLES PLANAS, «Caso del Leinenfänger», en Sánchez-Ostiz (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2ª ed., 2011, pp. 121 ss. y *passim*. Ello es síntoma del proceso de normativización que afecta a la teoría del delito como instrumento de reconstrucción del hecho punible.

no le gustan tengo otros”. Con esta célebre frase atribuida a Groucho Marx se refieren algunos autores a la noción «imputación extraordinaria»⁷³⁸. En cierto modo, esta idea pone de relieve el problema que alberga la estructura. Así —se dice—, un derecho penal de la culpabilidad debería renunciar a utilizar figuras como la imputación extraordinaria en la medida en que con ella: 1) los elementos personales que fundamentan la atribución de responsabilidad *no coinciden temporalmente* con el injusto como objeto de reproche; 2) por lo que se estaría vulnerando el principio de responsabilidad subjetiva según el cual nadie puede ser responsabilizado por algo que *no estaba a su alcance evitar*; 3) y este proceder se acercaría, en todo caso, a la práctica ya superada de atribuir responsabilidad *por la personalidad del autor*.

Sin embargo, es una realidad que —tal como sucede en los juicios cotidianos de culpabilidad— explicar (y aquí ‘explicar’ significa también ‘justificar’) el juicio de culpabilidad jurídico-penal (el reproche penal) puede presentar más o menos dificultades. La fenomenología del delito (su realización punible) es muy diversa. La forma de aparición *perfecta* (no mínima) de un delito requiere de la concurrencia de dolo y culpabilidad no atenuada. Frente a quien realiza un hecho antinormativo *con* dolo y culpabilidad no suele ser problemático expresar nuestro malestar. En cambio, es diferente con quien actúa imprudentemente o sin disponer de alguna otra condición personal de responsabilidad al momento del hecho. Puede decirse incluso —si se me permite cierto atrevimiento— que en el primer caso el sujeto que culpabiliza, y eventualmente castiga, lo hace con la conciencia más tranquila que en el segundo⁷³⁹. Y, sin embargo, en uno y otro caso tenemos que hablar de culpabilidad en sentido amplio como presupuesto de una sanción penal. Por tanto, entiendo que es importante reconocer, desde ya, que un juicio de culpabilidad construido sobre la base de los criterios del actuar doloso y culpable no está en disposición de ser emitido en los mismos sobre un actuar imprudente o sin capacidad de culpabilidad (evitable) al momento del hecho. En ambos casos se requiere de la producción o causación de un hecho contrario a una norma. A partir de aquí los criterios, razones y el fundamento de la responsabilidad cambian, justifican un mayor o menor reproche y llevan aparejada una distinta relevancia en términos de imposición de una pena. La diferencia entre responsabilizar porque pudiendo evitar actualmente la lesión o puesta en peligro, no lo hizo, y responsabilizar porque observando el cuidado

⁷³⁸ Durante la celebración del *I Seminario de Derecho penal de la UAM*, celebrado los días 25 y 26 de mayo de 2017 y dedicado monográficamente a «La culpabilidad», fue concretamente el profesor Feijoo Sánchez quien con cierta ironía acudió a la mencionada cita para referirse a la figura de la que nos ocupamos ahora.

⁷³⁹ En esta línea, Arthur KAUFMANN, *Schuldprinzip*, pp. 210 s.

exigido hubiera estado en el momento del hecho en condiciones de evitar intencionalmente la lesión o puesta en peligro no es sólo axiológica, sino también (y precisamente) de estructura. En todo caso, tanto el principio de culpabilidad como el juicio estricto de culpabilidad jurídico-penal es mayoritariamente concebido en términos normativos como juicio de reprochabilidad. Y esto significa: el derecho penal decide qué reprochar y cuánto reprochar.

II. Imputación extraordinaria

En los siguientes apartados trataremos de responder a las críticas que, relacionadas con el principio de culpabilidad en sentido amplio, se han formulado a la imputación extraordinaria. Antes recordaremos algunas premisas en torno a esta figura.

1. Introducción

La imputación ordinaria toma como base las capacidades disponibles, pero no ejercidas en el momento del hecho. Cuando las capacidades no están disponibles para su ejercicio en ese momento, la imputación ordinaria no puede resolver los supuestos en los que el derecho penal decide atribuir responsabilidad. Surge entonces la imputación extraordinaria, construida sobre la idea de infracción de una incumbencia. Así, lo que caracteriza a esta forma de imputación es que se atribuye responsabilidad al sujeto “aun careciendo el sujeto de los elementos que fundarían la imputación” y que son expresión de una cierta idea de libertad. Por tanto, por “imputación extraordinaria” se entiende toda imputación que toma como fundamento la responsabilidad de una persona por su propio defecto de responsabilidad.

Como hemos tenido ocasión de ver, el modelo de la imputación extraordinaria es propuesto y teorizado por Hruschka, quien encuentra en el trabajo de Pufendorf un importante punto de partida⁷⁴⁰. En el ámbito del derecho penal esta estructura se reconoce para atribuir responsabilidad cuando falta: i) la representación suficiente, tanto de la realización del comportamiento antinormativo (imprudencia, error de tipo evitable) como de la antinormatividad de la propia conducta (error de prohibición evitable); ii) la

⁷⁴⁰ Cfr. HRUSCHKA, *Strafrecht*, pp. 274 ss., 313 ss., 326 ss.

capacidad de motivación (intoxicación plena provocada, trastorno mental transitorio provocado, estado de necesidad exculpante).

También se apuntó que el reconocimiento de una estructura fáctica compleja presente en los casos que motivan la imputación extraordinaria no conduce necesariamente a la aceptación de un modelo de imputación adversativo. Es lo que se pone de manifiesto en uno de los ámbitos en que con mayor profundidad se ha discutido sobre el tema —el de la *actio libera in causa* en sentido estricto—, donde el modelo de la tipicidad sugiere adelantar el comienzo de la tipicidad y el modelo de la extensión ampliar el concepto de hecho. Se quiera o no, ambas estrategias llevan implícito el reconocimiento de que la situación concreta no es en absoluto normal. Mejor dicho, la confirmación de que es una situación que no encaja netamente en el sistema de la teoría del delito, en la medida en que tensa diversas (si bien no las únicas) expresiones del principio de culpabilidad: principio coincidencia, principio de responsabilidad por el hecho y principio *ultra posse nemo obligatur*. Esto obliga a buscar una solución dogmática satisfactoria. Pero incluso entre quienes aceptan de manera explícita que la estructura es en efecto compleja los hay que terminan acudiendo a construcciones que identifican el delito con la infracción de una norma (o deber) de cuidado; y de ahí concluyen que *tan* extraordinariamente no se estaría procediendo, esto es, imputando. Sobre ello habremos de volver.

Aquí pretendo advertir sobre el hecho de que la designación ‘extraordinaria’ presupone una determinación previa de los presupuestos ordinarios, y ésta, a su vez, presupone una particular concepción de la norma de comportamiento. Como vimos, esa concreta concepción, que es la que aquí se defiende, apunta a que la norma de comportamiento no contiene las condiciones a partir de las cuales se determina su no seguimiento. Por tanto, si el seguimiento de la norma sólo puede darse al momento del hecho —pues sólo en este momento es posible reconocer la situación particular que la hace aplicable—, la vinculación entre el momento anterior, característico de la estructura extraordinaria, y la norma de comportamiento habrá de establecerse normativamente. De ahí la necesidad de una entidad normativa que vehicule la vinculación con el hecho antinormativo y con el seguimiento de la norma de comportamiento. Otra forma no se estima posible. El derecho penal sólo puede intervenir cuando se realiza (o se intenta realizar) una determinada acción que satisface la acción descrita en el respectivo tipo penal. Esta realización es la que cuenta como objeto de imputación y contenido de la norma de comportamiento. A partir de aquí, la idea de recurrir a criterios (o fundamentos) de imputación ordinarios y extraordinarios obedece a la necesidad de distinguir entre una capacidad de evitación y

motivación al momento del hecho (*in actu*) y una incapacidad al momento del hecho que habría podido y debido ser evitada. En este segundo caso operan criterios de imputación extraordinaria. Y es precisamente esta diferencia la que posibilita la distinción *ulterior* entre deber e incumbencia⁷⁴¹.

Aquí va a sostenerse que el código penal español reconoce un subprincipio general de culpabilidad aplicable a los procesos de atribución de responsabilidad: aquel que provoca una situación o circunstancia excluyente de la imputación no puede invocar semejante circunstancia con el objetivo de excluir su imputación. Pero no toda provocación de una situación defectuosa ha de tener como efecto la imposibilidad de esta invocación, sino sólo aquellas que son consideradas provocaciones responsables que legitiman la imputación del hecho antinormativo. Este principio o regla parece pues subyacer a los errores vencibles o a la provocación evitable de la propia incapacidad de culpabilidad. Precisamente por ello, porque ya aparece en el código penal, lo que aquí se propone no es la incorporación de una figura o estructura extravagante de imputación, sino la reconstrucción conceptual de una estructura que ya viene siendo utilizada y que encuentra su lugar en el derecho positivo.

Si cuando se acude a la imputación extraordinaria se pretende legitimar la atribución de responsabilidad y la sanción penal cuando no se estuvo en posición actual de satisfacer la expectativa de seguir la norma, entonces una reconstrucción en estos términos exige pronunciarse sobre los presupuestos de esta forma de atribución. Más concretamente, si es legítimo y, en su caso, bajo qué presupuestos, castigar cuando la falta de capacidad —el estado de defecto— ha sido provocada de manera responsable. Para ello nos serviremos del análisis de las críticas que de la mano del principio de culpabilidad como principio regulativo de la imputación jurídico-penal han sido formuladas frente a la imputación extraordinaria. De esta forma se tratará de deshacer algunos malentendidos y de ofrecer una respuesta convincente que permita mantener la legitimidad de la operación de imputación en términos extraordinarios.

⁷⁴¹ Cfr. HRUSCHKA, *JZ* 1/1997, pp. 23 s. Existe siempre:

2. El principio de coincidencia

El principio de coincidencia, tal como fuera formulado por Hruschka, se manifiesta en dos exigencias: que entre los elementos del delito esté presente, por un lado, una determinada relación temporal y, por el otro, una determinada relación objetiva. Por coincidencia como relación temporal cabe entender la ocurrencia en un mismo tiempo, esto es, de manera simultánea, de todos los elementos relevantes para la constatación de un determinado hecho punible⁷⁴². Esta simultaneidad en el tiempo ha de estar presente en referencia a dos escenarios: i) entre el dolo y la realización del tipo; ii) entre las categorías de injusto y la culpabilidad. Además, esa coincidencia temporal habrá de ser completada por la relación de referencia que debe estar presente entre los elementos constitutivos del hecho punible y que exige que tales elementos estén relacionados entre sí⁷⁴³.

La observancia de la relación de coincidencia (simultaneidad) aplicado a los delitos dolosos lograría excluir como posibles fundamentos de imputación (dolosa) las figuras conocidas como dolo antecedente y dolo subsecuente, pues, de no estar presente tal relación, se estaría atribuyendo una suerte de responsabilidad por el resultado. Surge entonces la cuestión de si la exigencia de coincidencia con fundamento en el principio de culpabilidad que sirve para excluir el dolo antecedente puede aplicarse para excluir, por la misma razón, la imputación en los casos de provocación intencional (o imprudente) de un defecto de imputación. La cuestión se plantea en la medida en que uno y otro caso compartirían cierto parecido estructural⁷⁴⁴. No obstante, la cuestión en torno a estas dos figuras parece ser otra: ni el dolo antecedente ni el subsecuente son “verdaderos dolos”, salvo que se equipare el dolo al mero deseo que algo ocurra o a la satisfacción por lo efectivamente ocurrido.

⁷⁴² Cfr. HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 7 y *passim*. Aunque este autor no lo define como principio de coincidencia, es este el efecto común a los dos principios (simultaneidad y referencia). Renzikowski, RT, p. 243 s.

⁷⁴³ Cfr. HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 21. Lo expresa con especial claridad MONTIEL, «Vorveschulden als Pflichtverletzung. zur strafrechtlichen Relevanz der Unterscheidung von Pflichten und Obliegenheiten», en *FS-Streng*, 2017, p. 106: “cuando la teoría del delito convencional establece que el hecho punible consiste en un hecho típico, antijurídico y culpable, entonces la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son propiedades que se refieren a una y la misma acción”.

⁷⁴⁴ En cambio, señala JOSHI JUBERT, *La doctrina*, p. 96, en el caso de la *alic*, todos los elementos del delito se dan en el momento del hecho, tanto la acción precedente como la *actio in se*, y “lo que ocurre es que el hecho tiene una duración temporal excepcionalmente importante”.

Está aceptado de manera general que el principio de coincidencia se hallaría consagrado en la propia ley⁷⁴⁵. En el caso español, concretamente en el art. 20 CP, cuando dispone que la comprensión de la ilicitud del hecho o la capacidad de actuar conforme a esa comprensión habrá de estar disponible para el sujeto «al tiempo de cometer a infracción penal»⁷⁴⁶. En el caso alemán la previsión sería aún más notoria; así en los §§ 16, 17, 19, 20, 21, 35 párr. 2 StGB se repite la expresión «durante la comisión del hecho» («*bei Begehung der Tat*»)⁷⁴⁷. Como es sabido, una posible interpretación normativa de la legislación penal española sugiere que los arts. 20.1º y 2º CP incorporarían una excepción al principio de coincidencia⁷⁴⁸. Sin embargo, la ausencia de una previsión homóloga en el StGB alemán parece haber revelado como decisiva la cuestión acerca de si el principio de coincidencia es únicamente una exigencia positiva o es, además, un elemento irrenunciable de un eventual principio prejurídico (o suprapositivo) de culpabilidad⁷⁴⁹. En opinión de Neumann, pretender atribuir semejante ontología vinculante a la culpabilidad no sería lo relevante para el derecho penal, pues el juicio de culpabilidad es normativo,

⁷⁴⁵ Así, DÍAZ PITA, *Actio libera in causa*, p. 44; ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, pp. 29 ss.; MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal. Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, 2005, pp. 423 s.

⁷⁴⁶ No obstante, según el modelo de imputación aquí defendido, la estructura extraordinaria (o estructura *alic*) no se reduce a los supuestos de incapacidad de motivación. Una interpretación que, a falta de una previsión similar a la actual, ya derivaba el principio de coincidencia del Código penal de 1983 se encuentra en JOSHI JUBERT, *La doctrina*, pp. 346 ss.

⁷⁴⁷ El principio de coincidencia está incorporado también al Model Penal Code § 4.01 [*Mental Disease or Defect Excluding Responsibility*]: “1. A person is not responsible for criminal conduct if *at the time of such conduct* as the result of a mental disease or defect he lacks substantial capacity either to appreciate the criminality of his conduct or to conform his conduct to the requirements of law” (énfasis añadido).

⁷⁴⁸ Lo mismo puede afirmarse del Art. 19 SchwStGB [*Schuldunfähigkeit und verminderte Schuldfähigkeit*]: «1. War der Täter *zur Zeit der Tat nicht fähig*, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder gemäss dieser Einsicht zu handeln, so ist er nicht strafbar. (...) 4. *Konnte* der Täter die Schuldunfähigkeit oder die Verminderung der Schuldfähigkeit *vermeiden* und dabei die in diesem Zustand begangene Tat *voraussehen*, so sind die Absätze 1-3 *nicht anwendbar*» (énfasis añadido). En esta línea van las propuestas de regulación de una excepción presentadas por algunos autores alemanes; por ejemplo, HRUSCHKA, «Die actio libera in causa – speziell bei § 20 StGB mit zwei Vorschlägen für die Gesetzgebung», *JZ*, (1996), p. 69 (primera propuesta, ya presentada en HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 303), p. 72 (segunda propuesta): “Ist der Täter dafür verantwortlich, dass Umstände oder sonstige Bedingungen eingetreten sind, die die Schuld ausschliessen, dann ist die Tat trotz des Eintritts dieser Umstände oder Bedingungen zur Schuld zuzurechnen”; la propuesta de regulación de la excepción deja abierta el carácter facultativo de la atenuación según el § 49, párr. 1; véase también, HETTINGER, «Actio libera in causa», en el mismo (ed.), *Reform des Sanktionenrechts*, vol. 1, 2001, pp. 298, 318 s.

⁷⁴⁹ Así, HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. XIV, para quien los principios de simultaneidad y referencia no son principios contruidos o inventados, lo que podría generar mayor o menor aceptación, sino principios prejurídicos que le son dados al derecho en el sentido de pertenecientes a la lógica, o, de manera más exacta, al uso correcto del lenguaje. Por tanto, su ontología es pre-jurídica, esto es, no se derivan de las disposiciones citadas, sino que son éstas las que toman a aquél como fundamento. Esto tiene como consecuencia —continúa este autor— la consideración de toda disposición que no se basara en el principio de coincidencia como un “completo sinsentido” (*ibidem*, p. 7). En sentido similar, ROXIN, *ADPCP* (1988) pp. 24 s.; KRÜPELMANN, *ZStW* (1987), p. 194. Sobre ello volveremos al tratar con más detalle la *actio libera in causa*.

por lo que “se trata exclusivamente de una cuestión sobre la adecuación al fin de la imputación jurídico-penal, es decir, de la justicia de la imputación jurídico-penal”⁷⁵⁰.

Esta relativización del principio de coincidencia la encontramos también en Martínez Garay, quien, siguiendo en esto a Neumann, sostiene que, si concebimos la culpabilidad como un juicio de atribución de responsabilidad en lugar de como una mera constatación de hechos, entonces es posible relativizar la exigencia de coincidencia⁷⁵¹. Ello en la medida en que las razones que subyacen a tal exigencia serían compatibles con “abarcarse lapsos temporales más dilatados” (refiriéndose a los casos *alic*)⁷⁵². Según esta autora, los casos de *alic* deben castigarse sobre la base de un principio de igualdad, el mismo que justifica exculpar en casos de inimputabilidad, pues no es lo mismo tratar con quien actúa en estado de inimputabilidad que trata con quien actúa en semejante estado porque lo ha provocado con el propósito de delinquir o habiendo debido prever su comisión⁷⁵³.

2.1. El *impossibilium nulla est imputatio* como exigencia implícita en el principio de coincidencia

En mi opinión, el principio de coincidencia debe reducirse a la exigencia según la cual en principio únicamente es legítimo (por razones de justicia) *imputar personalmente* la ejecución u omisión de una acción que está *al alcance* del sujeto evitar. Esto significa reconstruir la exigencia de coincidencia por la vía del principio «*impossibilium nulla est imputatio*» (respecto a lo imposible no puede haber imputación alguna)⁷⁵⁴. Si al sujeto, al momento del hecho —y por “momento del hecho” cabe entender el momento inmediatamente anterior a la producción del hecho lesivo en el que se toma la decisión—, no le es posible evitar la realización típica, entonces *prima facie* no es legítimo atribuirle responsabilidad por el hecho antinormativo (típico). Concebida en estos términos, la coincidencia expresa la necesidad normativa de que la atribución de responsabilidad por un hecho contrario a una norma tome como base del juicio las capacidades disponibles

⁷⁵⁰ NEUMANN, «Ontologische, funktionale und sozialetische Deutung des strafrechtlichen Schuldprinzips» en Lüderssen (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, vol. 1: *Legitimationen*, 1998, pp. 397 s.

⁷⁵¹ Cfr. MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal*, pp. 424 ss.;

⁷⁵² MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal*, p. 424; en sentido similar, CEREZO MIR, «La eximente de anomalía o alteración psíquica. Ámbito de aplicación», en Cerezo Mir (dir.), *LH-Torío López*, 1999, p. 256 (citado por Martínez Garay, *ibidem*), señala que la *alic* establece una excepción al principio de imputabilidad en el momento de realizar el hecho, pero que es compatible con el principio de culpabilidad; véase también, DÍAZ PITA, *Actio libera in causa*, 2002, p. 200.

⁷⁵³ Cfr. MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal*, p. 425.

⁷⁵⁴ Cfr. HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal*, pp. 35 ss.

en el momento de la decisión, pero no ejercitadas por el sujeto. En este sentido, apunta Hart:

What is crucial is that those whom we punish should have had, when they acted, the normal capacities, physical and mental, for abstaining from what it [the law] forbids, and a fair opportunity to exercise these capacities⁷⁵⁵.

Sin embargo, semejante coincidencia no está presente en todas las formas de aparición del hecho delictivo. De ello dan cuenta las diversas formulaciones de enunciados sobre una potencialidad —que tradicionalmente empleamos como juicios *ex post* en nuestra práctica de atribución de responsabilidad—, los cuales presuponen una hipótesis. Esto es precisamente lo que ocurre con los enunciados de evitabilidad como enunciados de disposición potencial. Así, por ejemplo, cuando decimos “*A habría podido* evitar el atropello, *si hubiera* respetado el semáforo” o “*B habría podido* conocer (y así evitar) que su comportamiento era antinormativo, *si se hubiera* informado antes”. En estas situaciones, la posibilidad de evitar al momento del hecho no fue real, sino que podría haberlo sido de haberse dado una condición irreal previa. No existió, por tanto, coincidencia entre el momento del hecho y el momento en el que el sujeto pudo *poner* semejante condición de posibilidad de seguimiento de la norma. A pesar de esta no coincidencia, son numerosas las situaciones expresadas por medio del uso de oraciones de potencialidad condicionales que no ofrecen dudas sobre la justificación (jurídicamente institucionalizada o no) de la atribución de responsabilidad. Y de ello puede derivarse que el principio de coincidencia admite en nuestras prácticas de responsabilidad algunas excepciones, concebidas entonces como excepciones normativas a la exigencia de coincidencia *qua impossibilium nulla est imputatio*. Esta es la razón por la cual, por ejemplo, parece contraintuitivo mantener como necesaria la exigencia de coincidencia en un juicio de culpabilidad cuando los supuestos de hecho que motivan tal juicio presentan una estructura fáctica compleja, y que, por lo general, expresan un menor reproche.

El *impossibilium nulla est imputatio* ha de entenderse como un principio o axioma general, dentro del cual es posible distinguir distintos factores que alteran la posibilidad o capacidad de evitar la realización de las circunstancias relevantes de un tipo de delito⁷⁵⁶. Como principio general que afecta a la capacidad de acción y, por tanto, a la posible

⁷⁵⁵ (Hart 1961: 152)

⁷⁵⁶ Sobre lo que sigue, de modo similar, HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal*, pp. 33 ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, p. 533 ss.

exclusión de la imputación de primer nivel, opera el *impossibilium nulla est obligatio*⁷⁵⁷ (expresado también con el aforismo *ultra posse nemo obligatur*). En este nivel, que se corresponde con la categoría del injusto, rigen: i) el *necassariorum nulla est obligatio* (respecto a lo necesario no puede haber obligación alguna), que abarca los casos de *vis absoluta*); ii) el *ignoratorum nulla est obligatio* (respecto a lo desconocido por el sujeto no puede haber obligación alguna), que abarca los casos de error de tipo; iii) *impossibilium nulla est obligatio* (respecto a lo imposible, ahora en sentido estricto, no puede haber obligación alguna), que abarca los casos de incapacidad física. Por su parte, como principio general que afecta a la capacidad de motivación normal y, por tanto, a la posible exclusión de la imputación de segundo nivel, operaría el principio general *impossibilium nulla est imputatio*⁷⁵⁸.

Por tanto, la coincidencia presupone, al menos, dos elementos que entran en relación. Si para el derecho penal esos dos elementos son, por un lado, el suceso efectivamente acaecido y, por el otro, las capacidades individuales actuales de evitación de ese suceso, entonces, dada la indisponibilidad de capacidades el en momento relevante para la decisión, en ninguno de los supuestos en los que aplicamos el principio *impossibilium nulla est imputatio* podría hablarse de la posibilidad de coincidencia. Y si el siguiente paso para decidir jurídicamente si procede atribuir responsabilidad requiere que fijemos la atención en el momento anterior en el que la imposibilidad de evitar puede ser evitada, en ese momento inmediatamente previo al que tendría lugar la realización del hecho típico tampoco concurriría la relación de coincidencia entre la capacidad de evitación (acción, motivación) y el suceso efectivamente acaecido.

Es decir, si a pesar de esta ausencia de los elementos conceptualmente necesarios y suficientes para establecer una relación de coincidencia (que no para atribuir responsabilidad a partir de reglas ordinarias) consideramos que podría estar eventualmente justificado responsabilizar al sujeto por el hecho acaecido, habrá de asumirse que semejante juicio de responsabilidad ya no podrá tener como presupuesto una relación de coincidencia temporal, al menos no en los mismos términos. Antes bien,

⁷⁵⁷ En este punto, la expresión “*obligatio*” podría ser sustituida por la de “*imputatio*”, matizando que se trataría de la imputación de primer nivel.

⁷⁵⁸ En este caso, la expresión “*imputatio*” no puede ser sustituida por la de “*obligatio*”, pues, llegados a este punto (segundo nivel de imputación) la infracción de deber (*obligatio*) debe haber sido afirmada (imputada) a título de dolo o imprudencia (primer nivel de imputación). Como vimos en la primera parte de la investigación, en opinión de HRUSCHKA (*Imputación y Derecho penal*, p. 34), los principios que derivan de las reglas de imputación de segundo nivel “se examinan efectuando paralelismos con las reglas sobre la exclusión de la imputación de primer nivel”.

en su defecto, la relación habrá de ser construida de otro modo. Concretamente, habremos de desplazarnos a un momento secuencialmente anterior —ampliando de este modo la estructura temporal de la responsabilidad— y establecer un nuevo vínculo con el suceso acaecido que motiva la aplicación de una concreta norma de comportamiento. La idea es establecer la responsabilidad del sujeto en la provocación de la ausencia de capacidad suficiente (del defecto de imputación) que le habría posibilitado seguir la norma de comportamiento en el momento en el que se dio la oportunidad para ello. De ahí que para los supuestos en los que *prima facie* hemos aplicado el principio general *impossibilium nulla est imputatio* (y que conforman parte del campo semántico de la imputación extraordinaria) el principio de coincidencia no pueda ser considerado una condición necesaria para el juicio de culpabilidad jurídico-penal.

No obstante, retroceder a un momento anterior no ha de implicar una renuncia a la aplicación de los principios *ultra posse nemo obligatur* e *impossibilium nulla est imputatio*. Antes bien, su aplicación habrá de tener como objeto la ejecución u omisión de la acción al momento anterior al estado de incapacidad, de modo que se establezca si el sujeto pudo y le fue exigible evitar ponerse a sí mismo en estado de incapacidad actual para evitar el comportamiento inmediatamente lesivo. Esto es, para comprobar si la exigencia general de mantenerse o adquirir un estado de capacidad actual de evitación (la incumbencia) fue infringida de manera imputable según criterios de imputación ordinarios. En este sentido, la operación de imputación extraordinaria consistiría en lo siguiente: 1) *mantener* el objeto de imputación, a saber, el comportamiento inmediatamente lesivo; 2) *adelantar* el fundamento de imputación, que ya no será la infracción directa del deber fundamentado en la norma de comportamiento, sino la infracción de una incumbencia o exigencia de cuidado; 3) *operar*, en ese momento anterior, con criterios de imputación ordinaria, lo que significa aplicar los principios *ultra posse nemo obligatur* e *impossibilium nulla est imputatio* a la infracción (imputable entonces) de la incumbencia⁷⁵⁹.

Así, por ejemplo, si el sujeto no se representó la infracción de una exigencia de cuidado o la situación que la hacía aplicable, entonces no podrá restablecerse vía imputación extraordinaria la imputación del comportamiento posterior lesiva. Ello no es nuevo en la dogmática, por ejemplo, de la imprudencia. En efecto, es común exigir, al menos para la

⁷⁵⁹ Sobre la aplicación de esta estructura a la culpa inconsciente, que supondría un doble adelantamiento, véase infra.

imprudencia consciente, que el sujeto actúe con representación de la situación que hace aplicable una norma de cuidado y que, además (ya en el nivel de la culpabilidad), sea consciente de estar actuando contrariamente a esa norma⁷⁶⁰. Sin embargo, el hecho de que aquí se rechace —como veremos— la equiparación de semejante norma de cuidado con la norma de comportamiento jurídico-penalmente reforzada, conlleva la necesidad de establecer otra clase de vinculación entre el sujeto que reconoce la situación que le exige actuar con cuidado y la norma de comportamiento reforzada penalmente. Y esta relación sólo puede establecerse, según lo aquí sostenido, a partir de criterios extraordinarios. De manera breve: a falta de los criterios ordinarios de imputación de primer y segundo nivel, la relación entre el sujeto y el hecho lesivo o la norma de comportamiento se establece en virtud de criterios extraordinarios (ej. “*no se representó, pero habría podido representarse, si hubiera observado la exigencia...*”). Pero la infracción de la exigencia de cuidado habrá de ser imputable en virtud de criterios ordinarios de imputación (ej. “*se representó la situación que requería observar el cuidado y dispuso de las condiciones personales para cumplir con la exigencia...*”).

Por tanto, el principio o relación de coincidencia es una consecuencia necesaria (una exigencia conceptual) de exigir para la imputación ordinaria conocimiento o representación de la situación relevante o de la antinormatividad de la conducta, así como de la capacidad de motivarse por la norma de comportamiento. Si tales presupuestos no concurren como capacidades disponibles del sujeto, entonces, por definición, la exigencia de coincidencia decae.

2.2. Regla jurídica de excepción a la relación de coincidencia

La posibilidad de formular excepciones al *principio* de coincidencia es, a mi juicio, reconocida por el propio código penal⁷⁶¹. En este sentido, es una decisión normativa prevista en las reglas de imputación de nuestro ordenamiento jurídico. Así debe interpretarse el tratamiento legal del error: cuando se constata un error, cuya significación

⁷⁶⁰ Ello no supone asumir un modelo de la imprudencia en dos niveles, esto es, la parte objetiva en el injusto y la parte subjetiva en la culpabilidad. Más bien, se entiende que, si lo característico de la responsabilidad por imprudencia se encuentra en la infracción de una exigencia de cuidado, su infracción culpable (no meramente individual) habrá de ser analizada y establecida en el nivel de la culpabilidad.

⁷⁶¹ No entraremos en un punto problemático de esta afirmación que, según entiendo, no altera la idea central de nuestra postura, a saber, la cuestión teórico-jurídica sobre si los principios pueden ser susceptibles de excepción. Si bien en el texto se mantiene la designación del estatus normativo de principio, ello no desconoce que lo que realmente se estaría excepcionando es una regla de imputación ordinaria.

jurídica radica en el desconocimiento⁷⁶² —bien de las circunstancias relevantes que hacen aplicable una norma (14.1 CP), bien de la ilicitud de la propia conducta (14.3 CP) —, en tanto ausencia de una capacidad individual necesaria para la evitación de la realización típica. Sin embargo, *a falta* del conocimiento o representación —como condición o criterio ordinario— que el derecho estime como suficiente para la evitación, la regla de imputación incorpora la posibilidad de atribuir responsabilidad bajo otro título cuando el error (el desconocimiento) hubiera sido vencible —criterio extraordinario—. La misma estructura se repite en las reglas de imputación previstas en los arts. 20.1º y 2º CP⁷⁶³. *A falta* de la comprensión de la ilicitud del hecho o de la capacidad de actuar conforme a esa comprensión —como condición o criterio ordinario— el ordenamiento jurídico-penal considera que falta una condición central para la evitación de la realización típica. Y, del mismo modo, si esa incapacidad hubiese sido provocada de manera responsable —como criterio extraordinario—, la imputación podrá restablecerse bajo un título diferente⁷⁶⁴.

Que esto es así suele ser aceptado de manera general por la doctrina en los casos de errores de tipo y de prohibición vencibles, de provocación de una situación de legítima defensa

⁷⁶² En contra de que ello siempre sea así, JAKOBS, *LH-Bacigalupo*, p. 349; RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, pp. 197 s. Sin embargo, según creo, que las razones del desconocimiento sean más o menos reprochables (desde cualquier sistema normativo) en nada debería de afectar al hecho de que una persona que actúa sin conocimiento suficiente (eventual) de la realidad no tiene, al momento de actuar, motivos suficientes para actuar como demandaría normativamente la *situación para la acción* en la que se encuentra. En este sentido, sostiene MACKIE, *Ethics*, p. 204, lo siguiente: “[t]ampoco importa qué haya causado la ignorancia. Si alguien está tan bebido que literalmente no sabe lo que está haciendo, entonces sus acciones no son intencionales según la descripción relevante que da cuenta de ellas. Cuestión distinta es la de si las personas deben ser consideradas responsables o merecedoras de castigo en esos casos. Pero no debemos distorsionar nuestra explicación de la acción intencional para hacerla encajar mejor con nuestros puntos de vista sobre la responsabilidad y el castigo” (énfasis añadido).

⁷⁶³ En contra de la interpretación según la cual tanto la evitabilidad de los errores como la *alic* presentan en el CP español una excepción al principio de coincidencia, DEMETRIO CRESPO, «La *actio libera in causa*: ¿una excepción a las exigencias de la culpabilidad por el hecho?», en Arroyo Zapatero/Berdugo Gómez de la Torre (eds.), *LH-Barbero Santos*, 2001, pp. 996 ss.; ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, pp. 24 ss. En cambio, a favor para los casos de evitabilidad del error, pero mostrándose escéptico para los casos de *alic*, véase NIETO MARTÍN, *El conocimiento del Derecho*, 1999, pp. 240 s., 254 ss., 269 ss., con nota 695, pues “obedece a la naturaleza de las cosas” (p. 269); LUZÓN, *PG*, 27/45 ss. En un sentido similar para los casos de error de prohibición evitable, ROXIN, *ADPCP* (1988), pp. 25 s.; JAKOBS, *AT* § 17/57 ss.

⁷⁶⁴ Al respecto, sostiene KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 128 ss.: “Se constata, por consiguiente, que tanto en la imprudencia como en la *alic* falta un elemento constitutivo del delito. Si, a pesar de la falta de una condición de imputación se procede a imputar un comportamiento como contrariedad a la norma, entonces el principio de correspondencia es tomado en cuenta de un modo más sencillo por parte de la teoría de la subrogación: el elemento faltante se sustituye por medio de la responsabilidad del autor por la falta, cuando se dan las condiciones bajo las cuales la falta de un elemento es equiparable, desde la perspectiva del fin de la pena, a la presencia de ese elemento (...) la idea de subrogación no vulnera el principio de culpabilidad (...) Sólo se imputa [en ambos niveles por la infracción de un incumbencia] cuando el autor habría podido saber y, en caso de motivación fiel a derecho, habría debido saber, que se ponía en una situación en la que, llegado el caso, no sería capaz de actuar conforme a la norma”. Más detalladamente sobre estas estructuras de imputación *infra*.

o de necesidad, sea esta justificante o exculpante. Aunque la aceptación del quiebre del principio de coincidencia no sea hecha explícita, ello va implícito en la necesidad de buscar en un momento (al menos, analíticamente) anterior ya no el comportamiento típicamente relevante, sino la evitabilidad o provocación de la ausencia de un presupuesto constitutivo del delito. A partir de esta constatación surge la pregunta de por qué no se procede del mismo modo en los demás supuestos de provocación responsable de un defecto de imputación. En su lugar, la doctrina mayoritaria propone construcciones dogmáticas para los casos de *alic-acción*, imprudencia en todas sus formas y *alic-culpabilidad*. Para todos estos grupos de casos puede reconocerse una misma estrategia, la cual, en términos generales, sigue los pasos de lo que en el contexto de la *alic* se ha dado en llamar “modelo de la tipicidad o injusto típico”. La solución consiste en considerar la acción precedente a la inmediatamente (causalmente) lesiva como comportamiento típicamente relevante⁷⁶⁵. Esta solución suele servirse de los elementos normativos que proporcionan las distintas versiones de la teoría de la imputación objetiva⁷⁶⁶. Como veremos, esto es lo que ocurre en el ámbito de la imprudencia, donde el comportamiento que infringe el deber o norma de cuidado ha sido tradicionalmente considerado ya como el típicamente relevante. Sin embargo, lo que en el caso de la imprudencia podría obedecer a una tradicional forma jurídica de entender la imprudencia que ha logrado imponerse entre la comunidad científica y la jurisprudencia, en el caso de la *alic* lo haría, a mi modo de ver, a una traslación en ocasiones poco depurada de la discusión habida en la doctrina alemana bajo un tratamiento legal (el § 20 StGB) decisivamente distinto. Pues si bien es cierto que la mera previsión legal de una regla de excepción a una regla de imputación (negativa) no da una respuesta al problema fundamental, ello permite desplazar la discusión a otro punto: si es legítimo (justo), y, en su caso, bajo qué condiciones (y criterios), atribuir responsabilidad jurídico-penal cuando el sujeto, al momento del hecho (el momento relevante para la decisión de evitar la realización típica), no dispone de la capacidad general de evitarlo⁷⁶⁷. En definitiva, a partir de qué condiciones sería legítimo excepcionar el principio de coincidencia como expresión del *impossibilia nulla est imputatio*.

⁷⁶⁵ En mi opinión, construcciones fundamentalmente encaminadas a ocultar lo que es legalmente evidente.

⁷⁶⁶ Así, por ejemplo, ROXIN, *PG*, § 20/58, sostiene que los casos de *alic* pueden resolverse por la vía del modelo del tipo “si no se extiende la punibilidad más allá de los *principios de la imputación reconocidos en los demás casos*” (énfasis añadido).

⁷⁶⁷ En esta línea ya, NEUMANN, *FS-Arthur Kaufmann*, pp. 591 ss.

2.3. Imputación extraordinaria y atenuación de la pena

Lo que interesa resaltar ahora es que el restablecimiento de la imputación ha de llevarse a cabo bajo otro título —diferente al dolo y a la culpabilidad en sentido *pleno*⁷⁶⁸— que, en principio, habrá de implicar un menor reproche. Aquí se entiende que el reproche en uno y en otro caso no puede ser el mismo. Es decir, el hecho de que el autor no pueda invocar una razón o causa de exclusión de la imputación (sea en el nivel que sea) para evitar así la atribución de responsabilidad no puede llevarnos a invocar simplemente (y a efectos penológicos) la regla “eximente provocada equivale a ausencia de eximente”. Pues una y otra situación son fácticamente diferentes por lo que hace a la oportunidad (en el momento del hecho, se entiende) de seguir intencionalmente la norma de comportamiento. Por lo que si, a pesar de ello, mantenemos el título de imputación como si esa diferencia no fuera real, entonces estamos cargando al autor con un reproche que no se corresponde axiológicamente con la realidad. Formulado de otro modo: se equipararía el conocimiento y el desconocimiento evitable de las circunstancias fácticas relevantes o de la antinormatividad del hecho; o la capacidad de motivación con la ausencia de capacidad de motivación. Ello supondría operar con una ficción en perjuicio del autor, en la medida en que implícitamente equivaldría a asumir, por ejemplo, que, de haber estado el sujeto en situación de capacidad actual de seguir la norma, también habría actuado de manera contraria a derecho; o también, que, a pesar de no disponer de los presupuestos de imputación a título de dolo o culpabilidad, le imputamos las capacidades que tales títulos presuponen como-si dispusiera de ellas⁷⁶⁹. A mi juicio, este modo de operar no queda justificado, incluso si fuera el caso que tuviéramos alguna idea acerca del plan del autor. El hecho que no conozcamos que habría hecho el sujeto en un estado de capacidad suficiente, estando por tanto abierta la posibilidad de que hubiera adoptado una conducta alternativa conforme a derecho, nos ha de impedir formular un reproche cualitativamente equivalente al del dolo o la culpabilidad plena.

⁷⁶⁸ Con “culpabilidad plena” nos referimos a una culpabilidad que no sea susceptible de fundamentar un menor reproche porque no existen razones (circunstancias) para ello. No existiría esta forma de culpabilidad en casos de capacidad de culpabilidad disminuida al momento del hecho o de incapacidad de culpabilidad en el mismo momento, provocada de manera responsable. Entonces, si la culpabilidad en sentido estricto va referida al injusto personal, cuando el injusto sea imprudente la capacidad de motivación habrá de tener por objeto la exigencia de cuidado y no la norma de comportamiento aplicable a la situación. Es decir, una culpabilidad adecuada al injusto. Por tanto, sólo es apropiado hablar de culpabilidad disminuida cuando, dado un injusto doloso, el sujeto provoca su propio estado de incapacidad de motivación.

⁷⁶⁹ De modo similar, VOGEL, «Normativierung und Objektivierung des Vorsatzes?», *GA* (2006), p. 389, para quien ello implica la punibilidad de hechos hipotéticos y actúa como derecho penal de actitud interna (con una mordaz nota 18 recuperando al Mezger de 1939).

La exigencia de no incurrir en semejante quiebre axiológico está institucionalmente clara en el caso de la imprudencia y los errores —tanto de tipo como de prohibición— como instancias de imputación extraordinaria (básicamente porque es lo que prevén las respectivas reglas jurídicas de imputación). Sin embargo, no parece estar tan claro en el caso de la *alic* en el ámbito de la provocación responsable de un defecto de culpabilidad⁷⁷⁰ o para el caso de que se asuma que los supuestos de ignorancia deliberada o indiferencia frente los hechos o el derecho son instancias de imputación extraordinaria para los cuales se decide, por razones axiológicas, mantener la imputación a título de dolo o no atenuar la pena adecuada a la culpabilidad⁷⁷¹.

Según entiendo, que el dolo y la culpabilidad hayan de ser concebidos como resultado de un juicio de atribución o imputación no puede ser una puerta de entrada ilimitada a razones axiológicas⁷⁷². Sobre todo porque la cualidad atributiva (normativa) de tales elementos constitutivos del delito no puede desconocer que el contenido tanto del dolo como de la culpabilidad (estipulado por la doctrina y la jurisprudencia o incorporado indirectamente en el código penal), se refiere, sin dejar por ello de ser un concepto normativo, a estados mentales reales del sujeto⁷⁷³. Desconocer esto puede llevar a consecuencias contradictorias, pues ¿cómo es posible conciliar, por un lado, un juicio que, tomando como base la presencia de las capacidades disponibles por el sujeto para formarse la intención de evitar la realización del tipo penal (conocimiento de la situación relevante o del significado de la conducta), reprocha al autor no haberse formado de manera activa el motivo de evitación, y, por el otro, que en el caso concreto el sujeto no dispusiese de tales capacidades para formarse tal motivo (*impossibilia nulla est imputatio*) y, a pesar de ello, se mantenga el reproche a título del criterio ordinario inicialmente excluido?⁷⁷⁴ La única posibilidad consecuente de mantener el reproche

⁷⁷⁰ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *InDret Penal*, 4/2016, p. 4. Sobre todo, cuando la provocación se lleva a cabo con el propósito de cometer un delito en estado de inimputabilidad.

⁷⁷¹ Al respecto, como vimos en la primera parte, HRUSCHKA, *Strafrecht*, pp. 334 s., abogando por que la atenuación en los casos de imprudencia sea facultativa; SÁNCHEZ-OSTIZ, en *La libertad*, pp. 94 ss., p. 157 s.; EL MISMO, *InDret Penal* 1/2015, p. 21 con nota 75; EL MISMO, *DJP*, (2015), pp. 33 ss.; JAKOBS, *ZStW* 114 (2002), *passim*; PAWLIK, *Das Unrecht*, pp. 362 ss.

⁷⁷² Así, para la atribución de culpabilidad, NEUMANN, *ZStW* (1987), pp. 587 ss.

⁷⁷³ En este sentido, criticando de manera acertada la distinción propuesta por Pérez Barberá (*El dolo como reproche*, 2012) entre conceptos empíricos de dolo (por incluir elementos fácticos) y conceptos normativos (por no incluirlos), advierte ORTIZ DE URBINA GIMENO (*Pensar en derecho*, pp. 364 s.), que no por incluir un elemento fáctico deja de ser normativo (estipulativo, en palabras de Ortiz de Urbina) el concepto de dolo. En el mismo sentido, respecto del concepto de culpabilidad, NEUMANN, *ZStW* (1987), p. 588.

⁷⁷⁴ Advierte de la falta de plausibilidad de ello, NEUMANN, *GA* (1985), p. 397: un sucedáneo no tiene que ser *per se* equivalente. Al respecto, fundamental, KINDHÄUSER, ¿Dolo como indiferencia?, p. 53, en su crítica a Jakobs.

propio del dolo o de la culpabilidad *plena* a falta de los presupuestos que se estiman necesarios para ello implicaría comenzar por renunciar a tales presupuestos como límite mínimo (conocimiento que se estipule para el dolo eventual o conocimiento eventual de la antinormatividad de la conducta, por ejemplo) y apostar por una reconstrucción radicalmente normativa de los conceptos de dolo y culpabilidad plena. En otras palabras: *desnaturalizar* el dolo⁷⁷⁵ o la culpabilidad. Ello, sin embargo, tendría una consecuencia ulterior, a saber: vuelve superfluo referirnos a una clase de imputación en términos de imputación extraordinaria⁷⁷⁶. Pues si la imputación ordinaria deja de estar condicionada distintivamente por criterios fácticos cuya exclusión abra paso a criterios de imputación extraordinaria —de modo que estos últimos únicamente operen en defecto de aquéllos—, reduciéndose así el dolo, la imprudencia y los criterios de culpabilidad en sentido estricto a una cuestión de valoración sin aquella base fáctica distintiva, entonces el par ordinario-extraordinario pierde su relevancia, no sólo analítica, sino también como condicionante de la cualidad del reproche en los distintos niveles de imputación.

A partir de lo sostenido, aquí procede ser rechazada, desde una perspectiva crítico-normativa (o de *lege ferenda*), la idea según la cual la cuestión sobre la imputación extraordinaria, es decir, la decisión de atribuir responsabilidad a pesar de no estar presentes los criterios ordinarios de imputación, ha de ser separada del fundamento (de la

⁷⁷⁵ Sobre el riesgo de desnaturalizar el dolo al concebirlo como infracción de una incumbencia de conocer, ya SILVA SÁNCHEZ, «Teoría del delito y Derecho penal económico-empresarial», en Silva Sánchez/Miró Llinares (dirs.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, 2013, pp. 41 s.; también, VARELA, *Norma e imputación*, 2015, p. 178, nota 678

⁷⁷⁶ La cual es asumida, por ejemplo, por Jakobs y Pawlik, para quienes los conceptos de evitabilidad y competencia (e incumbencia, para el segundo), son los conceptos sobre los que gira la imputación personal. De manera muy clara, por ejemplo, JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, p. 23: “la culpabilidad es un déficit —exteriorizado en un hecho consumado o en la tentativa de un hecho— de fidelidad al ordenamiento jurídico, y los hechos psíquicos, en la medida en que son susceptibles de ser mostrados, especialmente el dolo y la consciencia de antinormatividad, no son otra cosa que indicadores de tal déficit. *Y de ningún modo son indicadores insustituibles*; la falta de atención, la indiferencia, el desinterés por las consecuencias de una conducta pueden *también* ser indicios del déficit. *Lo que resulta decisivo* para el concepto de culpabilidad, lo que es su contenido, se rige por el *contexto normativo*” (énfasis añadido). Por tanto, la evitabilidad del hecho lesivo se determina siempre normativamente (sin que los elementos psicológicos sean determinantes) bajo la hipótesis de una suficiente fidelidad a derecho. Aunque llegando a resultados similares, otra es la estrategia que sigue Sánchez-Ostiz, quien plantea la *doble posición del dolo* en el seno del injusto, primero para imputar (*imputatio facti*) y después para valorar (*applicatio legis ad factum*). Este planteamiento supone, a mi juicio, una duplicación analítica confusa, pues el dolo deja de ser identificado distintivamente, primero, como un criterio de imputación, y, segundo, en la forma de ordinaria; por su parte, la imprudencia deja de identificarse como la única estructura de imputación extraordinaria en el nivel del injusto. Así, por ejemplo, habría casos en los que operaría la imputación extraordinaria de primer nivel (*imputatio facti*), pero que, a partir de un juicio de valoración posterior (*applicatio legis ad factum*), pasarían a ser considerados dolosos. Es lo que según este autor ocurriría con el “error «burdo», la ceguera ante los hechos, el conocimiento eventual de la antijuricidad, la ignorancia inexcusable, e incluso en algunos supuestos de dolo eventual” (cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *DJP*, (2015), p. 43).

gravedad) de la imputación para los casos subsumibles en semejante estructura⁷⁷⁷. Dicho brevemente de la mano de uno de los casos problemáticos subsumibles: el que por indiferencia desconoce las circunstancias relevantes del tipo o la antinormatividad de su conducta no *merece* el reproche propio del dolo o de la culpabilidad plena, respectivamente⁷⁷⁸. Por tanto, la regla o principio debería rezar: toda imputación extraordinaria justifica un menor reproche que, como tal, podrá ser graduado. Pero ¿por qué?

Como decíamos, no parece que sea esta la decisión asumida por el legislador penal (ni el español, ni el alemán) para cada una de las estructuras que aquí reconocemos con base en la imputación extraordinaria. La descripción del caso español permite, por un lado, apreciar la distinción cualitativa del reproche en los errores vencibles de tipo (respecto del dolo) y de prohibición (respecto de la culpabilidad plena). Pero, por el otro, no es tan explícita la decisión legislativa con respecto a la provocación de un estado de necesidad exculpante o de un defecto de imputabilidad, sobre todo en este último caso en el que se distinguen, al menos, tres formas de provocación diferentes⁷⁷⁹. Por su parte, en la legislación penal alemana la distinción cualitativa del reproche es menor por lo que hace a los errores relevantes. Así, si bien semejante distinción se aprecia como vinculante en los casos de error evitable de tipo (respecto del dolo), no ocurre necesariamente lo mismo en el error evitable de prohibición (respecto de la culpabilidad plena). En este caso, la atenuación penológica adecuada a la culpabilidad es facultativa. La misma regla parece regir para la provocación de la situación de peligro susceptible de exculpar. En cambio, de entrada, no parece que la realización dolosa o imprudente de un tipo delictivo bajo un estado de inimputabilidad provocado pueda ser objeto de reproche jurídico-penal⁷⁸⁰.

Dicho esto, la razón por la cual defendemos que toda forma de imputación extraordinaria de la realización de un tipo penal debería de ir acompañada (o suponer) un menor reproche

⁷⁷⁷ Así, por ejemplo, HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 335, quien señala que de su propuesta de atenuación facultativa para la imprudencia en modo alguno se sigue que la pena haya de ser equiparada a la del dolo; en otra dirección, SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad*, pp. 139 ss.; ya antes, EL MISMO, *Imputación y teoría del delito*, p. 543, con nota 118.

⁷⁷⁸ El problema —y de ahí el reconocimiento a los esfuerzos de planteamientos como el de Sánchez-Ostiz, Pawlik o Ragués i Vallès— se encuentra en que tampoco está axiológicamente justificado equipararlos (en merecimiento) a los casos generales de imprudencia. El problema es complicado —y la legislación penal no ayuda—, y aquí no puede ser resuelto, pero tratará de ofrecerse una propuesta interpretativa más adelante.

⁷⁷⁹ Sobre ello volveremos al tratar las estructuras respectivas con más detalle.

⁷⁸⁰ De ahí que, como es sabido, se ensayen diferentes estrategias en el marco de la discusión doctrinal de la *actio libera in causa* para revertir esta situación en ocasiones político-criminalmente insatisfactoria.

en comparación con *la misma realización típica* imputada de forma ordinaria sólo puede surgir de la respuesta a una pregunta: *¿por qué razones* imputamos o atribuimos responsabilidad en cada caso? Para ensayar una respuesta definitiva a esta pregunta resta todavía por despejar algunos problemas. Concretamente debemos de hacernos cargo de la segunda crítica relevante que se formula frente a la figura de la imputación extraordinaria y que atañe, precisamente, a su fundamento de imputación.

3. La culpabilidad por el hecho y el principio de coincidencia

Junto a la previsión legal del principio de coincidencia, que, como vimos, le otorga (en nuestra opinión sólo para la imputación a título de dolo y de culpabilidad plena) el estatus de presupuesto legal de responsabilidad jurídico-penal existiría otra clase de razones para la obligatoriedad de su observancia en la operación de atribuir responsabilidad penal. Alcácer Guirao se refiere en este sentido al principio de coincidencia como un postulado garantístico⁷⁸¹. Y lo hace tomando como base su manifestación temporal: la simultaneidad entre todos los elementos del delito garantizaría que la estructura temporal de responsabilidad no se extendiera en la búsqueda de razones (fundamentos) de imputación, impidiendo así la toma en consideración de criterios más propios del derecho penal de autor. Concretamente: la figura de la culpabilidad por la conducción general de la propia vida⁷⁸². Ello nos conduce al siguiente sub-principio de la culpabilidad en sentido amplio: la culpabilidad por el hecho⁷⁸³.

3.1. Culpabilidad por el hecho y culpabilidad por la personalidad (por la conducción de la propia vida o por el carácter)

El principio de culpabilidad por el hecho suele ser esgrimido como única alternativa legítima con respecto a la de una noción de culpabilidad que tomara como base la personalidad del autor. Esta sería más propia del llamado «derecho penal de autor», corriente que, por diferentes motivos, es rechazada —al menos de manera expresa— por

⁷⁸¹ Cfr. ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, pp. 23 ss.

⁷⁸² En el mismo sentido, NIETO MARTÍN, *El conocimiento del Derecho*, pp. 38 s., 239 ss., acudiendo para ello a la garantía del principio constitucional relativo al libre desarrollo de la personalidad.

⁷⁸³ En opinión de SÁNCHEZ-OSTIZ (*Fundamentos*, p. 216, nota 92), los sub-principios de dolo o culpa, conciencia de antijuricidad, imputabilidad, distinción penas y medidas de seguridad y proporción entre sanción y hecho (que Mir englobaría bajo los cuatro sub-principios) podrían ser reconducidos al postulado de «Derecho penal del hecho», frente al de «Derecho penal del autor».

la mayoría de la doctrina contemporánea. Sin embargo, puede constatarse que son varios los intentos efectuados por la doctrina que, de manera expresa o no, se dirigen a la reformulación de una idea de la culpabilidad por la personalidad. Dejando al margen los planteamientos desarrollados durante el período de entreguerras, los cuales, por razones obvias, obedecen a la oportunidad que presentó el *espíritu* de ese intervalo de tiempo, es posible reconocer algunas formulaciones que han recibido cierta atención por la doctrina contemporánea⁷⁸⁴. La culpabilidad por la personalidad del autor puede tomar diferentes formas. Así, las construcciones que han recibido mayor reflexión por parte de la doctrina son la culpabilidad por el carácter (*Charakterschuld*)⁷⁸⁵ y la culpabilidad por la conducción de la propia vida (*Lebensführungsschuld*)⁷⁸⁶ o por decisiones tomadas en el pasado (*Lebenentscheidungsschuld*)⁷⁸⁷.

La razón principal de la firme resistencia a una responsabilidad jurídica con base en el modo de vida, el carácter, la mayor o menor disposición virtuosa o por decisiones tomadas en el pasado por el individuo —y a pesar de que en todas estas instancias hubiera intervenido alguna idea de libertad—, se encuentra no sólo en el rechazo a un derecho penal que hiciera uso de tales criterios como derivación de una particular orientación ética, sino, sobre todo, por ser integrantes de un tipo de ética concreto: la ética de la virtud. La noción de responsabilidad o culpabilidad por el carácter suele ser atribuida a

⁷⁸⁴ Un panorama crítico del estado de la cuestión hasta mediados de los años setenta en Alemania se encuentra en Arthur KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, pp. 187-197. Para un tratamiento histórico-crítico, del período de entreguerras véase, GÓMEZ MARTÍN, *El Derecho penal de autor*, 2007, pp. 244 ss.; DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, pp. 227 ss. — Además, la práctica de la administración de justicia penal conoce numerosos casos en los que la personalidad, el carácter o decisiones pasadas conforman, en algún sentido, la razón para atribuir responsabilidad. Así ocurre, por ejemplo, con las pruebas que en el marco del proceso penal tienen por objeto manifestaciones pretéritas de mal carácter por parte del reo o la clasificación de éste en cierta clase de persona o grupo (lo que también se conoce como «culpabilidad por asociación» o «culpabilidad por estatus» o «delitos de estatus»). Al respecto, véase la exposición de LACEY, «The Resurgence of Character: Responsibility in the Context of Criminalization», en Duff/Green (eds.), *Philosophical Foundations*, pp. 151 ss.

⁷⁸⁵ Sin ánimo de exhaustividad, véase, WELZEL, «Persönlichkeit und Schuld», *ZStW* (1941), pp. 457 ss.; EL MISMO, *Deutsches Strafrecht*, 11ª ed., pp. 136 s., 151; en otra línea, ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2ª ed., 1965; FIGUEIREDO DIAS, «Culpa y personalidad. Para una reconstrucción ético-jurídica del concepto de culpabilidad en Derecho penal», en *CPC* (1987), pp. 19 ss.; más recientemente, HERZBERG, *Willensunfreiheit und Schuldvorwurf*, 2010, pp. 98 ss. En el ámbito angloamericano, LACEY, en *Philosophical Foundations*, pp. 151 ss., recoge amplias referencias que reflejarían el resurgir de la discusión (p. 152, notas 4 y 5).

⁷⁸⁶ De nuevo, sin pretender exhaustividad, véase, MEZGER, «Die Straftat als Ganzes», *ZStW* (1938), p. 688; RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, pp. 264 ss., respondiendo a algunos malentendidos acerca de la figura; en el mismo sentido, fundamental, BURKHARDT, *Vom Nutzen und Nachteil*, pp. 87 ss., esp. 92 ss., 107 ss., y *passim*; NEUMANN, *Zurechnung und «Vorverschulden»*, pp. 205 s.; KÖHLER, *AT*, pp. 393 s.; sin desarrollarlo, pero sugiriendo la idea de reformular la culpabilidad por la conducción de la propia vida, SILVA SÁNCHEZ, *InDret Penal*, 3/2010 (editorial).

⁷⁸⁷ BOCKELMANN, *Studien zum Täterstrafrecht*, vol. II, 1939, pp. 145 ss.

Aristóteles. A grandes rasgos, la idea central de este autor, así como de las concepciones que lo siguen, es incorporar el carácter o los hábitos a una perspectiva voluntarista⁷⁸⁸. De este modo, la responsabilidad por el carácter sugiere que la persona es responsable de sus rasgos de la personalidad (carácter) porque es la persona la que forma su propio carácter. Por tanto, si decimos que las acciones de una persona están determinadas por rasgos que conforman su personalidad, entonces debe asumir la responsabilidad por tales acciones en la medida en que los rasgos de su carácter han sido elegidos y desarrollados por ella. El delito manifiesta entonces el carácter moralmente defectuoso de una persona y a ésta se le hace responsable y castiga por la manifestación en el hecho de ese carácter defectuoso. Por tanto, hablar en términos de responsabilidad o culpabilidad por la conducción de la propia vida habría de llevarnos a rastrear y tener en cuenta factores personales y sociales condicionantes de esa vida. Además de la libre formación del carácter, los hábitos o el modo de vivir “desviado”, podrían tenerse en cuenta concretas decisiones “erróneas” tomadas también libremente o el llevar a cabo acciones descuidadas de manera repetitiva, etc.

Frente a tales doctrinas se objeta que difícilmente puede uno hacer algo para cambiar o modelar su carácter, al menos frente a algunos de los rasgos genética o socialmente adquiridos. En tal sentido, parece que en la formación de lo que somos intervendrían aspectos que no controlamos y que, por tanto, no podrían ser moral o jurídicamente utilizados como base de un reproche. Además, la perspectiva adoptada en los juicios de atribución de responsabilidad jurídico-penal debería tener naturaleza sincrónica, no diacrónica, como parece que sería necesario en el marco de una teoría de la virtud⁷⁸⁹. En suma, recurrir a estos criterios en el lenguaje de la responsabilidad personal implica, al menos, tres asunciones problemáticas⁷⁹⁰: en primer lugar, se estaría *describiendo* la personalidad o modo de vida del individuo a partir de determinadas propiedades exhibidas en una única situación; en segundo lugar, el comportamiento de ese individuo sería causalmente *explicado* con la referencia a tales propiedades; y, en tercer lugar, la

⁷⁸⁸ Cfr. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, L. III, cap. 5. (1113b-1115a), pp. 83 ss. Sobre la influencia del pensamiento aristotélico (y su recepción occidental a partir de las lecturas propuestas por Tomás de Aquino y Pufendorf) en materia de responsabilidad por los propios defectos de imputación, véase, HRUSCHKA, «Der Einfluss des Aristoteles und der Aristoteles Rezeptionen auf die Bildung heutiger Rechtsbegriffe am Beispiel der “actio libera in causa”», en H. de Wall et al. (eds.) *FS-Link*, 2003, pp. 687 ss.; en detalle, también, SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad*, pp. 125-130. Ambos trabajos con ulteriores y excelentes referencias.

⁷⁸⁹ Cfr. STOPPENBRINK, *Verantwortung*, p. 325

⁷⁹⁰ Al respecto, fundamental, BURKHARDT, *Vom Nutzen und Nachteil*, pp. 89 ss.

atribución de estas propiedades expresaría una *desaprobación* de la persona en la medida en que su personalidad sería valorada negativamente.

Si bien estas objeciones deben ser asumidas en un derecho penal liberal, es necesario deshacer lo que creo son algunos malentendidos en torno a las formas de culpabilidad por la personalidad. A mi juicio, la articulación de la estructura de la responsabilidad en objeto(s) y fundamento(s) de imputación puede ayudar a tal propósito. Se trata, básicamente, de ubicar donde corresponde el problema de la culpabilidad por la conducción de la propia vida o el carácter. La conclusión que puede ser adelantada es la siguiente: en un derecho penal de la culpabilidad por el hecho, las formas de culpabilidad por la personalidad habrían de quedar ubicadas, en su caso, como fundamento de responsabilidad, pero nunca como integrando el objeto (o parte de éste) de responsabilidad. Este será siempre el hecho antinormativo imputado como infracción de deber (injusto jurídico-penal), el cual, como venimos sosteniendo, es el presupuesto necesario y el indicio de toda responsabilidad penal.

3.2. La ambigüedad de la expresión “culpabilidad *por* la personalidad”

Con la expresión culpabilidad por la conducción de la propia vida pueden estar designándose dos cosas bien distintas: en primer lugar, una culpabilidad por un injusto conformado por la conducción de la vida o el carácter defectuoso; en segundo lugar, una culpabilidad por la conducción de la vida o el carácter defectuoso referido a un hecho («*tatbezogene Lebensführungsschuld*»)⁷⁹¹. Estos dos posibles sentidos son favorecidos por la ambigüedad del significado de la preposición “por”⁷⁹². La primera posibilidad afectaría al objeto de imputación, al «*qué*» es lo que genera responsabilidad. De ahí que este significado de la expresión contradiga varios postulados: por un lado, no existe una norma jurídica de comportamiento que prohíba o requiera expresamente una determinada conducción vital o modo de ser como instancias de la personalidad del agente; por tanto, *nulla poena sine lege*. Esta objeción se dirige únicamente a la consideración de la

⁷⁹¹ Sobre esta noción, véase, ERHARD, *Strafzumessung bei Vorbestrafen unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld*, 1992, pp. 104 ss. (citado por DEMETRIO CRESPO, *Prevención general*, p. 227).

⁷⁹² Al respecto, véase lo expuesto más arriba acerca del análisis dual de la responsabilidad que viene posibilitado por la preposición “por”, extremo que, como se apuntó entonces, es puesto de relieve por DAN-COHEN, en *Harmful Thoughts*, pp.; parte de esta comprensión a propósito de la culpabilidad de las personas naturales, analizada en contraste con la de las personas jurídicas, MAÑALICH, *RChD*, 38, pp. 302 ss. Agradezco a este autor el haber llamado mi atención sobre este punto de su trabajo. En el mismo sentido, véase, DUFF, *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, 2007, pp. 115 ss. De modo similar, LUZÓN PEÑA, *PG*, 27/46, p. 522.

personalidad como objeto («el *qué*») de la imputación, y no, en cambio, a la consideración de la personalidad individual como el fundamento («el *por qué*») de la imputación⁷⁹³. Pero, aunque existiera tal norma de comportamiento, semejante prohibición o mandato no podría gozar de la legitimidad necesaria en un ordenamiento jurídico secular. Así, podría decirse, que la atribución de responsabilidad penal no está, ni debería estar, estructurada en torno a vicios o rasgos del carácter o formas de vida, lo que significaría, como apuntamos, acudir a parámetros propios de la ética de la virtud⁷⁹⁴. Por otro lado, lo que resultaría quizá más preocupante es que fueran circunstancias relativas a la personalidad del autor, y no un hecho externo y su relación con la capacidad individual de evitarlo, las que permitiesen medir la culpabilidad y, con ello, la pena⁷⁹⁵.

La segunda posibilidad se refiere, en cambio, al «*por qué*» se es responsable de un hecho. Aquí la culpabilidad trae causa de un hecho (comportamiento) prohibido o requerido por una norma de comportamiento, pero que se atribuye como culpable al agente sobre la base de razones que tienen que ver con la personalidad individual; por lo que ahora interesa, su carácter o las decisiones que conforman su modo de vida. Esta segunda posibilidad aspira a hacer compatible una culpabilidad por el hecho y una culpabilidad por la conducción de la propia vida o el carácter⁷⁹⁶. Esto se entiende mejor si utilizamos la estructura analítica de la responsabilidad: *qué* se imputa y *por qué* se imputa⁷⁹⁷. En toda

⁷⁹³ En este sentido, acertadamente, BURKHARDT, *Vom Nutzen und Nachteil*, p. 107; JAKOBS, *AT*, §17/35, señalando que la objeción anterior no excluiría que la conducción de la propia vida pueda ser utilizada para decidir si un hecho se imputa y hasta qué punto.

⁷⁹⁴ En este sentido la crítica de ORTIZ DE URBINA GIMENO («¿Dolo como reproche? Observaciones sobre método y axiología en la propuesta de abandono de la idea de dolo como estado mental», en *Pensar en derecho*, pp. 357 ss.) al planteamiento axiológico de la propuesta sobre el dolo (como reproche) de Pérez Barberá, el cual “no sigue una perspectiva similar a la ética deontica, centrada en el «qué hacer» concreto, sino que se mira en la ética de la virtud (aretica), más interesada en el «cómo ser»”. Por tanto, parece obvio que un concepto de persona sobre el cual se proyecten las expectativas que han de servir en el derecho penal no puede estar condicionado por un ideal de excelencia o perfección personal que exija la realización de la vida buena; ya sea de corriente hedonista (placer), ya de corriente eudemonista (eudemonía aristotélica traducida por felicidad, vivir bien, etc.).

⁷⁹⁵ Esto podría suponer ya un problema de legitimidad, por ejemplo, cuando son determinadas motivaciones (art. 22.4ª CP) las que agravan la pena. Eso tiene que aislarse o ser diferenciado de la pregunta de si en una operación que es necesariamente posterior, en la determinación de la pena, algunos componentes de la base motivacional del agente adquieren relevancia.

⁷⁹⁶ En contra de que tal compatibilidad sea siquiera conceptualmente posible, ZAFFARONI, *Parte General*, 6ª ed., 2002, p. 517.

⁷⁹⁷ Asume ya esta distinción, BURKHARDT, *Vom Nutzen und Nachteil*, pp. 108 s., con ulteriores referencias en notas 72 y 73.

estructura de culpabilidad jurídico-penal encontramos un componente relativo al hecho y un componente relativo a la persona del autor⁷⁹⁸.

Esta forma de entender la expresión «culpabilidad por el carácter o la conducción de la propia vida» es la única que merece ser tematizada en el ámbito jurídico-penal, pues, como advertiera Engisch, “sólo el carácter que se manifiesta en el hecho particular conlleva responsabilidad jurídico-penal; es más, puede añadirse que sólo lleva responsabilidad jurídico-penal en la medida en que se plasma y declara en el hecho particular”⁷⁹⁹. Y esto significa dos cosas en relación con el debate que enfrenta, en el contexto de la *aplicación del derecho* vigente, al derecho penal del hecho y al derecho penal de la personalidad o de autor: en primer lugar, que entender la personalidad como *objeto* de imputación ha de excluir entender el hecho delictivo como *único objeto* de imputación jurídico-penal. En este escenario, el enfrentamiento entre ambas posturas sólo puede dejar a una en pie. Por tanto, en segundo lugar, bajo la premisa de un derecho penal del hecho únicamente tendrá sentido (y, en su caso, justificación) situar la discusión en el marco de los *criterios* o las condiciones de imputación del hecho antinormativo al agente o del injusto jurídico-penal a la culpabilidad de la persona. Esta segunda vía vuelve conceptualmente compatible, todavía no legítima, la culpabilidad *por*₁ el hecho y la culpabilidad *por*₂ la personalidad. A partir de aquí, el debate habrá de enfrentar la cuestión acerca de la validez de los criterios que hayan de operar como base de la responsabilidad por un hecho. De nuevo, como queda evidenciado en la propia expresión “culpabilidad por el hecho” (o “injusto culpable”), los presupuestos de toda relación de culpabilidad remiten a un objeto y un fundamento de imputación.

En este lugar habrá de verificarse el rendimiento explicativo de la distinción teórica entre «cualidad de persona» y «personalidad». Así, si bien toda atribución de responsabilidad jurídico-penal ha de vincular un hecho a una persona, erigiéndose, en este sentido, como un reproche *a* la persona *por* su hecho, la cuestión que habrá de ocuparnos brevemente será la de si los elementos que conforman la personalidad pueden contar válidamente como criterios de imputación y, por extensión, como elementos del juicio jurídico de

⁷⁹⁸ Con claridad, MAÑALICH, *RChD*, 38, p. 303: “La persona puede ser responsable (...) de *haber hecho* (o dejado de hacer) algo; pero podrá ser responsable *en virtud de* que en ese hecho se expresa su propio carácter, esto es, su propia identidad” (énfasis original) (recuperar al final).

⁷⁹⁹ ENGISCH, *Willensfreiheit*, p. 52.

culpabilidad. Pues hablar de reproche a la persona por lo hecho no implica necesariamente una alusión a su personalidad como fundamento directo de imputación⁸⁰⁰.

Por lo demás, si bien es posible trazar una distinción teórica entre la culpabilidad por el carácter y la culpabilidad por la conducción de la propia vida, para lo que aquí interesa es posible partir de la hipótesis que las equipara. Sirvan, en todo caso, las palabras de Engisch que apuntan a una posible distinción:

lo decisivo para mi es que, con la reducción de la culpabilidad por el carácter a la culpabilidad por la conducción de la vida, por las decisiones en la vida o similares, se abandona de nuevo la idea de la culpabilidad por el carácter: aquí se fundamenta la culpabilidad por el carácter en la culpabilidad por el hecho⁸⁰¹.

Si renunciamos a semejante diferenciación es porque entendemos que, una vez situada la discusión en el ámbito de los criterios de imputación, y asumida, por tanto, la necesidad de un hecho como objeto de responsabilidad, nada obsta a que en la pregunta por la validez de aquéllos puedan ser indistintamente consideradas como eventuales candidatas ambas formas de culpabilidad *por* la personalidad. Además, como quedó apuntado más arriba, son las decisiones que toma uno en la vida lo que forman su personalidad y carácter, donde se adquieren las estructuras de comportamiento, esto es, la manera en que una persona reacciona (y reaccionará) habitualmente frente a situaciones dadas. Por tanto, refiriéndonos al carácter nos referimos, en algún sentido, a la conducción o a las decisiones de la vida⁸⁰².

⁸⁰⁰ Sin embargo, en opinión de BOCKLEMANN (*Strafrechtliche Untersuchungen*, pp. 3 ss.), el derecho penal de autor “trataría de responder a la pregunta por el cómo y el si de la pena no con el parámetro del hecho como un acontecimiento particular aislado, sino según un parámetro que provea que el ser-así [*So-Sein*] humano ha de ser castigado”.

⁸⁰¹ ENGISCH, *Willensfreiheit*, p. 50.

⁸⁰² Es precisamente esto último lo que rechaza Engisch, pues su consideración del carácter como fundamento de responsabilidad toma como premisa hipotética la verdad del determinismo (ENGISCH, *Willensfreiheit*, pp. 41 s.), de modo que no atiende a la idea aristotélica que sugiere que la persona es responsable de sus rasgos de la personalidad (carácter) porque es la persona la que forma libre o voluntariamente su propio carácter. Sobre la relación entre carácter y libertad apunta KANT (*KrV*, B 567): “En un sujeto del mundo sensible encontraríamos entonces: en primer lugar, un carácter empírico en virtud del cual sus actos estarían, en cuanto fenómenos, ligados a otros fenómenos conforme a leyes naturales constantes, y podrían derivarse de estos otros fenómenos como condiciones suyas. [...] En segundo lugar, habría que conceder a dicho sujeto, además, un carácter inteligible en virtud del cual fuera efectivamente causa de esos actos en cuanto fenómenos, pero que no se hallara sometido a ninguna condición de la sensibilidad ni fuese, por su parte, un fenómeno. Podríamos igualmente llamar al primero carácter de la cosa en la esfera del fenómeno y carácter de la cosa en sí misma al segundo”.

En suma, incluso si se asume que la conducción defectuosa de la vida es una condición o criterio válido de reproche (como seguro ocurre bajo algunos sistemas de normas morales), todavía sería necesario contar con un hecho externo en el que esa conducción defectuosa pudiera quedar explicitada. Así, el problema del empleo de tal criterio en un modelo de imputación jurídica no tiene que ver con la idea de que por la vía de su apreciación se renuncia a reprochar por un hecho, sino, más bien, que, dado un hecho antinormativo o un injusto jurídico-penal, la cuestión sería si la conducción defectuosa de la vida es un criterio que pueda fungir válidamente para atribuir culpabilidad jurídica. Con otras palabras: el problema no está en la ausencia de un hecho, sino en la eventual (in)validez de semejante condición como criterio de imputación jurídica.

Toda acción humana y externa tiene su origen, ahora en términos metafóricos, en el *fuero interno* del individuo⁸⁰³. Así, suele hablarse de que el delito *es* la “exteriorización de lo interno” o la “realización de uno mismo en el hecho”. Es posible afirmar, en este sentido, que cuando se atribuye responsabilidad por lo explícito se atribuye, al mismo tiempo, responsabilidad por lo implícito: por el modo de ser. Con el reproche y la sanción el derecho penal *también* (es decir, indirectamente) estaría declarando: “¡No se puede ser así!”. En este sentido, la ocurrencia de un hecho delictivo cuenta como un presupuesto necesario, pero que en sí mismo no cierra la puerta a buscar en el modo de vivir o en el carácter alguna vinculación con aquél⁸⁰⁴.

3.3. La cuestión sobre validez de los elementos de la personalidad como criterios de imputación jurídica

Como decíamos, con la invocación de criterios o del fundamento de una imputación tratamos de dar respuesta a la pregunta de *por qué* es posible (por estar justificado) atribuir responsabilidad. Es decir, con ella se invoca una regla que nos permite, como sujetos imputantes, tomar la decisión (jurídica en este caso) de hacer a alguien responsable por un hecho (jurídicamente no permitido). Con frecuencia, tales criterios sólo aparecen nominalmente establecidos en los ordenamientos jurídico-penales (por ejemplo: «dolo» o «imprudencia»). En ocasiones, una interpretación sistemática podrá suministraros algún elemento definitorio negativo (por ejemplo: la regla del «error de tipo» con respecto

⁸⁰³ Así, JAKOBS, *AT*, § 2/5, nota 2, advierte, frente a las objeciones que se formulan exhibiendo el principio del hecho, que “[t]odo hecho penal se inicia en la mente del autor y concluye en el mundo exterior”; *ibidem*, § 17/35 s.

⁸⁰⁴ Así, por ejemplo, DUFF, *Answering for Crime*, pp. 115 s.

del dolo)⁸⁰⁵. El resto es, básicamente, una construcción conceptual o definición estipulativa que generalmente tomará como base principios y valoraciones. Así, por ejemplo, del dolo sabemos que queda excluido cuando falta la consciencia de estar realizando las circunstancias relevantes de un tipo de la parte especial, y de ahí podemos inferir que la concurrencia de semejante conocimiento es una condición necesaria para el dolo. Qué haya de entenderse por conocimiento (mejor: representación) es otra cuestión. La regla de imputación rezaría entonces: corresponde imputar a título de dolo cuando el eventual autor haya *conocido* estar realizando las circunstancias que son relevantes para el tipo de delito concreto. Otro tanto ocurre en el nivel de la culpabilidad. No es posible imputar el injusto como culpable cuando concurre alguna de las causas que excluyen (en sentido amplio) la culpabilidad: la ausencia de capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión. De lo que se sigue que esta capacidad (también conocida como «*motivabilidad normal*») es condición necesaria para afirmar la culpabilidad.

Cuando estas capacidades están ausentes al momento de realizar el hecho en cualquiera de los dos niveles de imputación cabría todavía la posibilidad de atribuir responsabilidad, lo que, como vimos, habrá de tener lugar bajo la aplicación de distintos criterios de imputación. Así, si la relación entre el sujeto y el hecho no puede establecerse directamente a partir de condiciones cognitivas o psicológicas (lo que no quiere decir que tales condiciones sólo puedan ser empíricamente constatadas), entonces habrá de establecerse con ayuda de criterios normativos⁸⁰⁶. Aquí es donde puede verse amenazada

⁸⁰⁵ A esta conclusión puede llegarse también, a mi juicio, por otras dos vías; concretamente a partir de una interpretación sistemática de los textos legales *ex arts. 20.1º y 2º CP o 14.3 CP*. Que los primeros preceptos requieran como condición para atribuir responsabilidad que la capacidad del sujeto de “comprender la ilicitud del hecho” no esté afectada por alguna de las causas establecidas implica, como paso previo necesario, que el sujeto se haya representado de manera suficiente el hecho en cuestión. Y lo mismo ocurre con el “error sobre la ilicitud del hecho”. Es decir, para que un sujeto pueda motivarse con normalidad conforme a la norma de comportamiento concreta (consciencia o comprensión de la ilicitud del comportamiento proyectado) es condición necesaria que ese sujeto se represente la situación para la acción que habrá de calificarse como tal. Esta es la razón por la cual todo supuesto de error de tipo es, a su vez, un supuesto de error de prohibición. Y el conocimiento de la antinormatividad del hecho es presupuesto de la capacidad de motivación con arreglo a la norma. Pues, cuando está en juego el acceso epistémico al objeto ‘X es ilícito’, ¿cómo sería posible el acceso a una propiedad secundaria (ilicitud) sin un acceso previo a la propiedad primaria (hecho X) a la que superviene aquélla? No es posible. De ahí que quepa concluir que sólo si el sujeto conoce las circunstancias relevantes para la realización del tipo de delito tiene, a su vez, un motivo para formarse la intención de evitar su realización. En este sentido, MAÑALICH, *RD* (2011), p. 105. Sobre ello habremos de volver al tratar la estructura del error de prohibición vencible.

⁸⁰⁶ Que el dolo venga aparentemente definido en términos negativos por el código penal vigente no significa que no haya de seguir siendo normativamente construido. Más bien, su construcción deberá respetar lo dicho en la ley. En este sentido, el dolo también es un concepto normativo que cuenta con elementos descriptivos.

la (en ocasiones aparente) seguridad que proporcionan las reglas ordinarias de imputación, reforzada, según creo, por la relación de coincidencia que presuponen.

De hecho, siendo consecuentes con la segunda vía de entender la culpabilidad por la personalidad —esto es, por el hecho antinormativo, pero con base en criterios que invocan elementos de la personalidad del concreto autor—, un homicidio doloso cometido por una persona que, además de comprender el significado antinormativo de su acción, tiene hábitos o un carácter perverso habría de estar sometido a un mayor reproche que el mismo homicidio cometido por una persona que lleva una vida ordenada y pacífica. Pues en el primer caso, el hecho delictivo sería más propio de la personalidad del autor que en el segundo. De ahí que el planteo de ubicar elementos de la personalidad como fundamento de la atribución de responsabilidad jurídico-penal pueda tener más sentido —y, acaso, alguna legitimidad— ante la comisión imprudente de delitos o cuando la persona no dispone *in situ* de una capacidad suficiente de motivación.

Así, el escenario más favorable para acudir a elementos de la personalidad como posibles criterios de imputación se plantea sobre todo para los casos (designados en el presente trabajo como) de imputación extraordinaria⁸⁰⁷. No obstante, ello es independiente de semejante denominación, es decir, también la imprudencia en su formulación tradicional o los casos de *actio libera in causa* concebidos desde el modelo de solución del injusto típico son escenarios idóneos necesitados de una mayor normativización que pueden dar entrada a valoraciones sobre la personalidad del agente. En los supuestos que presentan semejante estructura de imputación compleja el punto central sobre el que gira la atribución de responsabilidad sigue siendo el hecho directamente lesivo para un bien jurídico (primer nivel de imputación) o la infracción de deber dolosa o imprudente (segundo nivel de imputación)⁸⁰⁸; uno y otro son, de hecho, objetos de imputación sucesivos. Ahora bien, la particularidad de esta estructura fáctica se encuentra en que la razón o fundamento por el cual se imputa responsabilidad no sea la posibilidad actual de evitar dicha lesión (“pudiste evitar porque conocías la situación y que evitar era tu deber”, rezaría el reproche definitivo), sino, más bien, el ponerse a sí mismo de manera responsable en una situación de inevitabilidad actual (y ello sea cual sea la razón normativa por la cual castigamos esa autopuesta en situación de ausencia de control se sí mismo).

⁸⁰⁷ En este sentido ya, BURKHARDT, *passim*; NEUMANN, *Zurechnung und «Vorverschulden»*, pp. 205 s.

⁸⁰⁸ En el primer caso nos referimos al tipo o injusto objetivo; en el segundo, al injusto subjetivo o personal.

Por tanto, un eventual criterio de atribución de responsabilidad con base en la conducción de la propia vida o el carácter ha de ser entendido —y, en su caso, asumido— como un criterio que opere de manera subsidiaria respecto de los criterios de capacidad (actual) de acción o capacidad (actual) de motivación. Esto significa que en el momento de posibilidad de evitación actual el sujeto se encuentre en estado de defecto y que sea ese estado lo que constituya el objeto de atribución sobre la base de un criterio de imputación biográfico. De ahí que se sostenga que, frente a la inexistencia de un deber que opere de manera clara en el ámbito previo al de la acción lesiva en estado defectuoso, la figura de la culpabilidad por la conducción de la propia vida pueda desplegar efectos y aportar criterios de imputación⁸⁰⁹.

Un repaso por la literatura jurídico-penal confirma que el recurso a las formas de culpabilidad por la personalidad ha sido la estrategia seguida sobre todo para conciliar los casos de culpa inconsciente y por asunción, error de prohibición evitable y *actio libera in causa* (en sentido estricto) con el principio de culpabilidad⁸¹⁰. Y lo mismo puede estar ocurriendo, como se vio, con el *criterio* de la ignorancia deliberada o la indiferencia frente a los hechos o el derecho. De ahí que contra la decisión de recurrir a la figura de la imputación extraordinaria o al empleo de la noción de incumbencia sea común formular la objeción (en ocasiones poco reflexiva) de que tal proceder se estaría aproximando peligrosamente a un derecho penal de autor, “en tanto que el punto neurálgico de atribución de responsabilidad no se halla ya en el hecho culpable, sino en la voluntad o personalidad del autor”⁸¹¹.

Dicho esto, el principal problema al que a mi juicio se enfrentan las formulaciones de la culpabilidad *por* la personalidad es que el establecimiento de las propiedades o rasgos del carácter o el modo de vida presupone un concreto sistema de valores (expreso o no). Así, del mismo modo que, como vimos, puede asignarse una relevancia ética o jurídica a las propiedades constitutivas del ser-persona (*Personalität*) —esto es, a su capacidad de responsabilidad y a su empleo en el momento oportuno—, puede asignarse también

⁸⁰⁹ En este sentido, SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad*, p. 127, nota 33, quien apunta a la doctrina aristotélica de los hábitos y modos de ser.

⁸¹⁰ La culpabilidad de la culpa inconsciente reside “en una falta reprochable del carácter” (WELZEL, *Deutsches Strafrecht*, 11ª ed., pp. 149-151, 160); EXNER, *Das Wesen*, pp. 95 ss.; ENGISCH, *Untersuchungen*, 452 ss., 465 s.; STRATENWERTH, *Vermeidbarer*, pp. 491 ss., y *passim*;

⁸¹¹ ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, p. 29, quien describe la estructura de imputación extraordinaria como el intento de establecer la responsabilidad por una acción realizada sin capacidad de motivación normativa, en virtud de una situación de culpabilidad previa. En contra, DUFF, *Answering for Crime*, p. 118.

relevancia a elementos de la personalidad de la concreta persona (*Persönlichkeit*). La cuestión es si un derecho —y el derecho penal en concreto— concebido en términos liberales, incorpora, o puede hacerlo, un sistema de valores que tome como referencia, no sólo a la acción humana y las capacidades situacionales del sujeto y su ejercicio, sino también a la personalidad individual, es decir, si incorpora algo así como una ética de la virtud o del carácter. De ser así, los juicios de culpabilidad jurídico-penal integrarían un juicio *directo* —y con directo nos referimos a fundante— del reproche o desaprobación sobre la personalidad defectuosa del culpable. Y la razón por la que esto pudiera ser cuestionado es, de entrada, obvia: un derecho penal liberal no puede reprochar con base en (*por*₂) una forma de vida “incorrecta” o “defectuosa” porque tampoco puede imponer o establecer una forma de vida “correcta” o “no defectuosa”. Nos dice, eso sí, que las normas jurídicas han de ser cumplidas, y que ello requiere del sujeto una determinada “disposición jurídica mínima”⁸¹². Formulado en otros términos: una disposición mínima para seguir las normas jurídicas.

A esta consideración no ayuda el uso inflacionario de expresiones que todavía hoy seguimos empleando —en ocasiones con un mero sentido metafórico— en el contexto de los criterios de imputación jurídico-penal. En mi opinión, esto es lo que ocurre cuando para designar al autor y la razón (¡indistintamente!) por la cual cabría imputarle un hecho se hace uso de expresiones del tipo “indiferente”, “desconsiderado”, “insensato”, “despreocupado”, “desaprensivo”, “desleal”, “enemistado”, “infiel”, “escrupuloso”, “sujeto especialmente descuidado” e, incluso, “imprudente”, etc.⁸¹³ Está claro que pueden ser esta clase de actitudes o rasgos los que efectivamente emerjan o se vean exteriorizadas en los hechos delictivos como parte de la subjetividad de un agente. En este sentido, el problema de tales expresiones no es únicamente que se recurra a un modo de ser, sino que, además, no aparecen definidas por parte alguna, aludiendo en ocasiones más a un emotivismo arbitrario de quien las emplea que a un fundamento comprensible de imputación jurídica. Además, todas ellas nos remiten a atributos o rasgos personales que no siempre estarán relacionados con las capacidades actuales del agente, o con la acción, sino, en su caso, con la razón de la ausencia *in actu* (o disposición *in actu*, pero ausencia de ejercicio) de tales capacidades y su relación con la personalidad del sujeto. Y, entonces,

⁸¹² En este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, *InDret Penal* 2/2011, pp. 27 ss.

⁸¹³ Sobre la remisión que suele hacerse en el derecho penal a referencias que se aproximan sospechosamente a un derecho penal de la personalidad, véase, en detalle, KÜHL, *Recht und Moral*, pp. 144 ss., esp. 163 ss., donde ofrece un interesante listado de expresiones clasificado a partir de las categorías de la teoría del delito en cuyo seno son empleadas.

el empleo de tales expresiones habría de ser entendido como fundamento inmediato (“directo”, decíamos) de la atribución de responsabilidad (por imprudencia, por culpabilidad *disminuida*). Esta vía parecería ir encaminada al establecimiento de una responsabilidad orientada por aspectos que tienen que ver más con la ética de la virtud⁸¹⁴.

Una segunda vía para emplear tales expresiones trataría de designar con su uso la subjetividad personal que emerge con la acción —cualificándola— y que es susceptible de quedar de algún modo social, ética o jurídicamente objetivada. Lo que se pretende decir entonces con que un delito va unido al carácter de quien lo comete —y aquí yace, a mi modo de ver, la única vía posible de introducir el carácter o la personalidad de la concreta persona en el lenguaje de la responsabilidad jurídico-penal—, no es tanto que aquél quede fundamentado por éste, sino, más bien, que el delito es declarativo del carácter del sujeto. El carácter no es que opere como *fundamento* directo de la responsabilidad, sino que se *infiere* de la manifestación en que consiste el delito *una vez atribuido a la persona responsable*⁸¹⁵. Por tanto, la idea según la cual a la persona que actúa y que elige se le presupone un carácter no compromete a uno a culpar a la persona por su carácter. En este sentido, que los rasgos del carácter hayan podido ser elegidos en mayor o menor medida por el sujeto no es relevante, pues el carácter no tiene la función de fundamentar (al menos no jurídicamente) la atribución de responsabilidad, sino una función (hasta donde alcanzo) mucho más modesta: indicar que si responsabilizamos jurídicamente de un hecho delictivo a una persona (ya imputado personalmente como tal), entonces ese hecho le pertenece porque en ese hecho se realiza su propia identidad⁸¹⁶.

⁸¹⁴ Cfr. STOPPENBRINK, *Verantwortung*, p. 325, quien distingue entre una acción particular imprudente e imprudencia como rasgo del carácter. En una teoría de la virtud, la extensión del concepto ‘imprudencia’ no se remite a acciones, sino al carácter de las personas, de modo que no se diría que la acción del agente es defectuosa, sino, antes bien, que el agente es defectuoso (Ibidem, p. 89).

⁸¹⁵ De modo similar, DUFF, *Answering for Crime*, p. 119; Moore, *Placing Blame*, pp. 548 ss., 616, con nota 7; similar, BURKHARDT, *Vom Nutzen und Nachteil*, pp. 87 ss.; MAÑALICH, «Determinismo, autonomía y responsabilidad penal», en Kindhäuser/Mañalich, *Pena y culpabilidad*, pp. 197 ss. En contra, por ejemplo, WILENMANN, *Freiheitsdistribution*, pp. 51 ss., 54 s., aunque, hasta donde alcanzo, sin reparar, en su crítica a Mañalich, en la distinción entre personalidad como *fundamentación directa* de la responsabilidad y personalidad como *inferencia* del delito atribuido. Pues no todo lo que explica, justifica.

⁸¹⁶ En este sentido, véase Art. KAUFMANN, *Schuldprinzip*, p. 193, en su crítica a los planteamientos de Karl Engisch y Eberhard Schmidt, señala: “en estos casos, la culpabilidad por el carácter no indica más que al autor le será reprochado que es alguien que ha hecho «algo así», esto es, es idéntica a la culpabilidad por el hecho particular. El concepto de culpabilidad por el carácter o culpabilidad por la personalidad es entonces completamente superfluo y sólo puede inducir a error”. En el contexto angloamericano, similar, DUFF, *Answering for Crime*, p. 119; DAN-COHEN, *Harmful Thoughts*, pp. 209 s., al sostener que cabe esperar que el propio historial personal previo de reacciones, identificaciones y desapegos (la personalidad, en definitiva) se manifiesten en la específica reacción momentánea. De hecho, si el comportamiento de uno se aleja mucho del patrón característico de uno mismo, ese alejamiento provee de una razón para descartar el

En suma, los motivos o razones que llevaron a una persona a eliminar su estado de capacidad general para seguir la norma, y que pueden ser declarativos de una determinada personalidad individual, no pueden válidamente constituir ni el objeto de imputación, ni un criterio de imputación en un derecho penal de la culpabilidad por el hecho, el cual, además, tampoco puede tomar como base del reproche el carácter o la conducción de la vida de los ciudadanos. En todo caso, restaría por analizar si determinados motivos pueden ser tenidos en cuenta como elementos cuya consideración posterior a la imputación pueda arrojar la necesidad de un mayor merecimiento de pena. La fidelidad a derecho no exige de nosotros una personalidad concreta o un modo de vivir. No puede.

Por tanto, la imputación extraordinaria (o *actio libera in causa*), si bien implica una excepción al principio de coincidencia (*impossibilium nulla est imputatio*), no significa necesariamente una excepción al principio de culpabilidad por el hecho.

4. Imputación extraordinaria: razones de su menor reproche en tanto operación de atribución de responsabilidad

Entonces *¿por qué razones* imputamos o atribuimos responsabilidad en cada caso? Independientemente del nivel de imputación en el que nos encontremos⁸¹⁷, y presupuesta la realización típica como objeto de imputación, existe una diferencia evidente entre atribuir responsabilidad personal *porque*: a) disponiendo el sujeto en el momento relevante para la decisión de las capacidades que el derecho estima necesarias para seguir la norma, el sujeto no ejerció esas capacidades en pos del seguimiento de la norma, y; 2) no disponiendo el sujeto en el momento relevante para la decisión de las capacidades que el derecho estima necesarias para seguir la norma, pudo y le fue exigible asegurar la propia capacidad de seguir la norma. Aquí se comparte el paradigma de la culpabilidad que toma como base la idea de que la responsabilidad personal sólo puede ser atribuida de manera justa cuando ciertas capacidades individuales pueden ser comprometidas con la acción. En los casos de imputación extraordinaria que aquí interesan, el autor elimina o no asegura una capacidad que es relevante para la sanción (y para el seguimiento de la

evento como una desviación y, por tanto, para alejarse uno mismo del evento. No obstante lo cual —prosigue—, el acaecimiento de semejante reacción desviada puede adquirir una significación diferente con el tiempo. Por ejemplo, si tales “desviaciones” empiezan a repetirse, es posible que tengan que ser incorporadas en la imagen siempre revisable del yo y así cambiar su constitución (ibidem, nota 19).

⁸¹⁷ Si nos encontramos en el nivel del injusto la atribución de responsabilidad será provisional y si nos encontramos en el nivel de la culpabilidad la atribución será definitiva.

norma). Es, por tanto, una capacidad cuya disposición situacional es esperable en tanto persona en derecho (con capacidad de responsabilidad)⁸¹⁸. Por tanto, si asumimos que el derecho asigna (o debería hacerlo según nuestra propuesta) a cada uno de estos *criterios* una relevancia normativa distinta para la imputación de la realización típica, entonces no parece que sea posible equiparar el segundo criterio con el primero en función de las razones que llevaron al sujeto a provocar su propio defecto de imputación⁸¹⁹.

Con ello no pretende excluirse la relevancia de tales razones (por ejemplo: el armarse de valor para cometer un delito, la indiferencia hacia los hechos o el derecho, la desconsideración, etc.), sino simplemente negarles el estatus de *criterio de imputación*. A mi modo de ver, esa clase de razones podrían ser añadidas como consideraciones o indicios ulteriores de mayor o menor merecimiento, pero sólo una vez imputada la realización típica en virtud de un criterio ordinario o extraordinario (en el injusto o la culpabilidad). De este modo, por ejemplo, lo que sea imputado por dolo, no podrá pasar a ser considerado imprudente en virtud de valoraciones posteriores a la imputación; y, viceversa, lo que sea imputado como imprudencia, no podrá pasar a ser considerado doloso en virtud de valoraciones posteriores a la imputación. Pues no tendría sentido tematizar la imprudencia si se satisfacen los requisitos del dolo; o si, en defecto de los estipulados para éste, se satisfacen los de la imprudencia. Es decir, se parte de la idea, como vimos hace Sánchez-Ostiz, de que imputar y valorar son dos operaciones normalmente necesarias en la operación de atribuir (imputar) y medir (valorar) la responsabilidad. Sin embargo, a diferencia de lo sugerido por este autor, se considera que el criterio de imputación establece un límite normativo (un marco de merecimiento, podría decirse) infranqueable para la ulterior medición de la responsabilidad.

Así, en la medida en que los criterios de imputación son fundamentos directos de atribución de responsabilidad incorporan, como tales, una primera medición del reproche. Es decir, toda operación de imputación supone ya una *medida-base* provisional (en el nivel del injusto) o definitiva (en el nivel de la culpabilidad) de responsabilidad. Así ocurre, por ejemplo, con el dolo y la imprudencia. Estos criterios presuponen ya una *unidad de medida* normativa (en el sentido de juridificada) de la *magnitud* “responsabilidad jurídico-penal”, en tanto atributo o propiedad medible. En clave

⁸¹⁸ Similar, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 127.

⁸¹⁹ Salvo que, como apuntamos, se reduzca la imputación jurídico-penal a un juicio de reproche sin base fáctica alguna. Por ejemplo, a un desconocimiento reprochable que otorga persistencia a la necesidad de imputar dolo.

dogmática, marcan los límites superiores e inferiores del marco penal abstracto. Una vez establecida (vía imputación) esta unidad de medida básica o fundamental, podrían admitirse en su interior otras medidas, que entonces pasarían a ser designadas como *unidades de medida complementarias* de aquélla, y que, por tanto, tendrían la capacidad de alterar, en el marco jurídicamente estipulado de la medida fundamental, la medida de la magnitud. En clave dogmática, si el dolo constituye una unidad de medida básica, una vez imputado un hecho antinormativo en virtud de responsabilidad dolosa, semejante magnitud admitiría alteraciones a partir de datos que pudieran ser considerados como unidades de medida derivadas; por ejemplo, el propósito (dolo directo)⁸²⁰.

Pues bien, esto mismo ocurre con la otra unidad de medida fundamental: la imprudencia (en el injusto). Una vez atribuida responsabilidad por imprudencia, esto es, en defecto de las capacidades cognitivas y físicas suficientes y en virtud de la infracción imputable de una incumbencia cuyo cumplimiento le hubiera permitido asegurar tales capacidades, la responsabilidad podría ser ulteriormente medida a partir de unidades que podemos considerar derivadas. A modo de ejemplo, la indiferencia frente a los hechos o la cualidad de la exigencia infringida podrían ser unidades de medida derivadas susceptibles de alterar la magnitud representada por la responsabilidad por imprudencia⁸²¹.

En suma, en los casos particulares que presentan la estructura fáctica subsumible en la regla de la imputación extraordinaria es necesario distinguir analíticamente entre dos cuestiones: 1) si el sujeto pudo y le fue exigible asegurar o mantener las capacidades necesarias para el seguimiento general de la norma, y; 2) las razones (que cuentan como) internas por las cuales el sujeto no aseguró o mantuvo tales capacidades necesarias⁸²². Lo primero opera como criterio de imputación extraordinaria. Lo segundo operaría, en su caso, como una consideración o indicio ulterior de merecimiento en el interior de la

⁸²⁰ Esto no supone una toma de postura afirmativa sobre la cuestión de si los diferentes grados del dolo pueden incidir en la decisión cuantitativa de la pena, sino que se trata de apuntar semejante posibilidad en el marco del modelo de imputación que se propone. En contra de tal posibilidad, por ejemplo, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, pp. 180 ss. Una exposición de la discusión se encuentra en, BESIO HERNÁNDEZ, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, 2011, pp. 299 ss.

⁸²¹ En un sentido similar, aunque sin desarrollarlo, KINDHÄUSER, *FS-Eser*, pp. 357 s., quien además lo justifica en que ello (la indiferencia, en su caso) podría ser considerado un indicio, adicional a la imputación por imprudencia, de un mayor déficit personal de fidelidad a derecho.

⁸²² En el mismo sentido, HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 322 (error de prohibición), p. 330 (error de tipo). Sin embargo, este autor pretende de este modo separar la *existencia* de una *Obliegenheit* de la *infracción* de esa *Obliegenheit*.

medida de responsabilidad que marca el criterio de imputación extraordinaria, pero nunca como un criterio corrector de éste.

Ambas operaciones son aplicables también a la categoría de la culpabilidad. En primer lugar, la cuestión sobre el mayor o menor reproche implícito en la imputación según se opere a partir de criterios ordinarios o extraordinarios, respectivamente, se presenta —por lo que aquí interesa—, en dos casos: i) el error de prohibición evitable con respecto al conocimiento del carácter antinormativo de la propia conducta; ii) la provocación responsable de una causa de inimputabilidad con respecto a la comprensión o capacidad de motivación por la norma. En segundo lugar, las razones personales que llevaron al sujeto a no asegurar en una medida exigible la capacidad de conocer y motivarse por la norma. Pues no es lo mismo buscar el estado de incapacidad para cometer una infracción que buscar la acción que lleva aparejada una pérdida de capacidad.

Respecto de lo primero, aquí se entiende, desde una perspectiva crítico-normativa, que en uno y en otro caso la atribución de responsabilidad (definitiva) operada a partir de criterios extraordinarios debería incorporar un menor reproche. En el ámbito del error de prohibición, del mismo modo que en el nivel del injusto —donde el límite normativo inferior para imputar la infracción de un deber (o afirmar un injusto) se encuentra en la imprudencia—, en el nivel de la culpabilidad el límite normativo mínimo para poder atribuir culpabilidad por el injusto se encuentra en la posibilidad de conocer el carácter antinormativo del hecho. Obviamente, si el conocimiento potencial (exigible) cuenta como criterio mínimo de imputación de culpabilidad, también lo hará el conocimiento o comprensión del injusto cuando adquiera el grado de eventual o actual. La cuestión es, entonces, si, partiendo del hecho de que los tres estados fungen como criterios de culpabilidad, puede equipararse a efectos de fundamentar el reproche (y, por consiguiente, a efectos penológicos), la ausencia de conocimiento asociada a su posibilidad (y exigibilidad) —imputación extraordinaria— y el conocimiento eventual en tanto conocimiento del injusto efectivamente presente —imputación ordinaria—.

Por lo que hace a la segunda cuestión, apreciada la regla de imputación del error de prohibición evitable, el desconocimiento será considerado evitable en la medida en que el sujeto sea responsable de él. Pero la responsabilidad por el desconocimiento no se encuentra en que el sujeto muestre indiferencia o despreocupación por el derecho, sino que se toma como base una decisión concreta de la que es responsable: la decisión de no observar una exigencia de cuidado (de información o averiguación) que le hubiera puesto en posición de actuar con consciencia del significado jurídico de su conducta. Si esa

infracción de una exigencia de cuidado obedece a (o muestra) una especial actitud de infidelidad a derecho que merezca ser considerada a efectos de reproche es una cuestión diferente al criterio de imputación extraordinaria aplicable y que, en su caso, habrá de ser tenida en cuenta posteriormente en fase de individualización de la pena⁸²³.

La aplicación de las dos operaciones de análisis a los casos de provocación responsable de una causa de inimputabilidad resulta, de entrada, más problemática. En mi opinión, ello obedece, en parte, a la particularidad de la regulación legal española. Tanto el art. 20.1º (trastorno mental transitorio) como el art. 20.2º CP (intoxicaciones) introduce lo que parecen ser tres criterios alternativos de excepción a la regla general de exención de responsabilidad aplicable a los casos en los que el sujeto está sumido en un estado de incapacidad de culpabilidad (inimputabilidad)⁸²⁴. Sobre ello volveremos al tratar el modo de operar de la figura de la *actio libera in causa* en la categoría de la culpabilidad.

Lo que resta por responder ahora es la pregunta crucial: ¿por qué razón toda forma de imputación extraordinaria de la realización de un tipo penal debería de ir acompañada (o suponer) un menor reproche en comparación con *la misma realización típica* imputada de forma ordinaria?⁸²⁵ La razón que ofrecemos es la siguiente: en primer lugar, para el éxito de la imputación extraordinaria aplicada al derecho penal la infracción imputable de una incumbencia es un elemento constitutivo⁸²⁶. Por tanto, en caso contrario, no se constituye relación de imputación alguna⁸²⁷. Y la infracción imputable de una incumbencia justifica, en cualquiera de los dos niveles de imputación en los que se haya constatado un defecto de imputación, un reproche menor frente a los reproches por un

⁸²³ Sobre ello volveremos al tratar con más detalle el error de prohibición evitable como instancia de imputación extraordinaria.

⁸²⁴ En este sentido, para la legislación alemana, pero sin base positiva, fundamental, HRUSCHKA, *JZ* (1996), p. 65 s.; EL MISMO, *JZ* (1997), p. 26. Como vemos, que tales reglas pueden ser caracterizadas como reglas de excepción a la regla general de exclusión de la culpabilidad —lo que es rechazado por parte de la doctrina española (Demetrio, Alcácer)— se deja ver en el marco de la discusión alemana, en la cual, el sector doctrinal que representa el rechazo del denominado modelo de la excepción invoca, precisamente, el principio de legalidad, en la medida en que semejante *regla de excepción* no está prevista legalmente. Al respecto, por ejemplo, ROXIN, *ADPCP* (1998), pp. 25 ss.

⁸²⁵ Antes cabe advertir que *la* imputación extraordinaria activada por la ausencia de condiciones personales (subjetivas) ordinarias de imputación suponga ya un menor reproche de responsabilidad no significa que *toda* estructura de imputación extraordinaria conlleve la misma consecuencia. Esto es, no se trata de una consecuencia conceptual de la imputación extraordinaria. Me refiero aquí a los planteamientos que conciben la autoría mediata o la coautoría como estructuras de imputación extraordinaria, las cuales, no obstante, no integran el objeto de la presente investigación. Al respecto, véase, MAÑALICH, *Norma*, pp. 79 ss., 127 ss.

⁸²⁶ Cfr. HRUSCHKA, *Recht auf Rausch*, p. 301.

⁸²⁷ Sobre la especial relación entre la imprudencia consciente y la imprudencia inconsciente a los efectos de lo mantenido en el texto habremos de volver.

ejercicio deficiente de una capacidad de evitación intencional: i) por el no ejercicio de capacidades disponibles para evitar la realización del tipo (primer nivel de imputación), y; ii) por el no ejercicio de capacidades disponibles para la formación de manera eficaz para la acción del motivo de evitar la realización del tipo (segundo nivel de imputación). Que esto es así puede ser derivado de la distinta actitud práctica de orden superior frente al derecho que se infiere del quebrantamiento imputable de una norma de comportamiento según que la imputación sea a partir de criterios ordinarios o a partir de criterios extraordinarios.

En este sentido, cabe entender que la comisión de un hecho punible consiste en una toma de postura por una imagen evaluativa de uno mismo a través de la cual una persona determina lo que es y quiere ser⁸²⁸. Es, por tanto, construcción de la personalidad individual del autor⁸²⁹. Y ello significa, para las situaciones en las que en el momento relevante para la decisión *evaluativa* el individuo no dispone de las capacidades que nos permiten atribuirle autonomía personal (capacidad de responsabilidad), que la decisión de adelantar a un momento anterior el fundamento de la imputación sólo puede resultar plausible en la medida en que, a su vez, sea reconocible en ese momento un posicionamiento evaluativo del sujeto con respecto a la relación jurídica que está por afectar (Hegel). Esto es, debe tratarse de una provocación de una ausencia de capacidad de culpabilidad que muestre una negación del ordenamiento jurídico relevante para el derecho penal⁸³⁰. Y es evidente que ese posicionamiento práctico-evaluativo (esa actitud proposicional de orden superior, podríamos decir) respecto de la relación jurídica (esto es, la realización del tipo y la norma de comportamiento) que le vincula mediatamente no puede ser declarativamente idéntico al que tendría lugar en el momento del hecho con disposición de capacidades. En clave dogmática: no presenta la misma actitud respecto de la realización típica (y, por tanto, frente al ordenamiento jurídico) quien actúa dolosamente que quien actúa imprudentemente, o quien actúa siendo consciente de la antinormatividad de su conducta que quien los hace sin disponer de manera evitable (y exigible) de la consciencia de ello. Por tanto, la distinta actitud o posicionamiento situacional manifestado por medio de la comisión de un hecho punible, y que queda

⁸²⁸ Formalmente similar, KÖHLER, *AT*, pp. 353 s., quien recurre a la noción (de base aristotélica) «*Norm-Unrechtshaltung*». La cuestión de si esa determinación de lo que uno quiere ser está más o menos condicionada por factores externos no es una cuestión que ahora reclame interés.

⁸²⁹ No lo es, en cambio, la contrariedad a una norma no susceptible de ser personalmente imputada. En los mismos términos, GÜNTHER, *Schuld*, p. 103.

⁸³⁰ Así, desde el modelo de la extensión, STRENG, *ZStW* (1989), pp. 273, 310 ss.

objetivado no sólo en el hecho antinormativo, sino sobre todo a partir de los criterios que operan en sede de imputación jurídica, es demostrativo (no directamente fundante) del distinto reproche⁸³¹.

Y si bien es cierto que responsabilizar a una persona por su acción supone asumir que esa acción indica *algo* (¿el carácter?) sobre la persona que afecta una relación jurídica de la que es parte, lo que habrá de llevarnos a entender esa relación de un modo que refleje esa afectación⁸³², no creo que ello haya de ser entendido en términos de responsabilizar por la personalidad individual, sino, en otro sentido, porque la personalidad que emerge con la acción no es consistente con la personalidad jurídica⁸³³. Es decir, no interesa el contenido de la personalidad, sino que ese contenido no realiza la personalidad jurídica. Dicho de otro modo: el reproche no consiste en la desaprobación de una actitud interna, sino de una actitud manifestada que queda jurídicamente objetivada. Según creo, un sentido similar encierra las palabras de Arthur Kaufmann al apuntar que, “entre los componentes del hecho y los de la personalidad de la culpabilidad jurídica existe una tensión polar (...) la culpabilidad por el hecho es la positividad de la culpabilidad por la personalidad; es esa parte de la culpabilidad por la personalidad que sólo es relevante para aquélla: la comisión culpable del hecho”⁸³⁴.

III. Conclusiones

En el *Capítulo Quinto* se ha tratado de argumentar que el principio de culpabilidad, como tal, debe ofrecer los parámetros normativos que fundamenten y limiten la intervención de la violencia estatal, esto es, de la pena⁸³⁵. Los desarrollos en las teorías éticas normativas pueden servirnos de ayuda. En cualquier caso, una de las reglas o subprincipios del

⁸³¹ De modo similar, JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, p. 95: “dolo, imprudencia, y, al menos cognoscibilidad del injusto, por ello no tiene *per se* significación jurídico-penal —*per se*, de lo que se trata es de hechos o disposiciones psíquicas, es decir, de naturaleza—, sino en cuanto indicador del elemento en el que culmina la imputación jurídico-penal: falta de fidelidad al ordenamiento jurídico”. A este respecto, en la actualidad suele apelarse, como es sabido, a que entre el cuestionamiento o desautorización de la norma de quien actúa dolosamente y de quien lo hace de manera imprudente media una distinción cualitativa que justifica una respuesta menos grave para estos últimos.

⁸³² Cfr. SCANLON, *Moral Dimensions*, pp. 122 s.

⁸³³ De modo similar, explica la categoría de la exculpación como el reconocimiento jurídico de un margen de “inconsistencia práctica” con el concepto de persona fiel a derecho, MAÑALICH, *InDret Penal*, 1/2013, esp. pp. 20 ss.

⁸³⁴ Art. KAUFMANN, *Schuldprinzip*, p. 195.

⁸³⁵ Cfr. ACHENBACH, *Grundlagen*, pp. 3 s.

principio de culpabilidad consistiría en someter la imputación al UPNO (o INEI). Que esto es así, no sólo es reconocido por las reglas jurídicas de imputación, sino que además es un principio de una ética deontológica. En cuanto a lo primero, el concepto de persona que es presupuesto por las reglas jurídicas de imputación, ahora ordinarias, requiere del individuo susceptible de recibir semejante designación la capacidad de seguir la norma al momento del hecho. Aunque es polémico, la regulación de los errores o de las causas de inimputabilidad ofrece, como vimos, elementos negativos de lo que deba ser entendido jurídicamente como dolo. No actúa con dolo quien no conoce (quien yerra) un elemento constitutivo de un tipo penal. Lo que implica la capacidad situacional de representarse los hechos. Sólo entonces el derecho penal puede esperar que, dada esta capacidad, se actúe conforme a lo que exige la norma para la situación. O, dicho de otro modo, que se forme la intención de evitar la realización típica. Esta primera regla del principio de culpabilidad puede ser denominada, siguiendo a Mackie, como «regla directa de responsabilidad» («*straight rule of responsibility*»)⁸³⁶.

No obstante, tanto la ley como los juicios morales ordinarios pueden distanciarse en cierta medida de la regla estricta, que aquí asociamos a la *regla de imputación ordinaria*. Una excepción a esta regla o subprincipio no tiene por qué vulnerar el principio de culpabilidad si desde ya se admite la regla —o el subprincipio—, según la cual la provocación responsable de un defecto de incapacidad tendrá como consecuencia jurídica la no exención de responsabilidad por la falta de tal capacidad. Formulado de otro modo: la responsabilidad personal por un hecho antinormativo (nivel injusto) o por una infracción de deber (nivel culpabilidad) cuando falta una condición ordinaria de imputación subjetiva (en sentido amplio) requiere responsabilidad subjetiva por la falta de esa condición. Esta regla puede ser denominada «*regla excepcional de responsabilidad*». Aceptar esta regla es, desde una perspectiva conceptual y normativa, incompatible con la regla directa de responsabilidad. Pero de eso se trata cuando establecemos excepciones a la regla, de una falta de adecuación a ésta. Sin embargo, la cuestión que interesa plantear no es si la regla estricta de responsabilidad permite una regla excepcional de responsabilidad, sino, más bien, si el principio de culpabilidad la permite. Esto es, si permite formular un reproche de culpabilidad cuando, faltando al momento del hecho una condición subjetiva o personal de imputación ordinaria, se apoya

⁸³⁶ Cfr. MACKIE, *Ethics*, pp. 208 ss. En este sentido las palabras de ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 1109b30-1110a2: “mientras que las [acciones] voluntarias son objetos de alabanzas o reproches, las involuntarias lo son de indulgencia y, a veces, de compasión (...) Parece, pues, que cosas involuntarias son las que se hacen por fuerza o por ignorancia”.

en una acción previa que no coincide temporalmente con la realización típica. De ser así, la regla excepcional de responsabilidad —la imputación extraordinaria— habrá de ser considerada una excepción a la regla estricta —la imputación ordinaria—, pero conforme con el principio de culpabilidad. Esto es lo que ya ocurre, por lo demás, con la admisión como concreción del principio de culpabilidad penal de los subprincipios de dolo y culpa.

A partir del establecimiento de dos reglas de atribución diferentes respetuosas, bajo ciertas condiciones, con el principio de culpabilidad, es necesario advertir de dos aspectos: 1) los presupuestos de responsabilidad son distintos; 2) la aplicación de una u otra regla, acordes con una noción normativa del juicio de culpabilidad, no puede tener el mismo significado de reproche. En cuanto a lo primero, no se trata de adelantar o buscar en el momento previo la capacidad situacional del sujeto de motivarse por la concreta norma de comportamiento. Más bien, es una renuncia a tales presupuestos como condiciones del juicio de reproche⁸³⁷. En relación con lo segundo, ambos supuestos de aplicación implican un juicio de reproche (de culpabilidad), pero la cualidad del reproche no puede ser la misma, salvo que se proponga equiparar axiológicamente los criterios que operan en uno y en otro caso, lo que aquí es rechazado. La equivalencia, sin embargo, sólo puede llevarse a cabo a costa de diluir la distinción conceptual (y normativa) entre regla estricta de responsabilidad y regla excepcional de responsabilidad y, por tanto, la distinción entre imputación ordinaria y extraordinaria. Y esto es posible siempre que el déficit se deba a un desvío de un estándar de cuidado o atención exigible. Veamos, entonces, en qué consiste la incumbencia y su infracción como elemento fundamental de la imputación extraordinaria.

⁸³⁷ En este sentido, NEUMANN, *FS-Arthur Kaufmann*, p. 592.

CAPÍTULO SEXTO. EL FUNDAMENTO DE LA IMPUTACIÓN EXTRAORDINARIA

I. Introducción

La posibilidad de asumir la figura de la incumbencia y su infracción como fundamento de toda imputación extraordinaria pasa por la *construcción* de un concepto propio que respete la intuición que ha llevado a importarlo (si es que ello ha de tener alguna implicación). En tal sentido, podría ser lícito hablar de construir un concepto a medida para cumplir una función: la posibilidad de restablecer la imputación jurídico-penal. Es decir, no es que exista un concepto jurídico tal, sino que parece posible su construcción *ex novo* para la función que le asignemos. La condición previa es tener identificada y delimitada la problemática, tanto el déficit conceptual del que surge la necesidad (*condición teórica de posibilidad*) como la porción de la realidad a la que iría referida —para explicarla o comprenderla— la figura (*condición práctica de posibilidad*). Por tanto, se trataría de construir algo que sirva para explicar o comprender mejor un problema. Y, de afirmarse tal capacidad, podría adoptarse el concepto para el conjunto de categorías, concediéndole un estatus dentro del sistema de la teoría del delito. Es posible afirmar, de forma un tanto provocadora, que la *Obliegenheit* puede ser lo que el teórico quiera que sea. No obstante, todo ello no ha de desconocer que la prueba de corrección definitiva para una teoría o un constructo es, según creo, su rendimiento explicativo.

Como cualquier problema categorial vinculado a la teoría jurídica del delito, el de las incumbencias necesita ser tratado desde dos enfoques distintos. Así, si la cuestión es analizar el encaje que puede tener una figura en un sistema ya construido, entonces un primer enfoque ha de ser de carácter sistemático y estructural, que atienda, por un lado, a la necesidad que pueden cubrir, concretamente en la reconstrucción o constitución del hecho punible (que es de lo que trata la teoría del delito); y, por el otro, a la relación lógico-estructural de la figura con el resto de los conceptos y las categorías del sistema. De ello resultará, en su caso, una ubicación sistemática para la figura. Un segundo enfoque de carácter material, referido al problema normativo subyacente, que no es otro que el de las razones por las cuales hacerse responsable de los propios defectos de imputación. Aquí habrá de considerarse la fuente para determinar el contenido y la

medida de aquello que puede exigirse a las personas en tanto destinatarias de normas; esto es, fuente de la exigencia que designamos como *incumbencia*⁸³⁸.

Sin embargo, una de las cuestiones claves sobre el tema parece integrar ambos enfoques. Tal cuestión se refiere a la más que posible relación que existe entre esa eventual necesidad conceptual y el problema normativo subyacente. Es decir, exige dar una respuesta a la pregunta de si la adopción de una nueva figura conceptual, como pueden ser las incumbencias, implica un tratamiento distinto del problema. Con otras palabras, si ello conlleva una resolución distinta de los problemas. Este sería el caso, por ejemplo, si la recepción de las incumbencias permitiese la ampliación del fundamento y/o del objeto de imputación. Lo que, en principio, parece conducir a la justificación de una mayor incriminación de conductas.

A todas estas cuestiones subyace la incertidumbre de si la noción de incumbencia permitiría aportar claridad jurídica y mejor fundamento a todos los casos problemáticos. Una cosa debe quedar desde ya clara: los ámbitos sistemáticos que parecen más idóneos para adaptar esta figura son los que se reúnen bajo el *topos* de incapacidad o defecto de imputación. Vimos que estructuralmente es posible distinguir varias situaciones de esta clase: error de tipo (imprudencia), error de prohibición, incapacidad de acción e incapacidad de culpabilidad (*actio libera in causa*) y provocación de situaciones de peligro justificantes y exculpantes. Esta últimas quedarán, sin embargo, fuera de nuestro análisis. Recordemos, además, que según algunos autores se operaría con la misma estructura en algunos casos de dolo eventual. En definitiva, todas ellas son situaciones en las que la imputación ordinaria se vería provisionalmente interrumpida por la falta de una condición necesaria en el proceso de atribución de responsabilidad. El eventual restablecimiento de la imputación ha de llevarse a cabo, pues, de forma extraordinaria. Y a pesar de que la resolución de estos casos suele plantearse en niveles sucesivos de la teoría del delito, a saber, injusto y culpabilidad, el problema estructural (aunque también de fondo: ¿es posible responsabilizar con base en una incapacidad culpable?) presenta una identidad: la atribución de responsabilidad a pesar de la falta de capacidad personal

⁸³⁸ Véase ROBLES PLANAS, *ZIS* 2/2010, p. 137 (y autor en nota 31): “junto a la sistematización lógico-estructural del material relevante, se trata también en la dogmática jurídico-penal de la elaboración de conceptos operativos —categorías— que sean portadores de *valoraciones fundamentales*” (énfasis original).

(*libertad*) actual; como también lo es su solución: *anticipar*, a efectos de fundamento (el *porqué*) no de objeto (el *qué*), el momento relevante de atribución de responsabilidad.

Desde una perspectiva estructural, e independientemente de que se comparta el modelo de imputación reconstruido por Hruschka o Kindhäuser, creo que es posible identificar este proceder *anticipando* (lo que no debe confundirse con denominado “modelo de la anticipación”) en la mayoría de la doctrina. Por ejemplo, cuando se trata de un error de tipo, se acude necesariamente a un momento anterior al error para buscar la evitabilidad y entonces construir la imprudencia. El mismo proceder se daría cuando se pretende otorgar relevancia al error de prohibición o cuando analizamos la razón por la cual el sujeto dejó de motivarse conforme a la norma. Por tanto, entiendo que este mismo proceder justifica indagar sobre la posibilidad de trabajar con una categoría capaz de explicar un problema común: el de la atribución de responsabilidad *a pesar* del defecto de imputación. Desde una perspectiva normativa la unidad de tratamiento buscaría ofrecer la medida de la vinculación jurídica exigible cuando concurra un defecto de imputación.

II. La figura de la incumbencia en el derecho penal

La constatación de la distinción —implícita, según nuestra interpretación, en el ordenamiento jurídico-penal— entre *actio libera in se* y *actio libera in causa* y la correspondiente distinción —como solución que aquí se asume— entre imputación ordinaria y extraordinaria proveen de la estructura fáctica con ayuda de la cual puede llegarse al concepto de incumbencia. Del mismo modo, la asunción de una concepción de norma de comportamiento como la que aquí se defiende genera un déficit conceptual que puede ser superado con la figura en cuestión. En la presente investigación hemos asumido como hipótesis de trabajo una definición de incumbencia que, siguiendo la caracterización general y neutra ofrecida por Sánchez-Ostiz, consistiría en una “carga que recae sobre el destinatario de las normas de conducta, para mantenerse, llegado el caso, en situación de poder cumplir éstas”⁸³⁹. Como se concluyó en la primera parte, esta

⁸³⁹ SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad*, p. 150. La naturaleza de la presente investigación, que tiene como uno de sus principales objetivos indagar acerca de las condiciones de posibilidad y capacidad de rendimiento explicativo de la figura de la incumbencia, ha condicionado el discurso de justificación interna seguido. Ello significa que la confirmación o rechazo de la hipótesis de la que se parte, es decir, la eventual asunción o rechazo de la figura, sólo pueda justificarse en la parte final de la investigación. De este modo, el orden del discurso utilizado para respetar esta metodología impide que, desde el primer capítulo la figura haya de quedar como mera hipótesis.

definición general suscita un amplio acuerdo entre el sector doctrinal que acoge la figura en el contexto de la atribución de responsabilidad cuando la ausencia de alguna condición personal necesaria hace fracasar *prima facie* esa operación. La naturaleza de la presente investigación, que tiene como uno de sus principales objetivos indagar acerca de las condiciones de posibilidad y capacidad de rendimiento explicativo de la figura de la incumbencia, ha condicionado el discurso de justificación interna seguido. Ello significa que la confirmación o rechazo de la hipótesis de la que se parte, es decir, la eventual asunción o rechazo de la figura, sólo pueda ser abarcada en la última parte de la investigación. De este modo, el orden del discurso utilizado para respetar esta metodología ha hecho necesario que desde el principio la figura hubiera de quedar como mera hipótesis.

En una comunidad política y jurídica, la vinculación a un ordenamiento jurídico requiere de los miembros de la comunidad una cierta disposición jurídica mínima. Esta disposición jurídica puede ser concebida entonces como una actitud de responsabilidad comunitaria: dentro de un marco jurídico que generalmente protege y favorece el desarrollo de la personalidad individual en comunidad, semejante desarrollo debe configurarse externamente sin vulnerar lo establecido por el derecho. Que esto deba ser así necesita sustentarse no sólo en el mantenimiento de un estado de derechos y libertades del que (algunos) nos beneficiamos, sino también en la medida en que tengamos la posibilidad de mostrar una actitud crítica frente a lo establecido. Siguiendo una tradición extendida entre un sector de la doctrina, aquí hemos llamado a esa disposición jurídica como fidelidad (externa) a derecho. Ser fiel a derecho quiere decir seguir las normas que conforman el derecho, sea por la razón que sea. Pero seguir las normas jurídicas (y por tanto la fidelidad jurídica) no sólo requiere de nuestra disposición jurídica cuando se presenta la oportunidad para seguir una norma, esto es, cuando somos conscientes de que nos encontramos ante una situación para la que reconocemos una norma jurídica como premisa práctica de nuestro actuar. Como ha sostenido Kindhäuser, “quien debe seguir una norma, debe estar también en condiciones de poder seguir esa norma”⁸⁴⁰. Es decir, es

⁸⁴⁰ KINDHÄUSER, *AT*, 33/16. La necesidad de que un ordenamiento jurídico exija, no solo la disposición a cumplir con el propio derecho, sino también la disposición a adquirir el conocimiento del contenido del derecho: PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 308; LESCH, *JA* (1996), p. 608. Que sólo de esta forma puede sobrevivir una comunidad jurídica es expresado majestuosamente por PAWLIK (*Das Unrecht*, p. 371) con el recurso a una metáfora (aunque en algún momento pueda llegar a ser la misma realidad que pretende explicar): (tomo la cita a la que se remite Pawlik directamente de HOBBS), *Leviatán*, Cap. XIII: “En efecto, así como la naturaleza del mal tiempo no radica en uno o dos chubascos, sino en la propensión a llover durante varios días, así la esencia de la guerra consiste no ya en la lucha actual, sino en la disposición manifiesta a ella durante todo el tiempo, cuando no hay seguridad de lo contrario. Todo el tiempo restante es de paz”.

necesario que atendamos o nos preocupemos por estar, llegado el caso, en posición de responder a las razones externas que nos dirige el derecho.

Que uno debe anticiparse y preocuparse por el cumplimiento del derecho no parece necesitar de un proceso de legitimación complementaria al que ya están sometidas las normas jurídicas. Sin embargo, no ocurre lo mismo con la extensión o el alcance temporal de la *exigencia jurídica (o social)* de semejante anticipación. Pues, como es obvio, un estado de alerta o preocupación permanente tendría un efecto contrario al deseado: sería un obstáculo para el desarrollo de la personalidad, que es, precisamente, uno de los pilares que legitiman el derecho. Lo que parece estar claro es que participar en (y de) una comunidad jurídica exige, en ocasiones, una disposición auto-reflexiva por parte de sus miembros. De este modo, el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad ha de consistir en un ejercicio responsable.

Es en este contexto comunitario donde cabe enmarcar la figura de la incumbencia. Concretamente dentro de la práctica social de atribuir responsabilidad. Al inicio de la investigación sugeríamos el siguiente silogismo: *sólo genera responsabilidad lo que nos obliga/lo imposible no nos obliga/por tanto, lo imposible no genera responsabilidad*. Este silogismo cuenta con una premisa mayor que es una máxima irrenunciable para todo sistema normativo. Si la realización de una acción ha de generar responsabilidad, ello sólo es posible si esa acción contradice una norma. Además, es materialmente válido (es justo) bajo la premisa de un sistema de atribución de responsabilidad que se rige por un principio jurídico de culpabilidad de base ética (premis menor): esto es, un sistema de responsabilidad subjetiva. De ello es posible extraer una pretensión jurídica de los miembros de una sociedad frente a la posición del Estado: la pretensión de no ser responsabilizados y eventualmente castigados cuando no estaba al alcance del sujeto evitar la realización de un hecho delictivo⁸⁴¹ (conclusión). Sin embargo, el mismo principio de culpabilidad no admite el ejercicio *abusivo* de esa pretensión, sino que lo hace depender de ciertos presupuestos. De modo que si lo imposible —predicado aquí sobre la capacidad de seguir una norma jurídica— es imputable bajo ciertos presupuestos

⁸⁴¹ Formulado en otros términos: sobre el sujeto no recae el deber (está libre del deber) de responder frente al Estado por la realización (no imputable) de su hecho delictivo. Y, desde el lado opuesto, el Estado no tiene el derecho a castigar al sujeto. Rechazando que semejante pretensión se trate de un derecho jurídico, NEUMANN, *Zurechnung und «Vorverschulden»*, p. 283.

al eventual autor, entonces la pretensión no puede ser ejercida por la vía de invocar eximentes de responsabilidad.

Sobre la *existencia* de las «incumbencias» como integrantes de un sistema jurídico-normativo se ha advertido que su no previsión imposibilitaría afirmarlas. Además, el hecho de que no se encuentren conceptualmente implicadas en las normas de comportamiento que sí se encuentran expresamente formuladas parece reforzar esta idea. Sin embargo, tampoco *existen* como tal los «deberes de cuidado» o incluso las «normas de comportamiento», si por *existencia* consideramos la previsión expresa de estas formulaciones. Mejor dicho: no *existe* su formulación expresa. Pero tampoco es necesario que lo haga. Más bien, se trata de expresiones con ayuda de las cuales los juristas (dogmáticos y teóricos del derecho, al menos) proponen un lenguaje para reconstruir descriptivamente el material normativo que contienen los textos legales. Con ello se pretendería contribuir a una mayor claridad, rigor y, en definitiva, rendimiento explicativo en términos teóricos⁸⁴². En este sentido, conceptos como «norma jurídica (de comportamiento)» (en su formulación como oraciones deónticas) tratarían de ordenar las acciones u omisiones que se encuentran prohibidas, requeridas o permitidas; y el concepto «deber jurídico» (o los «derechos subjetivos») trataría de describir ciertas relaciones o posiciones jurídicas (deónticas). Esta es la existencia (la ontología) que aquí se estima relevante.

Es a partir de estas consideraciones que se tratará de responder a una pregunta en términos de interpretación normativa: ¿pueden existir las incumbencias en el derecho penal?⁸⁴³ Aquí se propone el uso del concepto «incumbencia» frente al de «deber de cuidado». Ciertamente, podríamos hablar de «exigencia de cuidado» en lugar de «deber de cuidado» —renunciando así a hablar de «incumbencia»—, pero de esta forma no se excluiría todavía que la exigencia de cuidado pudiera tomar el estatus de un deber, en el sentido que la exigencia es el género y el deber la especie. Aquí partimos de que la incumbencia es otra especie de exigencia; por tanto, lo correcto para cerrar el paso al concepto de «deber» es hablar de exigencia *qua* incumbencia. En lo que sigue trataremos de ofrecer razones suficientes para esta modificación.

⁸⁴² Al respecto véase, brevemente, MORESO/VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del derecho*, 2004, pp. 125 ss., donde exponen las estrategias conceptuales de Kelsen y Hohfeld.

⁸⁴³ Se formula esta misma pregunta en relación con la juridificación de los «deberes de solidaridad» *qua* deberes de virtud, SEELMANN, «¿Existen deberes de solidaridad en el Derecho penal?», en el mismo, *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, pp. 73 ss.

1. Deberes de cuidado e incumbencias. La cláusula normativa ínsita en la responsabilidad por imprudencia

El propósito de este apartado es analizar la relación que existe entre los denominados “deberes de cuidado” y la figura de la incumbencia. La estrategia que se propone para ello es defender tres tesis fundamentalmente negativas alrededor de una misma cuestión: *¿qué no-son los denominados “deberes de cuidado”?* Antes es necesario partir de una definición de deber de cuidado que dé cuenta de su uso en el derecho penal para construir la responsabilidad por imprudencia. A este respecto, es posible identificar entre la doctrina, en términos generales, tres usos de la expresión en cuestión⁸⁴⁴: i) ‘deber de cuidado’ como *deber (norma) extrapenal*, equiparándolo a la normativa del ámbito del derecho en que se desarrolla la actividad (seguridad vial, seguridad en el trabajo, reglamentaciones deportivas, etc.). Estos podrían tener su origen tanto en la normativa jurídica extrapenal como incluso en una suerte de “deberes sociales” (relacionados con la adecuación social y el riesgo permitido) o “deberes” que surgen de las *leges artis* profesionales. La infracción de la normativa extrapenal implicaría entonces la infracción del deber de cuidado y, por ende, fundamentaría la imprudencia; ii) ‘deber de cuidado’ como *concreta exigencia de cuidado*, donde la infracción de la normativa extrapenal podría constituir un indicio de la infracción del deber cuidado que fundamenta la imprudencia, pero que no es determinante. Aquí la infracción del deber de cuidado con relevancia para la imputación penal sólo puede determinarse en la situación concreta atendiendo a todas las circunstancias concurrentes y, en su caso, a los deberes extrapenales infringidos; iii) ‘deber de cuidado’ como *deber jurídico-penal* (o norma de cuidado penal). Entre los usos (i) y (ii), referidos al contenido o medida de cuidado, parece haber una relación disyuntiva: se propone uno u otro, pero no los dos al mismo tiempo. El uso (iii), en cambio, alude al estatus y naturaleza normativa de lo que sea entendido por “deber de cuidado”.

Más allá de estas diferentes formas de construir o concebir el deber de cuidado, a todas ellas subyace un elemento común: el comportamiento es considerado imprudente cuando infringe (de manera imputable) un deber de cuidado, siendo este aspecto el que adquiere relevancia en el establecimiento de la responsabilidad jurídico-penal por imprudencia. En lo que sigue, sin embargo, esta cláusula normativa (deóntica) ínsita en la interpretación

⁸⁴⁴ Un adecuado panorama de estas concepciones se encuentra en KUDLICH, «Die Verletzung gesetzlicher Sondernormen und ihre Bedeutung für die Bestimmung der Sorgfaltspflichtverletzung», en Dannecker *et al.* (eds.), *FS-Otto*, 2007, pp. 373 ss.

de la imprudencia relevante para el derecho penal, que en su dimensión funcional se estima como correcta, habrá de ser problematizada. Al menos en los términos que es presentada por las construcciones recién esbozadas. Como viene apuntándose en esta investigación, aquí se parte de que la entidad normativa relevante para la construcción de la imprudencia jurídico-penal no es un deber, sino más bien una incumbencia. Y éstas, como vimos, exigen cierta medida de aseguramiento de la capacidad de responsabilidad.

1.1. La medida de cuidado en los denominados «deberes de cuidado»

Frente a la construcción del “deber de cuidado”⁸⁴⁵ como deber extrapenal perteneciente a un sector de actividad regulado por el derecho administrativo o como regla técnica profesional cabe formular la siguiente (conocida) objeción. Si bien la infracción de esa clase de deberes puede servir como un indicador de que el sujeto no ha cumplido con la medida de cuidado exigible para la situación en la que se encuentra, no puede ofrecer un dato concluyente que opere, *per se*, como único criterio (fundamento) relevante para la imputación por imprudencia⁸⁴⁶. La razón es simple: la infracción de tales deberes no compromete de modo necesario las capacidades del sujeto para, llegado el caso, evitar la realización típica. Esto es así a pesar de que su cumplimiento, en cambio, sí que indica que el sujeto ha actuado conforme al cuidado exigible a efectos de imprudencia jurídico-penal. Lo que en ningún caso cierra el paso a considerar la posibilidad de una imputación ordinaria a título de dolo. Si, por ejemplo, A mantiene la velocidad permitida en la vía y, con ello, su capacidad de evitación, pero en el momento relevante para la evitación no esquiva, pudiendo hacerlo, a un peatón que yace en la vía. Por tanto, la medida de cuidado que tiene por objeto no coincidirá necesariamente con el cuidado exigido cuya inobservancia habrá de operar como criterio decisivo para la atribución de responsabilidad penal a título de imprudencia. Lo relevante para seguir las normas de comportamiento del derecho penal (actuar como persona en derecho) es asegurar un estado físico, cognitivo y motivacional en el que ese seguimiento sea posible. De lo que se sigue que, si semejante estado no se ve afectado por la infracción de un deber extrapenal, entonces tal infracción no puede reclamar relevancia fundamental para la imputación a título de imprudencia.

⁸⁴⁵ En adelante, ha de entenderse por “deber de cuidado” aquella entidad normativa cuya infracción es jurídico-penalmente relevante.

⁸⁴⁶ Cfr. ROXIN, *PG*, § 24/16, quien acertadamente concluye que “lo peligroso en abstracto puede sin embargo no ser peligroso en el caso concreto”.

Así, bien podría presentarse el supuesto en el que un sujeto infringiera un deber de cuidado extrapenal, pero que con posterioridad compensara con éxito, o tratara de hacerlo, por medio de la aplicación de otras medidas la eventual situación de incapacidad en la que de otro modo hubiera incurrido⁸⁴⁷. O que incluso, como resultado de un juicio hipotético, se llegara a la conclusión de que, aun habiendo cumplido con aquél deber de cuidado extrapenal, el sujeto tampoco habría podido evitar la realización típica.

Si esto es válido, entonces la cuestión no es que los deberes de cuidado extrapenales hayan de perder su nombre en favor del término ‘incumbencia’ cuando son utilizados en el derecho penal. Más bien, ambas figuras son absolutamente compatibles, pues para cumplir con la incumbencia *general* de (querer) mantenerse en estado de capacidad de seguir una norma de comportamiento penalmente reforzada puede revelarse como situacionalmente necesario que el sujeto aplique normas específicas que rigen para el sector de actividad o profesional en el que participa. Pero, en la medida en que los deberes extrapenales puedan ser infringidos sin que ello dé lugar a la posibilidad de prever o evitar la realización del concreto tipo de delito, debe ser descartada su relevancia suficiente a los efectos de la construcción de la concreta exigencia de cuidado fundante de la imputación a título de imprudencia. Por tanto, la aseveración de que por regla general la infracción de normas legales específicas pudiera, de hecho, fundamentar la responsabilidad penal por imprudencia⁸⁴⁸ no tiene más valor (en absoluto menor) que la constatación de un indicador de imprudencia.

En ámbitos de la vida que están regulados —como puede ser el tráfico viario o ciertas actividades profesionales— semejantes deberes extrapenales (jurídicos o no) delimitan espacios de lo que viene denominándose «riesgo permitido». Cumplir con las normas de cuidado específicas de tales sectores implica moverse dentro de ese espacio de riesgo permitido. Por lo que quien realice un tipo delictivo sin que le hubiera sido actualmente

⁸⁴⁷ Por ejemplo: A conduce su vehículo a una velocidad superior a la reglamentariamente permitida en la vía, pero en un momento dado toma consideración del peligro que ello podría suponer para el resto de los participantes en el tráfico, lo que termina por demostrarse instantes después cuando consigue esquivar un coche averiado en la vía que no habría podido esquivar de haber mantenido la velocidad superior a la permitida. Por lo demás, como acertadamente apunta KINDHÄUSER (*Gefährdung*, pp. 79 s.), si a pesar de que la persona aplica medidas compensatorias dirigidas a revertir el estado de incapacidad originado como resultado de la infracción de un deber extrapenal siguiera siendo incapaz de evitar intencionalmente el resultado, entonces la causación del resultado no podría ser imputada como infracción de deber sin tener en cuenta sus esfuerzos de compensación: “pues, en relación con la norma de comportamiento penal, el comportamiento no expresa déficit de motivación fiel a derecho alguno”. En tanto que imperativo hipotético, son intercambiables con tal de que sean igualmente conducentes a posibilitar el cumplimiento del categórico, o sea el seguimiento de la norma)

⁸⁴⁸ Cfr. KUDLICH, *FS-Otto*, p. 387

posible su evitación (no imputable entonces a título de dolo) porque, aunque moviéndose en ámbitos de riesgo, el riesgo residual (implícito) en la actividad permitida le deshabilitó para ello, no podrá ser hecho responsable a título de imprudencia. Dicho brevemente: el riesgo permitido opera como criterio de exclusión de la imputación bajo el título de imprudencia⁸⁴⁹. Contrariamente, como se dijo, la superación del riesgo permitido por la vía de la infracción de la normativa específica reguladora de un concreto ámbito de actividad no opera, por sí sola, como criterio fundante de imputación. Pero del hecho de que el mantenimiento en los límites del riesgo permitido excluya la imputación se sigue necesariamente que la imputación por imprudencia en ámbitos regulados presupone, al menos (es decir, como condición necesaria), la infracción de una norma específica reguladora de esos ámbitos⁸⁵⁰.

Esto mismo se hace reconocible cuando concebimos los delitos de peligro (al menos) abstracto como la institucionalización, en la forma de delito autónomo, de lo que venía siendo la mera infracción de un deber extrapenal⁸⁵¹. Lo que, por cierto, no les priva de su caracterización más general de reglas de cuidado. Un ejemplo de ello es el actual art. 379.1 CP, que prohíbe conducir a una velocidad que exceda del límite que marca el tipo. Supongamos ahora que un sujeto que realiza el tipo penal de conducción a exceso de velocidad ocasiona de esa forma un resultado típico (por ejemplo, la muerte de otro, en

⁸⁴⁹ Cfr. KINDHÄUSER, *GA* 1994, *passim*. Obviamente, en sectores no regulados en los que el riesgo permitido no está determinado por normas jurídicas o reglas extrajurídicas definir la producción de un riesgo relevante a los efectos de la responsabilidad por imprudencia será más complicado.

⁸⁵⁰ A una conclusión contraria parece llegar KUDLICH, *FS-Otto*, p. 388. Según este autor, el cumplimiento de normas jurídicas específicas sería sólo un indicio revocable de comportamiento cuidadoso. La razón que invoca es que las infracciones de cuidado relevantes para el derecho penal pueden manifestarse de múltiples formas más allá de la concreta infracción o cumplimiento de normas específicas. Así, este indicio de comportamiento cuidadoso —continúa— “puede ser revocado si se constata por qué en el caso concreto existe un deber de cuidado más allá de la norma específica. El criterio delimitador decisivo aquí es si la norma específica sólo fundamenta un riesgo permitido que, no obstante, deja intactos ulteriores deberes de evitación del resultado o si, sin embargo, existe (excepcionalmente) una permisión de lesión bajo ciertos «modos de agresión»”. Sin embargo, como se dijo, quien se mantiene dentro del riesgo permitido delimitado por una norma específica cumple con las expectativas depositadas sobre su actuar. Que además le sea exigible evitar el resultado si se presenta la oportunidad para la acción lesiva de un bien jurídico no es una cuestión relativa a ulteriores deberes de cuidado, sino al deber de evitar, dada la oportunidad, la realización típica; en circunstancias tales que, si pudiendo evitar semejante realización no lo hace, entonces operará el dolo como criterio ordinario de imputación. Diferente sería la situación en la que un sujeto participa en un sector regulado por múltiples normas de cuidado o seguridad. A modo de ejemplo: A conduce su automóvil respetando el límite de velocidad, pero sabiendo que los neumáticos están gastados, lo que le impide frenar en condiciones en el paso de cebrá, atropellando a B. Es obvio que en este caso cumplir únicamente una de esas normas aplicables no alcanza para afirmar que A actúa dentro del riesgo permitido de modo que quede excluida una eventual imputación del resultado.

⁸⁵¹ Al respecto, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 277 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pp. 114 ss.; con matices, MIR PUIG, *PG*, 11/52. En contra de tal equiparación, ya, BINDING, *Normen*, vol. IV, pp. 206 ss., 410.

su caso *ex arts.* 138 y 142 CP). Supongamos también que el resultado de muerte puede ser imputado a título de imprudencia al sujeto. Pues bien, tampoco en este caso puede entenderse (ciertamente no desde una perspectiva teórica) la infracción imputable de la norma de comportamiento que prohíbe la conducción a exceso de velocidad como criterio concluyente o automático de imputación del resultado de muerte. Será necesario, *además*, que sea confirmada la hipótesis según la cual el comportamiento alternativo conforme a derecho (haberse mantenido en los límites de velocidad permitidos) habría situado al sujeto en posición de evitar el resultado. Esto es, deberá confirmarse que, en efecto, la incapacidad de evitar el resultado de muerte se debe precisamente al hecho de haber superado el límite de velocidad que marca el tipo.

En relación con esto último surge un problema ulterior, pues pareciera que la realización de un tipo penal (379.1) —y, por tanto, la infracción de una auténtica norma de comportamiento del derecho penal—, hubiera de contar, además, como criterio o fundamento de imputación de la realización de otro tipo penal (art. 138 en relación con el art. 142). ¿No distorsiona ello la coherencia de la distinción, aquí defendida, entre normas de comportamiento y reglas de imputación, así como la caracterización general de la incumbencia?

A mi modo de ver, es precisamente todo lo contrario. Y ello por dos razones. En primer lugar, como se ha sostenido, no es la *mera* infracción imputable de la norma de comportamiento contenida en el tipo de delito abstracto en cuestión el criterio que permite fundamentar la imputación de un resultado típico a título de imprudencia. Sin embargo, en la medida en que una infracción tal puede llegar a ser considerada necesaria como criterio de imputación, esta primera razón no parecería ser convincente. En segundo lugar, es preciso distinguir entre la previsión de reglas de cuidado como delitos autónomos, lo que obedece a *razones contingentes* (para prevenir riesgos) del legislador, por un lado, y la *estructura profunda* de la relación de imputación, por el otro. Esta última permanece inalterada en el caso de que se ocasione un homicidio imprudente, en el cual —siguiendo con el ejemplo—, el sujeto no puede evitar la colisión en el momento relevante en virtud de la conducción a velocidad excesiva. Que esta clase de conducción sea estatuida como injusto autónomo en nada altera su eventual consideración como fundamento de imputación de la producción del resultado de muerte. En efecto, por un lado, en sí mismo considerado semejante comportamiento típico no cae bajo el campo semántico de la

descripción de la acción “matar”⁸⁵², sino que continúa tratándose de una exigencia de cuidado a cuya mera infracción el legislador asigna contingentemente una pena⁸⁵³. Por el otro —y este es el punto interesante—, la *función* que cumple con respecto del resultado de muerte ocasionado es la de operar como criterio extraordinario de imputación al sujeto⁸⁵⁴. Que además esté previsto como deber jurídico es circunstancial. Y esto significa: el cumplimiento de lo que incumbe (que en este caso podría ser lo que se debe jurídicamente) tiene la función de situar al sujeto en una posición de capacidad de evitación intencional o previsión de la realización del tipo —es decir, de poder cumplir con el deber de evitar—, sin perjuicio de que ello pueda constituir, además, la infracción de una norma distinta⁸⁵⁵. Y es esta relación funcional de imputación la que impide concretar con carácter general y previo las exigencias de cuidado fundantes de la responsabilidad jurídico-penal por imprudencia.

En el mismo sentido, no puede ser descartada la posibilidad —como mera contingencia, por tanto— de que el comportamiento contrario a cuidado que motiva la imputación extraordinaria coincida con la infracción de un específico deber extrapenal. Esto es, que el cumplimiento de un deber extrapenal hubiera permitido al sujeto evitar la realización típica. En este caso, si el comportamiento previo al inmediatamente lesivo no sólo posibilita la imputación, sino que además está jurídicamente prohibido por una norma extrapenal, ello no debería alterar el hecho de que en el contexto de la imputación la exigencia sólo sea utilizada como incumbencia, es decir, como criterio de imputación en caso de infracción y como un criterio de exclusión de la imputación en caso de cumplimiento. De este modo, su ontología institucional, ya sea como delito autónomo, ya como infracción extrapenal, no condiciona su estatus funcional como criterio de imputación en la atribución de responsabilidad. Pues, incluso si semejantes infracciones logran explicar la falta de capacidad en el momento relevante para la evitación, éstas, o bien no forman parte de la materia de prohibición del derecho penal (deber extrapenal), o bien, de formar parte, se refieren a un tipo delictivo distinto del tipo cuya realización configura el objeto de imputación de primer nivel. Y es por esta razón que a la operación de imputación le interesa, no como deber, sino como incumbencia.

⁸⁵² Si ello fuera así, los delitos de peligro abstracto (y sobre todo concreto) habría de ser considerados tentativas de homicidio o de lesiones.

⁸⁵³ Similar, aunque sin entrar en detalles, KINDHÄUSER, *FS-Schünemann*, p. 153.

⁸⁵⁴ Cfr. Kindhäuser, *JRE*, (1994), pp. 344 ss.; Burkhardt, *Conducta ex ante*, pp. 179 s.

⁸⁵⁵ Y en realidad, el resultado de muerte podrá ser imputado a título de imprudencia, tanto si es por conducción por encima del límite que establece el tipo como si es por haberse saltado un semáforo.

Todo ello ha de llevarnos a asumir como correcta la construcción del “deber de cuidado” como *exigencia de cuidado* cuya infracción opera como criterio de imputación referido a la evitabilidad de la realización del concreto tipo delictivo⁸⁵⁶. Es decir, se construye para la situación particular. Y esto quiere decir: que la mera infracción de un deber jurídico o extrajurídico no puede cumplir esa función si no existe un objeto de imputación. Así, mientras la realización típica a la que va referida la posibilidad de evitar que debe ser asegurada no se produzca no podemos determinar la concreta exigencia de cuidado infringida. De este modo, la infracción de la normativa extrapenal constituiría, en su caso, un indicador de la infracción del *deber* o exigencia de cuidado fundante de la imprudencia.

1.2. El estatus deóntico de los denominados «deberes de cuidado»

Sin embargo, construido en estos términos el deber de cuidado relevante para la imprudencia, cabe todavía formular una precisión ulterior. Concretamente, aquí se propone rechazar su estatus normativo de deber en sentido técnico.

La primera razón se encuentra en lo expuesto en el apartado anterior. Puede haberse infringido un deber jurídico o extrajurídico sin que ello sea concluyente, pues de una y otra clase de infracción no se sigue necesariamente la pérdida de capacidad relevante para la evitación del resultado típico; y, cuando se siga, entonces el dato relevante a efectos argumentativos no será la mera infracción del deber en cuestión, sino que su cumplimiento le habría permitido, llegado el caso, evitar intencionalmente la realización del tipo de delito. Sólo entonces es posible afirmar que su cumplimiento es decisivo para la previsibilidad y evitabilidad de la realización típica.

En segundo lugar, hablar de la exigencia de cuidado en términos de “deber” puede conducir a su confusión con el deber jurídico-penal (como término técnico). Ello es lo que ocurre, por ejemplo, cuando se habla de norma de cuidado penal, lo que no resistiría la crítica de indeterminación (acaso existencia) de la supuesta materia de prohibición de los tipos imprudentes si es que entendemos las normas de comportamiento como posibles formulaciones contradictorias de los tipos de delito. Por ello es decisivo que en cada caso de diferencie claramente entre la exigencia de cuidado y el deber de evitación de la

⁸⁵⁶ Cfr. ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 327 s. Lo que, por lo demás, pone de relieve que lo que aquí se trata no es una invención de la imputación extraordinaria. En este sentido, RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 229.

realización del tipo⁸⁵⁷. En este sentido, los denominados “deberes de cuidado”, en cualquiera de sus acepciones, no son auténticos deberes derivados de una norma reforzada por el sistema de normas jurídico-penal, salvo que así lo haya establecido el legislador penal incluyéndola como norma de comportamiento. Ello sugiere distinguir, de un lado, el deber jurídico-penal que opera en el derecho penal, cuyo correlato inmediato es, además de una posición jurídica ajena, un interés o bien jurídico protegido por aquél; y, del otro, los llamados “deberes de cuidado”. Estos últimos, si bien pueden estar comprometidos (siquiera parcialmente) con la protección de bienes jurídicos que legitiman las normas de comportamiento —comportarían, a ese respecto, una afectación indirecta y, en todo caso, no necesaria⁸⁵⁸—, tienen la función de asegurar el cumplimiento de aquéllas.

Esto se aprecia si consideramos el hecho de que en la legitimación de la punibilidad de las *realizaciones* imprudentes suele atenderse a la importancia del bien jurídico a proteger por la norma de comportamiento. Su legitimación no viene directamente impuesta por esferas jurídicas concretas, sino, más bien, por la protección y seguridad en sectores regulados por el riesgo que conllevan y en los que intervienen aquellas esferas, para las cuales se demuestran especialmente peligrosas las eventuales infracciones de las exigencias de cuidado. El riesgo resulta cuando se infringe una exigencia que arrastra la pérdida de capacidad para interactuar en semejantes sectores, desestabilizando con ello las expectativas de seguridad en la interacción. El objetivo principal de tales exigencias es entonces la reducción (y permisión) del riesgo que conlleva que alguna norma directamente protectora de alguna de aquellas esferas jurídicas no pueda ser seguida y, por tanto, no pueda evitarse intencionalmente la producción de daños. Por tanto, el comportamiento contrario a cuidado es el comportamiento que supera el riesgo tolerable en un sector de actividad concreto⁸⁵⁹. Esta forma de adelantamiento inherente a la punibilidad de la imprudencia es, en cierto sentido, más gravosa para el destinatario de la

⁸⁵⁷ Cfr. KINDHÄUSER, *GA* 1994, p. 211, nota 49.

⁸⁵⁸ Como decíamos, ni el cumplimiento ni el incumplimiento de estos *deberes* garantiza o implica, respectivamente, la no lesión o puesta en peligro concreta de un bien jurídico ajeno. Y al derecho penal no le interesa el mero aseguramiento de capacidades, sino en la medida en que hayan de emplearse como medios necesarios para poder evitar la afectación de bienes jurídicos. Así, RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 228, nota 65, y continúa: “puesto que en la imprudencia se trata de la cognoscibilidad de la lesión del bien jurídico, al autor se le tiene que haber presentado un motivo para examinar su comportamiento con miras a sus consecuencias o para tomar las medidas necesarias para la adquisición de los conocimientos necesarios”. Que el mero proveerse de capacidades no interesa a nada —y no sólo al derecho penal— se sigue del hecho de que las capacidades siempre van referidas a un objeto sobre el que se proyectan, es decir, son funcionales.

⁸⁵⁹ En este sentido, por ejemplo, KINDHÄUSER, *JRE* (1994), p. 345.

norma, pues requiere de éste hacerse cargo de su capacidad para cumplir (intencionalmente) con aquélla⁸⁶⁰.

Por tanto, si en el contexto de la responsabilidad jurídico-penal por imprudencia el *deber* que opera como fundamento de imputación no lo hace como deber de no poner en peligro intereses jurídicos de terceros⁸⁶¹ (pues entonces serían delitos de peligro abstracto), entonces el *deber* de cuidado no puede ser concebido como un deber jurídico-penal. Es, más bien, una *exigencia* de cuidado que tiene por objeto asegurar la capacidad de acción y motivación para seguir la norma. No obstante, a pesar de tener objetos de referencia distintos, es obvio que la observancia del cuidado exigido tendrá una incidencia mediata en la protección de bienes jurídicos, siempre bajo la premisa de fidelidad a derecho⁸⁶².

En tercer lugar, si el cuidado exigido por el deber extrapenal (o el penal) y el requerido por la situación a efectos de imputación por imprudencia coinciden para la concreta situación, entonces la sanción penal procederá no de la infracción de aquellos deberes, sino de la infracción, en virtud de una contrariedad a una exigencia de cuidado (incumbencia), del deber fundamentado en la norma de comportamiento del derecho penal. De hecho, si se infringe semejante exigencia de cuidado (incumbencia) sin que ello acarree la realización del tipo de delito (y, por tanto, sin que conlleve la contrariedad —como no correspondencia— con una norma de comportamiento del derecho penal), entonces aquella infracción quedará sin sanción jurídico-penal. Quedará en todo caso intacta una sanción extrapenal (administrativa, profesional, etc.) si la infracción de lo que incumbía llevaba ínsita (contingentemente) la infracción de un deber extrapenal.

Por tanto, en la medida en que semejante infracción no justifica, por sí sola, la imposición de una sanción penal, tampoco se le podría denominar “deber”, al menos no con relevancia jurídico-penal. Pues ¿cómo puede denominarse “deber jurídico-penal” a una entidad cuya infracción ha de quedar impune? Esto no supone definir el concepto de deber a partir del concepto de sanción, o de la probabilidad de que esta tenga lugar si se infringe aquél⁸⁶³. Más bien, la conexión entre (la infracción de) un deber jurídico y una sanción

⁸⁶⁰ Cfr. VOGEL, *Norm*, pp. 66 s.

⁸⁶¹ En contra de lo sostenido por ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 332 ss.

⁸⁶² K., 346; VOGEL, *Norm* p. 77, nota 105; RENZIOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 220, n. 42., p. 227, acudiendo al *respice finem!*, en lugar del *neminem laedere*; sostiene la posibilidad de un *neminem laedere* indirecto, MONTIEL, *InDret Penal* 4/2014, p. 16, con ulteriores referencias.

⁸⁶³ Esta estrategia conceptual es sólo una opción por una tesis jurídica («predictivista») acerca del concepto de deber. Es decir, que afirmar que una acción es jurídicamente debida (enunciado de deber) tuviera como condición de verdad la probabilidad de que quien no realice semejante acción sufra una clase de sanción;

jurídica es normativa, no conceptual o causal⁸⁶⁴. Esto ocurre cuando la infracción de un deber (en este caso jurídico-penalmente reforzado) *justifica* la imposición de una sanción, pero no *predice* que necesariamente vaya a pasar⁸⁶⁵. Por tanto, entiendo que es posible afirmar que en el ámbito del derecho penal la infracción de un deber ha de justificar la imposición de una sanción (salvo que haya razones de peso para excluir la responsabilidad), lo que no ocurre cuando se trata de la (simple) infracción de un *deber* de cuidado. Ello habría de favorecer la búsqueda o construcción de un concepto *más* técnico sobre la entidad normativa en la que realmente consiste el “deber de cuidado”.

Una de las ventajas de esta forma de entender las exigencias de cuidado relevantes para la práctica de atribuir responsabilidad jurídico-penal consiste en superar las reticencias —básicamente nominales— mostradas por algunos autores a la posibilidad de hablar de deberes de cuidado también en el nivel de la culpabilidad⁸⁶⁶. En efecto, las incumbencias (o exigencias de cuidado) pasan a operar en los dos niveles de imputación que conforman esa práctica, de modo que lo interesante es que a través de una imputación extraordinaria *se hace responsable a la persona de su propio déficit de imputación*. Ello posibilita hablar de imprudencia *qua* infracción de una incumbencia en los dos niveles de imputación. Sin embargo, en cada uno de los niveles la imprudencia será atributiva de un objeto diferente, cualificando la realización típica, en el primer nivel⁸⁶⁷, y a la incapacidad de motivación normal, en el segundo nivel; así, cuando se atribuye responsabilidad por provocación de la ausencia de capacidad de acción (conocimiento y posibilidad física), pero también cuando se atribuye responsabilidad por la evitabilidad del error de prohibición o la provocación de la ausencia de capacidad de motivación normal. En otros términos: la infracción de una incumbencia relevante posibilita siempre la imputación por una acción

algo así como «X debe hacer A» equivale a «Si X no hace A, X será sancionado». Tesis, por lo demás, ampliamente criticada en la teoría del derecho. Al respecto, fundamental, HART, «Legal Duty and Obligation», en *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, 1982, pp. 132 ss.; HACKER, «Sanction Theories of Duty», en A. Simpson (ed.), *Oxford Essays on Jurisprudence (Second Series)*, 1973, pp. 131 ss.

⁸⁶⁴ Cfr. KELSEN, *Teoría General del Derecho*, 1949, p. 199 (citado por BAYÓN MOHÍNO, en *El derecho y la justicia*, p. 318).

⁸⁶⁵ Así, como apunta BAYÓN MOHÍNO (*El derecho y la justicia*, p. 323): “no calificamos cierta conducta como debida porque la conducta opuesta lleve aparejada la imposición de un coste, sino que calificamos la imposición de un coste como sanción precisamente en la medida en que la consideremos como respuesta o reacción a la transgresión de un deber”.

⁸⁶⁶ Feijoo, Sánchez-Ostiz.

⁸⁶⁷ La incumbencia en este primer nivel no tiene por objeto la no realización de una acción lesiva, sino el mantenimiento o adquisición de un estado de capacidad de evitar la acción lesiva. Sin embargo, como veremos al trabajar la imprudencia, entre la infracción de una incumbencia y la acción inmediatamente lesiva se da una comunicación normativa que permite, por la vía de la imputación, hablar de la acción inmediatamente lesiva como acción imprudente.

previa contraria a cuidado. Ello en ningún caso significa que, constituido un injusto como injusto doloso, la cualificación como dolosa pueda ser revocada si un eventual defecto de imputación en sede de culpabilidad es provocado de manera imprudente⁸⁶⁸. Pues, desde la perspectiva del análisis dogmático del delito, en el primer nivel el concepto de imprudencia se corresponde categorialmente con el dolo, lo que significa que la contrariedad a cuidado como criterio de imputación termina cualificando la realización típica; mientras que, en el segundo nivel, la imprudencia como criterio de imputación cualifica la provocación de un defecto de culpabilidad⁸⁶⁹.

1.3. Entonces: ¿son las incumbencias “exigencias de cuidado”?

Por un lado, si la exigencia de cuidado se concibe como deber extrapenal (jurídico o regla técnica, profesional, etc.), es posible, pero no necesario, que cumplir con tal deber (y, por tanto, infringirlo) coincida con el cumplimiento (y, por tanto, la infracción) de la incumbencia. A modo de ejemplo: saltarse una señal de tráfico ocasionando un atropello mortal, siempre que se verifique que de haber cumplido con la normativa viaria habría posibilitado al conductor evitar el atropello. Pero en la medida en que esa hipótesis no sea confirmada, el cuidado objeto del deber extrapenal no coincidirá con el cuidado de la incumbencia. Por tanto, no siempre que un sujeto realice un tipo delictivo podrá imputarse como realización imprudente a la infracción de un deber de cuidado *qua* deber extrapenal. De ahí que deba ser rechazada la equiparación de la incumbencia con este sentido de deber de cuidado.

Por el otro, si se construye la exigencia de cuidado como deber situacional, en el sentido de qué debería haber hecho el sujeto para poder estar en condiciones de evitar la realización típica, entonces nada obsta a equipararlos funcionalmente con las incumbencias. El problema aquí es otro. Tales exigencias no pueden constituirse como auténticos deberes, incluso si su construcción parte del indicador de que se infringió un deber extrapenal. Las razones que se ofrecen son tres: i) no son deberes jurídico-penales, esto es, fundamentados en las normas de comportamiento reforzadas penalmente; ii) su

⁸⁶⁸ Que ello debiera ser el caso, es decir, que, afirmando el dolo, pero faltando, sin embargo, el conocimiento del significado antinormativo del comportamiento tenga sentido mantener las consecuencias jurídicas aparejadas al injusto doloso parece ser problemático en algunos supuestos.

⁸⁶⁹ Ello no es advertido por HRUSCHKA (*Strafrecht*, pp. 326 s.), cuando parece lamentarse de que, a diferencia de la “imprudencia” en el primer nivel de imputación (injusto), no dispongamos de un nombre para el sucedáneo que actuaría en el segundo nivel de imputación (culpabilidad). A mi juicio, podemos seguir hablando de imprudencia siempre que clarifiquemos a qué objeto va referida: bien a la provocación de la acción inmediatamente lesiva, bien al defecto de capacidad culpabilidad.

infracción no lleva aparejada la imposición de una sanción penal; esto deja en pie la posibilidad de otra clase de sanción; iii) no se correlacionan directamente con intereses jurídicos protegidos por las normas de comportamiento (salvo, como vimos, en los tipos de peligro abstracto).

Así, hablar de deberes de cuidado en el nivel del injusto puede llevar al equívoco de considerar la infracción de deberes extrapenales como fundamento (y no como mero indicador contingente) de la responsabilidad jurídico-penal por imprudencia; pero también, como veremos enseguida, a considerar que el tipo objetivo (o su realización) en el delito imprudente consiste, a diferencia del tipo objetivo (o su realización) en el delito doloso, en la infracción de un deber de cuidado (en cualquiera de sus acepciones) o creación de un riesgo típico (qua infracción de un deber tal) que no encaja semánticamente en la descripción de la acción del correspondiente tipo delictivo. De lo que resultaría que la conducta típica en los delitos imprudentes estaría ya constituida por la infracción del correspondiente deber de cuidado o creación de un riesgo desaprobado y, consecuentemente, que en los delitos imprudentes el autor sería castigado por la infracción de un deber de cuidado⁸⁷⁰. Ello hace que sea particularmente difícil y confusa la convivencia, bajo un mismo sistema de normas relevantes para el derecho penal, de las nociones de “deber” en sentido técnico-jurídico y de “deber” en el sentido de deber de cuidado. A mi juicio, la propuesta de asumir el término ‘incumbencia’ no es tan sólo una cuestión terminológica⁸⁷¹. Cambia el término empleado y su selección puede calificarse, en cierta medida, como arbitraria. Pero ello no ha de desconocer que semejante modificación descansa en una razón que aquí se estima suficiente: el comportamiento previo no infringe necesariamente un deber, y, cuando lo hace, el comportamiento infractor no es uno que entonces haya de pasar a ser calificado como “típico”⁸⁷².

⁸⁷⁰ Advierte acertadamente sobre ello, HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 418.

⁸⁷¹ Tal como sostiene BURKHARDT, *Conducta ex ante*, p. 179, nota 109; MANSO PORTO, *Normkenntnis*, p. 36; GÜNTHER, *Schuld*, pp. 109; DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts*, pp. 84 ss.; JAKOBS, *AT*, § 9/2; PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 356, con nota 581, subrayando que, en realidad, para los casos de que habla (§ 35 StGB), se trataría únicamente de una cuestión nominal; *ibidem*, pp. 369, 371. En contra, como en el texto, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, p. 542, nota 116.

⁸⁷² No es terminológica si por ello se entiende lo que implica, en parte, que se trata de una cuestión de corrección terminológica que, en nuestro caso, toma como base una análisis teórico-jurídico, concretamente, una determinada concepción de las normas de comportamiento.

Además, la ventaja de utilizar el término ‘incumbencia’ no sólo en la estructura de imputación de la imprudencia, sino también en las demás instancias de imputación extraordinaria explicita el paralelismo presente común a todas ellas:

1.4. Norma de comportamiento y deber de cuidado

Por lo que hace a la concepción del “deber de cuidado” o “norma de cuidado” como deber jurídico-penal (o norma penal de cuidado), en lo que sigue se defenderá la tesis, coherente con lo sostenido hasta ahora, según la cual el comportamiento de quien realiza de manera dolosa un tipo de delito como de quien lo realiza de manera imprudente contraría la misma norma de comportamiento⁸⁷³. Las capacidades individuales que subyacen a los conceptos de dolo e imprudencia —capacidad actual de evitar la realización del hecho y capacidad actual de evitar la inevitabilidad actual de realización del hecho, respectivamente— operarían entonces como dos condiciones positivas de vinculatoriedad para con la misma norma de comportamiento⁸⁷⁴. Uno queda vinculado u obligado en la medida de su capacidad actual o, en defecto de ésta, en la medida de su responsabilidad por la ausencia de semejante capacidad. En el primer caso —dolo— el criterio de imputación es fáctico⁸⁷⁵, en el segundo —imprudencia—, el criterio es normativo. Estas dos condiciones de vinculación operan como dos criterios o reglas de imputación para un mismo objeto de imputación: la realización de la acción contenida —descrita— en los tipos delictivos de la parte especial. Así, desde la perspectiva del derecho penal, quien actúa dolosa o imprudentemente manifiesta o declara, en distinta medida, que la misma norma no es vinculante para él o ella⁸⁷⁶.

⁸⁷³ En contra, por ejemplo, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 43 ss., 62 ss.; ROSTALSKI, *GA* 2016. La idea de un deber de cuidado jurídico-penal podría encontrar sentido, como se vio, en el ámbito de los delitos de peligro abstracto.

⁸⁷⁴ En este sentido, por ejemplo, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 91 ss.

⁸⁷⁵ Lo que, como vimos, no excluye que se trate de un concepto normativo (estipulativo) o que el dolo resulte de una operación de atribución.

⁸⁷⁶ Entonces, las disposiciones de la Parte Especial que prevén la imposición de una pena en los casos de imprudencia —los así llamados “tipos imprudentes”— no serían sino normas que habilitan al juez para tal imposición (normas de sanción), de modo que su previsión en ese lugar se debería a la consagración en los códigos penales de un sistema *numerus clausus* de incriminación de realizaciones imprudentes. De ahí que, a mi juicio, la crítica de indeterminación (por ejemplo, TORÍO LÓPEZ, «El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos», *ADPCP* (1974), p. 52), formulada frente a los “tipos imprudentes” de la Parte Especial no proceda del mismo modo que frente a los tipos (objetivos) de delito. Pues los criterios de que se ha actuado de manera imprudente —criterios éstos de imputación—, no pertenecen a la descripción típica, que es precisamente la que queda sometida a la exigencia de determinación legal. Por otro lado, que la mera infracción de esa exigencia de cuidado no lleve aparejada sanción alguna (y que su cumplimiento no sea conminado con pena) se corresponde, en cierta medida, con la erradicación de la previsión de un (genérico) *crimen culpae*.

Que la norma de comportamiento infringida sea la misma quiere decir que en uno y otro injusto se realiza el mismo tipo delictivo. Dicho de otro modo y haciendo uso de la terminología tradicional, injusto doloso e imprudente comparten el mismo injusto objetivo⁸⁷⁷. A modo de ejemplo:

Si, sentados en una terraza, observamos que el conductor A atropella al peatón B, dejándolo malherido, el atropello con resultado de lesiones podrá haber sido tanto doloso como imprudente, pero como observadores (puros o hermenéuticos, lo mismo da) no disponemos de esa información. Podríamos afirmar con valor de verdad que lo ocurrido satisface las propiedades del tipo de lesiones⁸⁷⁸.

En el caso particular de la imprudencia, al injusto objetivo común se le añade *otro objeto de reproche* constituido por la contrariedad a la exigencia de cuidado o incumbencia, el cual no forma parte del contenido de injusto objetivo que se deriva de la contrariedad a la norma de comportamiento, sino que es auxiliar a éste. De ello se sigue que la conducta propiamente descuidada —la infracción (imputable) de una exigencia de cuidado—, no es en sí misma contraria a la norma de comportamiento jurídico-penalmente reforzada; pero la imprudencia punible, en la medida en que requiere de la realización del tipo (injusto objetivo), ha de presuponer la contrariedad (como no-correspondencia) con la norma de comportamiento. La relación entonces entre el sujeto que infringe la exigencia

⁸⁷⁷ Aquí hay que entender el injusto o tipo objetivo como mera causación o producción del resultado. La afirmación según la cual el injusto o tipo objetivo de los delitos dolosos e imprudente es la misma parece problemática si condicionamos la afirmación de semejante injusto a los correctores propios de la imputación objetiva. Es decir, aquí se rechaza la idea de una “falta de cuidado externo” como elemento común de todos los delitos de resultado y, por tanto, como elemento del tipo objetivo. En el mismo sentido, HRUSCHKA, *JZ* (1997), p. 24, advierte de que en la imprudencia rige lo mismo que para los delitos dolosos de resultado, a saber, la producción inmediata del resultado típico. Por tanto, en los hechos imprudentes también sería incorrecta toda anticipación a una acción que fuera previa a la acción así definida (producción directa). En cambio, véase, FRISCH, *Vorsatz*, p. 130; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 126 ss.

⁸⁷⁸ Si el atropello (más allá de la colisión de dos cuerpos o el derribo de uno por el otro) o las lesiones (más allá de la destrucción de un cuerpo) son rasgos del mundo cuya existencia depende o no de nuestras actitudes, es algo que ahora no tiene relevancia. En todo caso, siguiendo a Searle, podría concluirse que son rasgos del objeto que dependen del observador, los cuales no añaden nuevos objetos materiales a la realidad observada, pero sí nuevos rasgos epistémicamente objetivos, esto es, dependientes de una actitud del observador objetivada (en este caso por el derecho o, más en general, por la sociedad). El atropello o las lesiones se añadirían, entonces, como rasgos ontológicamente subjetivos, esto es, cuya existencia depende de nuestra actitud hacia el objeto físico (la colisión de dos cuerpos; la destrucción parcial de uno de ellos). Estos rasgos son designados por Searle como rasgos relativos al observador (ontológicamente subjetivos), lo que no excluye su designación, a la vez, como rasgos epistémicamente objetivos: no es una opinión o evaluación, sino, más bien, una cuestión de hecho, de un hecho objetivamente apreciable por los miembros de una comunidad jurídica o sociedad. Al respecto, véase, SEARLE, *La construcción de la realidad social*, (1995), 3ª impr., 2012, pp. 28 ss., y *passim*.

de cuidado y el injusto objetivo (la norma de comportamiento contrariada) es, en todo caso, normativa, no fáctica. A modo de ejemplo⁸⁷⁹:

A se asoma por la ventana, golpeando una maceta que se encuentra en la repisa de ésta, la cual cae sobre un viandante causándole lesiones.

El golpeo de la maceta que causa las lesiones es un ejemplar de la clase de acción descrita como “lesionar a otro”. Esta es la realización del tipo que prohíbe la norma de comportamiento; y el comportamiento que lleva a cabo tanto el autor doloso como el imprudente ha de satisfacer semejante descripción típica⁸⁸⁰. En este caso, el golpeo de la maceta que causa las lesiones ejemplifica esa descripción. Sin embargo, la vinculación entre *A* y la norma que prohíbe la producción o causación de lesiones no es fáctica si es que *A* no se representa de manera suficiente las circunstancias que harían practicable la norma en cuestión. En este nivel de análisis la vinculación pasa por una oración condicional que incluye la cláusula normativa de la hablamos más arriba: si *A* hubiera observado el cuidado exigido, entonces *A* habría estado en posición de evitar intencionalmente la realización de las lesiones.

La eventual infracción de una exigencia de cuidado no forma parte entonces de la descripción típica, por lo que la exigencia de cuidado no puede formar parte de la norma de comportamiento en cuestión, la cual —recordemos— se obtiene por formulación contradictoria del propio tipo de delito. Es, más bien, una entidad diferente, pero no autónoma. La infracción de la exigencia de cuidado y la antinormatividad son momentos distintos que se corresponden con exigencias también distintas. Pero entonces, si la exigencia de cuidado, cuya infracción es fundamental para la responsabilidad por imprudencia, no encuentra fundamento en la norma de comportamiento reforzada jurídico-penalmente, y si, además, no procede definir el delito imprudente como la mera infracción imputable de una norma o deber de cuidado, entonces surge la pregunta de qué vinculación existe entre tal exigencia y la norma de comportamiento. Pues si bien la exigencia de cuidado es, *en ese sentido*, una entidad autónoma, su construcción es funcional con respecto al seguimiento de la norma. Por sí sola no tendría sentido.

⁸⁷⁹ Propuesto por RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 229.

⁸⁸⁰ BINAVINCE, *Momente*, p. 110; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 13 nm. 16; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, pp. 229, 231.

La infracción de la exigencia de cuidado, concebida como incumbencia, sólo cobra relevancia jurídico-penal si retrospectivamente se constata la realización de un tipo penal y se considera que su seguimiento (el de la incumbencia) hubiese situado al autor en posición para evitar semejante realización⁸⁸¹. Sólo entonces a partir de esta relación funcional con la norma de comportamiento (mejor: con el deber de evitar la realización típica) puede la infracción imputable de una incumbencia indicar un déficit de motivación fiel a derecho —de responsabilidad jurídica en tanto persona en derecho—, que, a su vez, adquiera relevancia para la sanción penal. Una exigencia de cuidado configurada de este modo no tiene, sin embargo, la capacidad de orientar el comportamiento.

2. Relación funcional entre la infracción o cumplimiento de una incumbencia y la infracción o cumplimiento de un deber en sentido técnico-jurídico

Como vimos, una de las afirmaciones más recurrentes en torno a la relación que podría mediar entre la incumbencia y el deber es que la primera sería condición de posibilidad del segundo o de la norma (Hruschka, Sánchez-Ostiz⁸⁸²). Dada la concepción de norma de comportamiento aquí sostenida, lo correcto es sostener que el cumplimiento de las incumbencias es *condición de posibilidad del seguimiento* de la norma⁸⁸³. Esto es, de su eficacia, pero no de su existencia. Además, esta relación funcional es apreciable también desde un prisma retrospectivo, pues constituyen exigencias cuya infracción es una *condición para la posibilidad de imputación (y eventual sanción)* de la infracción de un deber, diferente de la incumbencia⁸⁸⁴.

Como hemos visto, conforme al uso de incumbencia que se propone por una parte minoritaria de la doctrina en el contexto de la imputación extraordinaria, el contenido de ésta en tanto estándar general de comportamiento consiste en mantenerse en un estado de capacidad para seguir la norma. Por su parte, el término “deber” es utilizado en el sentido de concreción para el sujeto en cuestión del contenido de la norma de comportamiento. Y el contenido de la norma no puede concretarse para el sujeto, es decir, no puede nacer el deber, si el sujeto no dispone de la capacidad de reconocer la situación que hace aplicable una norma y de actuar conforme a ese reconocimiento. De ahí que cumplir con

⁸⁸¹ De modo similar, DEHNE-NIEMANN, *GA* (2012), p. 90, nota 11.

⁸⁸² Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *InDret Penal* 1/2015, pp. 13 ss.

⁸⁸³ *Ibidem*, p. 15, con nota 50.

⁸⁸⁴ Cfr. HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 417.

la incumbencia sea una condición necesaria para que surja el deber y poder así cumplir intencionalmente con la norma. La relación funcional entre incumbencia y deber jurídico-penal fundamentado en la norma se advierte en cuatro escenarios:

i) Si se infringe previamente una incumbencia (exigencia de cuidado), ¿puede cumplirse con el deber?

Es decir, si una persona se pone a sí misma en un estado de incapacidad para seguir la norma, ¿puede seguir la norma? La respuesta general es, obviamente, que no. Quien no tiene la capacidad general de seguir la norma, no puede seguir la norma. De hecho, siguiendo el esquema favorecido por el modelo del silogismo práctico, para quien no tiene capacidad no surge el deber fundamentado en la norma. Ahora bien, que el sujeto no pueda situacionalmente seguir la norma, o que no surja el deber (lo mismo da), no significa que, de coincidir la concreta *acción* ejecutada u omitida del sujeto con la clase de acción prohibida o requerida por la norma, es decir, de realizar el tipo de delito, esta realización haya de quedar necesariamente impune. Todavía cabe la posibilidad de imputar de manera extraordinaria la realización típica. Por tanto, *si se infringe la incumbencia no podrá seguirse intencionalmente la norma*⁸⁸⁵; por lo que, *prima facie*, no podrá atribuirse responsabilidad por la realización del tipo.

La única respuesta afirmativa posible a la cuestión formulada vendría dada por que la actuación posterior a la infracción de una incumbencia fuera, casualmente, conforme a las normas del derecho penal. En este escenario no podría hablarse de deber, pues la correspondencia entre el comportamiento particular y el exigido por la norma no obedecería a la intención de seguir la norma. Por ejemplo: A se embriaga en el bar (sin superar el límite penal de alcohol en sangre, pero con afectación de la capacidad de acción y motivación), toma el coche y conduce por encima del límite de velocidad permitido hasta casa sin problemas. Supongamos que semejante afectación no le hubiera permitido controlar el coche en una de las curvas que toma en el camino. Casualmente, la carretera a esas horas estuvo poco transitada. Por tanto, no es que se cumpla casualmente con el deber, el cual nunca surgirá por estar el sujeto *incapacitado* en ese momento, sino que casualmente su comportamiento concreto no será de los que prohíbe la norma de comportamiento del derecho penal⁸⁸⁶. Sin embargo, si es una norma de mandato la que

⁸⁸⁵ Así, por ejemplo, KINDHÄUSER, *JRE*, (1994), p. 346, nota 24.

⁸⁸⁶ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad*, p. 154, quien afirma que “la infracción de una incumbencia da lugar a la *imposibilidad* (total o parcial, definitiva o provisional, según los casos) *de cumplir* en el momento

requiere una concreta acción de un sujeto que previamente ha infringido una incumbencia, entonces no parece posible aceptar que la ejecución de semejante comportamiento debido pueda tener lugar. Por consiguiente, *no siempre que se infringe una incumbencia se infringe necesariamente el deber (la norma) que le sobreviene.*

ii) Si se cumple previamente con la incumbencia, ¿se cumple necesariamente con el deber?

Si, por el contrario, el sujeto cumple con la incumbencia, entonces podrá cumplir intencionalmente con el deber. Salvo que intencionalmente decida no cumplir con él. A modo de ejemplo:

A comprueba que la pistola está cargada. Un momento después estará en disposición de cumplir con la norma que prohíbe matar; pero ello no impide que decida disparar a B.

De hecho, la decisión del segundo momento de llevar a cabo la realización típica (matar a B) dejará sin relevancia la decisión del momento anterior, al menos por lo que hace a la configuración del injusto. Esto mismo sirve como argumento para descartar la afirmación de una relación de causalidad entre el comportamiento previo que infringe la incumbencia y el comportamiento lesivo que realiza el tipo, en la medida que el sujeto podría haberse comportado de otra forma en el momento del comportamiento lesivo⁸⁸⁷. Por consiguiente, *cumplir con la incumbencia posibilita, pero no garantiza, el cumplimiento con el deber.*

iii) Infringido el deber, ¿presupone ello la previa infracción de una incumbencia?

La respuesta a esta cuestión ha de ser negativa. Desde una perspectiva conceptual, ello implicaría afirmar que todo aquel que infringe un deber lo infringe en estado de

oportuno el respectivo deber (...)" (énfasis en el original). Como señala RAZ, *Practical Reason*, p. 81, se dice que "una persona sigue una norma *sólo* si la observa como una razón excluyente, así como una razón de primer orden para realizar el acto de la norma" (énfasis añadido); en este sentido, también KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 42.

⁸⁸⁷ Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 71, 124 ss.; EL MISMO, *JRE* 1994, p. 346, nota 24; EL MISMO, *GA* 1994, pp. 197, 206 s., 219 s., dependería de la motivación fiel a derecho. En el mismo sentido RENZIKOWSKI, HAAS, *GA* 2015, p. 93. En detalle, véase JOERDEN, *Strukturen*, pp. 40 ss. Ya BINDING, *Normen*, IV, p. 370, se refiere con cierta ironía (habla de una "benignissima interpretatio") a los supuestos en los que se acepta la causalidad entre el comportamiento previo descuidado del autor y el resultado, en la medida en que suponen que el autor, de no haberse comportado como efectivamente se comportó, hubiera reconocido la lesividad de su comportamiento en el momento de la comisión y, por tanto, se hubiera comportado conforme a derecho.

incapacidad. Y, por extensión, que no cabe la infracción intencional de deberes⁸⁸⁸. De ahí que no se comparta la afirmación de Sánchez-Ostiz cuando sostiene que “la infracción de un deber llevará consigo antes la de una incumbencia”⁸⁸⁹. De hecho, si no cumplo el deber pudiendo cumplirlo, ¿implica siempre que he eliminado mi capacidad de cumplir? No, solo elimino la voluntad de hacerlo. *Actuar con dolo no implica un actuar imprudente previo o coetáneo*⁸⁹⁰.

No obstante, si bien el deber sólo nace para quien puede cumplirlo, cuando atribuimos responsabilidad por imprudencia —escenario en el que por definición el deber de evitar no ha nacido— podemos afirmar en términos normativos —no fácticos—, que se ha infringido el deber en virtud de una infracción previa de la incumbencia.

iv) Si se cumple el deber, ¿presupone el cumplimiento previo de una incumbencia?

En cambio, lleva razón Sánchez-Ostiz al afirmar que cumplir con lo que incumbe es “condición para poder [de posibilidad, V.V.] cumplir el deber derivado de la norma”⁸⁹¹. De nuevo, *para poder cumplir intencionalmente con el deber es necesario ser capaz de hacerlo*. Esto quiere decir que cuando atribuimos responsabilidad dolosa es porque el autor está en condiciones (actuales) de no realizar la acción prohibida u omitir la acción requerida.

En suma, sin norma jurídico-penalmente reforzada no existe incumbencia jurídico-penalmente relevante. Por tanto, condición de existencia de la incumbencia es la existencia de las normas; pero condición de cumplimiento intencional (seguimiento) de

⁸⁸⁸ Ello puede ilustrarse si aplicamos la forma silogística *modus tollendo tollens* (si P, entonces Q; no Q; entonces no P): si he infringido el deber, entonces he infringido la incumbencia; no he infringido la incumbencia; entonces no he infringido el deber.

⁸⁸⁹ SÁNCHEZ-OSTIZ, *FS-Streng*, p. 9, nota 41.

⁸⁹⁰ Esto, además, impide entender la imprudencia como contenida en el dolo. En un sentido parcialmente distinto, en cambio, VARELA, *Dolo y error*, pp. 578 s., considera que “[e]n el delito doloso (...), el autor infringe una incumbencia-categorica de emplear razonablemente su espacio de libertad y ello se deriva en la infracción directa a un deber jurídico (dolo)”. Sin embargo, el sentido de una incumbencia-categorica es distinto del aquí propuesto, el cual sería equiparable con lo que esta autora designa como “incumbencia-medio (de mantenerse capaz de imputación o de conocer)” (pp. 146, 160 ss.). Que esto sea lo que tiene lugar cuando se reconduce la ignorancia deliberada o indiferencia ante los hechos al dolo (eventual), no ha de desconocer que incluso esta opción axiológica resulta de un proceso de imputación extraordinaria (así, Sánchez-Ostiz). Cuestión distinta es que, como vimos sostiene este autor, la imputación extraordinaria no tenga por qué justificar necesariamente una atenuación de la pena sobre la base de una menor responsabilidad.

⁸⁹¹ SÁNCHEZ-OSTIZ, *InDret Penal* 1/2015, pp. 13 ss.

una norma, es el cumplimiento de una incumbencia. La incumbencia es, entonces, un concepto relacional-instrumental y dependiente⁸⁹².

No se trata de que la infracción de una incumbencia fundamente por sí sola (de manera autónoma) el juicio de reproche al autor por su hecho. El juicio de reproche no es que ha infringido lo que le incumbía, sino que no se puede descargar porque, de haber hecho lo que le incumbía, habría podido evitar la realización típica.

3. Incumbencia, deber de cuidado y norma de comportamiento

Acoger la figura de la incumbencia⁸⁹³ sin plantear previamente la distinción conceptual que nos ocupa para sugerir que los deberes de cuidado serían una suerte de contenido secundario —complementario al contenido primario— de toda norma de comportamiento⁸⁹⁴, tiene algunas consecuencias relevantes para nuestro trabajo. Brevemente: conlleva identificar cumulativamente tres entidades, a saber, la norma de comportamiento (y la posición «deber jurídico»), el deber de cuidado y la incumbencia. Dos son los planteamientos que exploran esta vía.

La primera, representada por Renzikowski, propone distinguir entre un «deber de cuidado primario» y una «incumbencia de conocer secundaria». Sólo la primera entidad sería parte del contenido de la norma de comportamiento; la segunda entidad, de diferente contenido, se encontraría en una relación funcional, y, por tanto, conceptualmente fuera del contenido la norma de comportamiento. En el marco de esta ambigüedad, que se comunica a la expresión «infracción del deber de cuidado»⁸⁹⁵, el término «deber» hace suponer que, en el caso del deber de cuidado, se trataría de una exigencia de comportamiento específica eventualmente irrelevante en el delito doloso. Sin embargo, Renzikowski —en la línea de cierto sector doctrinal— rechaza esa posibilidad⁸⁹⁶. Así, este autor distingue entre un «cuidado» como concreción de la norma de comportamiento y un «cuidado» como objeto de una incumbencia de conocimiento⁸⁹⁷. La contrariedad al

⁸⁹² Así, también, RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, pp. 229 s.

⁸⁹³ Con alguna distinción en el detalle que ahora no es relevante.

⁸⁹⁴ Cfr. RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, pp. 80, 225 ss. De forma similar, también mantienen esta distinción, HÜBNER, *Objektiven Zurechnung*, p. 110; RUDOLPH, *Korrespondenzprinzip*, p. 90; SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad*, p. 154; PAWLIK, *Das Unrecht*, p. en contra GÜNTHER, *Schuld*, p. 110.

⁸⁹⁵ Esta ambigüedad aparece ya apuntada en ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 269 ss.

⁸⁹⁶ RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 224, con ulteriores referencias en notas 58 a 60.

⁸⁹⁷ *Ibidem*, pp. 224 s., 226 ss.

primer cuidado se refiere a cierto riesgo no permitido. En este sentido, toda acción dolosa es también contraria a cuidado, y, con ello, este rasgo deviene superfluo⁸⁹⁸. El cuidado únicamente tiene su relevancia distintiva para con el dolo cuando se trata de incumbencias (por ejemplo, la incumbencia de conocer).

En un sentido amplio, las reglas de cuidado —cuando consisten en la observancia de instrucciones de uso y reglas técnicas— no son otra cosa que derivaciones para el caso concreto de la norma general de comportamiento⁸⁹⁹. Puesto que las normas —continúa— son una suma de reglas de cuidado para la evitación directa de la correspondiente lesión de un bien jurídico, tanto el injusto imprudente como el doloso pueden ser descritos como contrarios a la norma (*Normwidrigkeit*)⁹⁰⁰. El criterio de distinción de tales reglas de cuidado *primarias* con respecto de las incumbencias lo constituye su relación de infracción inmediata con la producción de la lesión de bienes jurídicos. El reconocimiento de deberes de cuidado (primarios) junto con las normas de comportamiento sería entonces una duplicación superflua de normas⁹⁰¹.

Esta primera vía sería correcta si semejantes deberes de cuidado primarios fueran susceptibles de derivarse ya con necesidad práctica de la norma de comportamiento. Así, quien en condiciones normales y sin pretender la muerte de alguien lanza un aparato eléctrico enchufado a la bañera mientras otra persona toma un baño, pero reconociendo —dado el carácter básico de la regla— el peligro de tal comportamiento para la vida de ésta, estaría infringiendo una regla de cuidado fundamentada en la norma de comportamiento. En este sentido, el cumplimiento con esa regla de cuidado es necesario para evitar directamente (causalmente) la lesión de un bien jurídico, a diferencia del cuidado exigido como distintivo de la imprudencia, cuya no observancia sólo neutraliza la capacidad de acción del sujeto. Como tal, en el supuesto planteado por Renzikowski el *cuidado primario* hace parte del tipo objetivo y su desconocimiento podrá ser considerado, en consecuencia, como un error sobre un elemento causal (o sobre el proceso causal) del tipo. Por el contrario, si tal regla es conocida por el sujeto, entonces habrá de contar como razón para no realizar el tipo de homicidio.

⁸⁹⁸ En términos similares para el dolo, PUPPE, «Vor § 13», *NK*, nm. 154 s.

⁸⁹⁹ RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 225.

⁹⁰⁰ Entendida ésta no en el sentido “objetivo” que le asigna Kindhäuser.

⁹⁰¹ *Ibidem*, p. 226. En el mismo sentido, PAWLIK, *Das Unrecht*, pp. 334 ss., con nota 476.

Sin embargo, esta primera vía no puede desconocer que el hecho que tanto el injusto doloso como el imprudente contraríen una misma norma no obedece a que el riesgo no permitido pertenezca *siempre* a la norma de comportamiento⁹⁰², pues lo normal será que éste haya de operar en sede de imputación subjetiva al no estar siempre contenido en el tipo objetivo. Así, quien supera el límite de velocidad establecido en una vía, si bien realiza un comportamiento que supera el riesgo permitido, no por ello está realizando una tentativa del tipo de homicidio⁹⁰³. En este sentido, la regla de cuidado sería una entidad con diferente contenido y carácter. Y, entonces, tanto el delito doloso como el delito imprudente infringen la misma norma (comparten antinormatividad *à la* Kindhäuser), pero de dos formas distintas.

La segunda estrategia, presentada por Sánchez-Ostiz, propone hablar, como vimos, de deberes de cuidado como exigencias diferenciadas del contenido (de lo exigido por) de las incumbencias, lo que sitúa a esta figura como una fuente cumulativa de exigencia y, por consiguiente, de eventual responsabilidad jurídico-penal. Como vimos, este autor se inclina por entender que “incumbencia y deber de cuidado son entidades diversas”⁹⁰⁴, y, en todo caso, sería necesario dar con el fundamento de la imputación extraordinaria más allá de la idea de una genérica infracción del deber de cuidado⁹⁰⁵. En su opinión, la distinción entre una y otra figura obedecería, fundamentalmente, a tres razones: en primer lugar, mientras que la incumbencia opera —con independencia de que estructuralmente constituya una regla de conducta— en el contexto de las reglas de *imputación* (posibilitándola en caso de infracción), el deber de cuidado operaría como baremo para evaluar, a los efectos del correspondiente tipo imprudente, un hecho ya imputado en su primer nivel. Así, mientras que la incumbencia operaría como un criterio de imputación cuando es infringida, el deber de cuidado lo haría como una parte de la *norma* de valoración⁹⁰⁶. En segundo lugar, el deber de cuidado sería una entidad que *únicamente* operaría en el nivel del injusto, mientras que la incumbencia lo haría, además, en el nivel de la culpabilidad. Por último, mientras que la infracción de un deber requiere “poder obrar y «dolo» (conocimiento) por parte del agente”, para la infracción de la incumbencia

⁹⁰² Así, sin embargo, PAWLIK, *Das Unrecht*, pp. 335 s.

⁹⁰³ Sobre ello volveremos al trabajar la imprudencia como una instancia estructural de imputación extraordinaria.

⁹⁰⁴ SÁNCHEZ-OSTIZ, *InDret Penal* 1/2015, p. 21.

⁹⁰⁵ *Ibidem*, p. 19. Que la imputación extraordinaria requiera de una buena justificación —lo que comparto— no excluye que operativamente requiera de la infracción de una exigencia de cuidado.

⁹⁰⁶ Aquí se habla de norma en sentido muy amplio.

no ocurre lo mismo. Pues, en opinión del autor, precisamente se recurriría a la última “para evitar asimilar esos casos con la infracción de un deber”⁹⁰⁷.

Según el modelo que aquí se defiende, estas tres razones son necesariamente discutibles. La premisa problemática implícita en la propuesta de Sánchez-Ostiz sería la siguiente: el deber de cuidado está incluido en la norma de comportamiento, si bien, operando de manera subsidiaria. Sobre el rechazo de la plausibilidad de esta premisa nos remitimos a lo expuesto más arriba. Por lo que hace ahora a la primera razón, a mi juicio es una contradicción sostener, por un lado, que en los casos de imprudencia la estructura de imputación es extraordinaria y, por el otro, que incumbencia y deber de cuidado no son una y la misma entidad. En efecto, si se sostiene la existencia de incumbencias y, además, de deberes de cuidado, lo que permitiría reestablecer la imputación en los supuestos imprudentes sería ya la infracción del (mal llamado) *deber* de cuidado, por lo que la incumbencia no jugaría, en principio, papel alguno. Pero, entonces, lo que debería someterse al deber de cuidado en su función de valoración sería el comportamiento descuidado y no el comportamiento lesivo. Esto último es importante: la conducta descuidada no es la que se imputa como lesiva —de hecho, su *lesividad* no es, por sí sola, jurídico-penalmente relevante—. Si esto es así, la conducta descuidada tampoco es la que se compara o barema —en aras de verificar su correspondencia— con la *norma* de valoración⁹⁰⁸. Precisamente porque la norma de comportamiento jurídico-penalmente reforzada no contiene una exigencia de cuidado. Y ésta, por extensión, tampoco se halla contenida en los tipos penales de la parte especial. Dicho de otro modo: no hay un tipo objetivo distintivamente imprudente, sino, más bien, un injusto *personal* imprudente.

De hecho, si ha de tener algún sentido el recurso a la figura de la imputación extraordinaria —y la imprudencia es, como veremos, una instancia de semejante estructura (también para Sánchez-Ostiz)—, ello obedece a que los criterios de imputación ordinarios (brevemente: conocimiento del hecho y del injusto, capacidad de motivación normal y de actuar conforme a tales estados mentales) no están disponibles para el caso concreto. La disposición de estas capacidades al momento de realizar la acción inmediatamente lesiva opera como criterio ordinario precisamente porque sin ella no es posible seguir intencionalmente la norma. De lo que se sigue que su ausencia será una razón suficiente para imposibilitar la imputación ordinaria de la realización de la acción

⁹⁰⁷ SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad*, p. 153.

⁹⁰⁸ Como vimos en la segunda parte, aquí se parte de que no existe una norma de valoración como tal, sino de la valoración como una de las funciones que pueden ser atribuidas a una norma de comportamiento.

inmediatamente lesiva. Y esto significa, para lo que aquí interesa, que, ante la ausencia de capacidades en la situación concreta, la relación entre el sujeto y la norma de comportamiento (o la situación que la hace aplicable) habrá de establecerse normativamente a partir de criterios extraordinarios de imputación. Lo que, por cierto, no será necesario si entendemos —como hace Sánchez-Ostiz— que el deber de cuidado está contenido ya en la norma de comportamiento, perdiendo sentido entonces hablar en términos de imputación extraordinaria.

La equiparación que suele hacerse entre las figuras «incumbencia» y «deber de cuidado» obedece no tanto a la función valorativa (*applicatio legis ad factum*) —que Sánchez-Ostiz asigna al deber de cuidado—, como a su función prospectiva *qua* especies de norma de comportamiento. Pero esta norma de comportamiento no es la que se desprende del tipo penal ni, por tanto, la que está jurídico-penalmente reforzada⁹⁰⁹. Así, el contenido de la incumbencia y del deber de cuidado⁹¹⁰ sería el mismo (una exigencia de cuidado, más o menos individualizada) y operaría, desde un prisma fenomenológico, de forma previa al *genuino* deber jurídico-penal, entendido éste como el único que halla su fundamento en las normas de comportamiento; y, desde un prisma retrospectivo, de forma subsidiaria a la no actualización del deber jurídico-penal.

Con esto no se rechaza el carácter subsidiario de la incumbencia (*deber* de cuidado), sino que se sostiene que semejante relación de subsidiariedad se da con respecto al surgimiento del deber jurídico —norma de comportamiento— de evitar la realización típica. Si A no se representa de manera suficiente la situación que hace aplicable la norma X, entonces la norma X no puede ser seguida, es decir, no surge el deber. A modo de ejemplo: si A no sabe que frente a él tiene a una persona (B), y no a un jabalí, entonces A no tiene motivos para no disparar la escopeta, esto es, para seguir la norma que prohíbe matar. Si dispara la escopeta alcanzando mortalmente a B sin tener el conocimiento de que era una persona, entonces no podemos imputarle ordinariamente el comportamiento lesivo (la infracción como no-correspondencia con la norma), pues falta ya el dolo, que opera como criterio ordinario de imputación. Que falte el dolo, no obstante, no impide afirmar la correspondencia entre el comportamiento lesivo (el disparo con resultado de muerte) y la

⁹⁰⁹ Así, entre otros, RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 231, aunque, como vimos, también se refiere a deberes de cuidado contenidos en la norma de comportamiento.

⁹¹⁰ Entendido este como *deber* dirigido a mantenerse en un estado que le permita conocer la eventual realización del tipo, y que puede definirse, en general, como un *deber* de adquisición o mantenimiento de conocimientos o capacidades físicas. Al respecto, BURKHARDT, *Conducta ex ante*, pp. 174 ss.

acción descrita en el tipo (matar). Es decir, el dolo no es una propiedad necesaria para satisfacer las propiedades de la acción descrita en el tipo. Brevemente: el dolo no es una propiedad de la acción “matar”, que es precisamente lo que se ha de imputar al sujeto. Por tanto, A ha matado a B sin dolo. ¿Y por imprudencia? Por definición, el estado mental del autor imprudente no puede tener por objeto la descripción (o al menos no todas sus propiedades) típica, lo que no excluye que crea que está realizando una cierta clase de acción. Esto es, no obsta a considerarla una acción intencional, pero con respecto a la realización de otro objeto.

Con todo, si, a falta del dolo, pretendemos buscar razones de peso para atribuir responsabilidad *prima facie* (primer nivel de imputación), entonces necesitamos un criterio que opere en defecto del dolo. Ese criterio, que entonces será subsidiario del dolo, no es la incumbencia (subsidiaria de la norma de comportamiento-deber jurídico), sino la *infracción* de la incumbencia. Pero la incumbencia no puede tener por objeto la exigencia de no matar —objeto este de la norma de comportamiento—, sino que, en general, habrá de tener por objeto la exigencia de actuar con cuidado para no colocarse en situaciones no susceptibles de control por el propio sujeto. En nuestro caso, la situación que A no alcanza a controlar se refiere al desconocimiento del objeto típico, por lo que habremos de preguntarnos qué le llevó a esa situación de desconocimiento y si pudo evitarla. Por consiguiente, la formulación de la pregunta vuelve necesario desplazar el centro de interés a un momento anterior al desconocimiento. Lógicamente, ese momento anterior al desconocimiento será un momento también anterior al comportamiento inmediatamente lesivo. Sobre ello volveremos en los siguientes apartados.

En cuanto a la segunda razón, como vimos al tratar el planteamiento de Sánchez-Ostiz, el autor sugiere que cuando de lo que se trata es de restablecer la imputación en el segundo nivel, ya “no procede apelar al deber de cuidado para reprochar al agente su defecto (pues la conducta ya es típica), sino a lo tolerable o no de su error o falta de suficiente voluntariedad”⁹¹¹. Sin embargo, en el segundo nivel de imputación también es plausible apelar a la infracción de una incumbencia o *deber* de cuidado como premisa de lo intolerable de un defecto de imputación, en la medida en que la intolerabilidad de ese defecto se deba a una falta de atención o preocupación previa. Precisamente porque la infracción de una incumbencia o “deber de cuidado” no es, según nuestro planteamiento, constitutiva de la tipicidad y contingentemente lo es del injusto imprudente, es que su

⁹¹¹ SÁNCHEZ-OSTIZ, *InDret Penal* 1/2015, pp. 20 s., con nota 73.

función también es susceptible de ser desplegada para posibilitar la imputación (extraordinaria) del segundo nivel.

Por lo que hace a la tercera razón presentada por Sánchez-Ostiz, el motivo por el que resulta plausible recurrir a la figura de la incumbencia no se encuentra en que dado que no se dan en el sujeto las condiciones personales de infracción/cumplimiento de un deber, entonces habría de acudir a otra entidad deóntica que nos permitiera renunciar a tales condiciones personales en ese momento anterior. Puesto que, como acertadamente indica el propio autor, la incumbencia es previa al deber, que las condiciones personales no se den en el momento de cumplir el deber no significa que las mismas no puedan de hecho (y deban) estar presentes, en un momento anterior. Que esto sea así es, como vimos, necesario para poder compatibilizar la imputación extraordinaria el comportamiento inmediatamente lesivo con el principio de culpabilidad. Por tanto, a mi juicio, que no sea un deber no ha de llevar al equívoco de no exigir para su infracción la concurrencia de requisitos subjetivos, pues, como ocurre con los deberes, es necesario que en la infracción de una exigencia de cuidado el sujeto actúe con conocimiento de la situación que la hace aplicable. Si no, no es infracción imputable de una incumbencia. De modo que también con respecto a las exigencias de cuidado el sujeto sólo queda ligado en la medida de su poder⁹¹², pues, de lo contrario, la imputación extraordinaria no sería sino una peligrosa vía, altamente objetivada, de atribución de responsabilidad.

En consecuencia, hasta aquí se parte de la distinción conceptual entre tres entidades deónticas: la norma de comportamiento jurídico-penalmente reforzada, el deber en sentido jurídico-técnico que halla su fundamento en aquélla y la incumbencia o exigencia de cuidado. Esta última no deriva con necesidad práctica de la norma de comportamiento y sólo entra en acción subsidiariamente en la forma de infracción de una incumbencia cuando el sujeto no reúne la capacidad actual —al momento del comportamiento lesivo— para cumplir con lo exigido por la norma. Por tanto, en adelante se prescindirá del uso de la expresión “deber de cuidado” —salvo cuando la explicación lo requiera—.

⁹¹² Cfr. KINDHÄUSER, *JRE*, (1994), p. 245.

III. Estructura prescriptiva de las incumbencias: imperativo categórico e imperativo hipotético

Una cuestión que ha generado cierto debate entre quienes discuten o acogen la figura de la incumbencia como entidad deóntica es la de que carácter ha de predicarse de su estructura prescriptiva. Como vimos, la discusión gira en torno a la caracterización hipotética o categórica de la incumbencia. Plantear la discusión en estos términos (concibiendo las reglas de conducta jurídico-penales como imperativos categóricos *à la* Kant, como parece entender Montiel⁹¹³, pero también la gran mayoría de los autores), puede llevar a confusión⁹¹⁴. Y esa posibilidad se hace extensible no sólo a las incumbencias, sino a cualquier regla jurídica que tenga como pretensión guiar comportamientos. La razón, y que entiendo también expuesta de manera similar por Sánchez-Ostiz⁹¹⁵, es la siguiente: si bien es verdad que, para no caer en descontextualizaciones, al hablar sobre el par conceptual hipotético/categórico es obligada la referencia a Kant, la caracterización que de tales conceptos propone este autor trasciende en profundidad al mero carácter condicional o incondicional de los imperativos⁹¹⁶. Mejor dicho: todo lo que presupone la incondicionalidad del imperativo categórico kantiano no lo presupone la incondicionalidad del derecho positivo. No obstante, preguntarse con Kant por la naturaleza o estructura prescriptiva de las normas jurídicas y las incumbencias, es decir, sobre su carácter de hipotéticas o categóricas, puede ser relevante para arrojar algo de luz sobre el problema de la separación entre derecho y moral, así como para determinar cómo operan las normas de comportamiento del derecho positivo legitimadas.

⁹¹³ Cfr. MONTIEL, *InDret Penal* 4/2014, pp. 17 s.

⁹¹⁴ Sobre la dificultad que entraña acudir a este par conceptual, véase BIEWALD, *Regelgemäßes Verhalten*, p. 35, nota 12; dificultad advertida también en la filosofía del derecho para el caso de las normas jurídicas en general, ALARCÓN CABRERA, *Causalidad y normatividad*, 2001, *passim*, esp., pp. 25 ss., 64 ss.

⁹¹⁵ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *InDret Penal*, 1/2015, pp. 11 ss.

⁹¹⁶ Otra caracterización de estas formas de imperativos puede encontrarse, por ejemplo, en STAMMLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1922, pp.; KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979, pp. 11 ss., 62 ss. Como señala SÁNCHEZ-OSTIZ, *InDret Penal*, 1/2015, p. 11, nota 37 citando a BYRD/HRUSCHKA, *Kant's Doctrine of Right: A Commentary*, 2010, p. 267, n. 38., el imperativo categórico kantiano no agota el género de los imperativos categóricos.

1. Por qué el derecho positivo es para Kant un imperativo categórico

Cuando Kant distingue entre estos dos tipos de imperativo lo hace con la idea de mostrar las dos maneras que tiene la razón de someter a la voluntad (en tanto razón práctica). El imperativo hipotético iría dirigido a la voluntad como razón de tipo instrumental, prudencial o de habilidad como la llama Kant⁹¹⁷ (*si quieres X, haz Y*); esto es, establecería una condición como medio para conseguir un fin. La obligatoriedad (entendida como necesidad, pues es un imperativo) de la acción depende de que se pretenda el fin, es decir, se presenta la acción como buena (necesaria) si lo es como medio para el fin. En cambio, el imperativo categórico no requiere de una condición o un fin para su cumplimiento, sino que exige la realización incondicional de una acción como fin en sí misma, como expresión de una voluntad racional. Son normas morales que se distinguen por la exigencia de poseer una validez incondicionada y universal, esto es, racionalmente objetiva y necesaria. Ello supone para Kant dejar de lado las circunstancias o los resultados (el “bien”, el “valor”) asociados a una acción y valorar la acción por la disposición mental (el móvil) de quien la lleva cabo. Solo de las acciones que obedezcan internamente a la ley práctica del imperativo (categórico) puede predicarse que son moralmente buenas. Así, parece que sólo el móvil puede dar valor o desvalor a la acción.

La propuesta deontológica de Kant se dirige a fundamentar el cumplimiento del derecho como un deber moral. El objeto del derecho lo conforman para este autor las relaciones externas de los sujetos que tienen lugar por medio de “acciones, como hechos, [que] pueden influirse entre sí (inmediata o mediatamente)”⁹¹⁸, para entonces establecer las condiciones que hacen posible el ejercicio de la libertad, entendida como “derecho único, originario, que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad”⁹¹⁹. El Derecho es entonces condición de posibilidad de la libertad trascendental. Y esta libertad puede “coexistir con la libertad de cualquier otro según una ley universal”⁹²⁰. Por tanto, puesto que pretende posibilitar esta libertad, “el Derecho queda revestido de un valor ético absoluto”⁹²¹.

⁹¹⁷ Cfr. KANT, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, (trad. Rodríguez Aramayo), 2ª ed., 2012, (A 43; Ak. IV, 416), pp. 116 s.

⁹¹⁸ KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, (trad. Cortina Orts y Conill Sancho), 4ª ed. 2005, (Ak. VI 230), p. 38.

⁹¹⁹ *Ibidem*, 238, p. 49

⁹²⁰ *Ibidem*.

⁹²¹ GONZÁLEZ VICÉN, «La filosofía del Estado en Kant», en Kant, *Introducción a la Teoría del Derecho*, (introducción, estudio post. y trad. González Vicén), 2005, p. 109. Sobre lo que sigue, véase la propuesta

A las leyes de la libertad, es decir, las que pretenden determinar la voluntad libre, las denomina Kant «leyes morales»; y dentro de estas distingue entre las «jurídicas», cuando afectan a “acciones meramente externas y a su conformidad con la ley”, esto es, a una “libertad externa”; y «éticas», cuando tales leyes exigen que “ellas mismas (las leyes) deban ser los fundamentos de determinación de las acciones”, o sea, a una “libertad interna”⁹²². La libertad es, por tanto, la raíz de una y otra forma de legislación. De ahí que, en función de la legislación que someta a la voluntad, la coacción pueda ser interna (moral) o externa (derecho)⁹²³, y a la primera se le llame, entonces, auto-coacción. Es la distinción entre autonomía y heteronomía, respectivamente. En el primer caso, la voluntad se da la ley a sí misma; en el segundo, “la voluntad busca la ley que debe determinarla en *algún otro lugar*”⁹²⁴. Es posible advertir en esto una contradicción *prima facie*, pues, ¿cómo es posible una voluntad que se diga libre y que sea determinada heterónomamente?⁹²⁵

En efecto, sentada esta aparente separación motivacional entre derecho y moral, si el derecho positivo es un objeto exterior que pretende determinar nuestra voluntad, compareciendo, por tanto, la heteronomía, ¿puede ser considerado, a su vez, un imperativo categórico, es decir, moral? Con otras palabras: ¿puede el derecho ordenarme moralmente? ¿O existe una correlación necesaria entre heteronomía e “hipoteticidad”, y entre autonomía y “categoricidad” que confirma el carácter hipotético de las normas jurídicas?⁹²⁶ Una primera lectura del siguiente pasaje de la *Fundamentación* parece confirmar esta segunda posibilidad:

“Cuando la voluntad busca la ley que debe determinarla *en algún otro lugar* que no sea la idoneidad de sus máximas para su propia legislación universal y, por lo tanto, cuando sale de sí misma a buscar esa ley en la modalidad de cualquiera de sus objetos, se presenta siempre la *heteronomía* (...) Esta relación, al margen de que descansa sobre la inclinación o se sustente sobre representaciones de la razón, solo hace posibles los imperativos hipotéticos: «Debo hacer algo, *porque quiero alguna otra cosa*». En cambio, el imperativo moral y, por ende, categórico dice: «Debo obrar así o asá, a pesar de que no quiera ninguna

de interpretación de este autor; también, la lectura de CORTINA ORTS, en «Estudio Preliminar», en Kant, *Metafísica*, p. XV ss., sobre todo pp. XXXII ss.; en el mismo sentido, KÜHL, en *Recht und Moral*, pp. 142 ss., con ulteriores referencias. En otro sentido, ALARCÓN CABRERA, *Causalidad y normatividad*, pp. 25 ss.

⁹²² KANT, *Metafísica*, (Ak. 214), pp. 17 s.

⁹²³ Cfr. KANT, *Metafísica*, (Ak. 219-220), pp. 23 ss.

⁹²⁴ KANT, *Fundamentación*, (A 88; Ak. IV, 441), p. 158.

⁹²⁵ Ello recuerda a la paradoja del “actuar involuntario”.

⁹²⁶ Afirma esta correlación ALARCÓN CABRERA, *Causalidad y normatividad*, p. 65, con nota 86. Al parecer también Bobbio.

otra cosa». El último [el categórico, V.V.] tiene que hacer abstracción de todo objeto, de suerte que este no tenga *influjo* alguno sobre la voluntad a fin de que la razón práctica (la voluntad) no sea una simple administradora del interés ajeno, sino que simplemente demuestre su propia autoridad imperativa como legislación suprema⁹²⁷

En este pasaje, Kant expresa claramente que cuando el agente es *determinado* externamente solo puede tener lugar por medio de imperativos hipotéticos. Si, además, como hemos visto, el derecho es para Kant un elemento de legislación externa, entonces ha de concluirse que las normas del derecho son imperativos hipotéticos. Sin embargo, si esto tiene lugar en la *Fundamentación*, la división (y distinción) de la moral y el derecho como dos formas de legislación para la razón práctica solo llegará con la *Metafísica*. En esta continua con la idea anterior:

“La legislación que hace de una acción un deber y de ese deber, a la vez, un móvil, es *ética*. Pero la que no incluye al último en la ley y, por tanto, admite también otro móvil distinto de la idea misma del deber, es *jurídica* (...) La legislación ética convierte también en deberes acciones internas, pero no excluyendo las externas, sino que afecta a todo lo que es deber en general (...) cumplir la promesa correspondiente a un contrato es un deber externo; pero el mandato de hacerlo únicamente porque es deber, sin tener en cuenta ningún otro móvil, pertenece sólo a la legislación *interior* (...) Porque realizar acciones sencillamente porque son deberes y convertir en móvil suficiente del arbitrio el principio del deber mismo, venga éste de donde venga, es lo específico de la legislación ética⁹²⁸

En este punto en el que quedan vinculados derecho y moral⁹²⁹, es posible distinguir dos motivos (normas), acaso ambos éticos, de determinación de la voluntad. Un primer motivo propiamente ético, que obedece a una ley interna, como pueden ser los deberes para con uno mismo o el deber de virtud. Como ley interna, procede de la autonomía de la voluntad. Un segundo motivo, perteneciente a un sistema normativo que no es la ética, pero que el sujeto lo hace suyo internamente, *en tanto que deber*. Los primeros los denomina Kant «deberes éticos-directos»; los segundos, «deberes éticos-indirectos»⁹³⁰. Los deberes jurídicos pertenecen a la clase de deberes que proceden de una legislación externa, los cuales, por esa razón, serían deberes éticos-indirectos. Si el derecho ha de posibilitar la libertad en el mundo sensible, entonces el cumplimiento de sus obligaciones

⁹²⁷ KANT, *Fundamentación*, (A 88-89; Ak. IV, 441), pp. 158 s. (énfasis original).

⁹²⁸ KANT, *Metafísica*, (Ak. 219-220), pp. 23 ss. (énfasis original).

⁹²⁹ Como señala CORTINA ORTS, «Estudio Preliminar», en Kant, *Metafísica*, p. XXXIV, pareciera que el derecho fuera para Kant “un apéndice de la moral”.

⁹³⁰ *Ibidem*, (Ak. 221), p. 26.

ha de pertenecer, también, al ámbito de la moral⁹³¹. Y ello hasta el punto de que “tomar como máxima el obrar conforme al derecho es una exigencia que me hace la ética”⁹³².

Por tanto, para Kant es posible la fundamentación ética del derecho —el tránsito de los deberes jurídicos a los deberes éticos—, en la medida en que el derecho mantiene y asegura la libertad externa, y sólo en esas condiciones de paz puede existir “la máxima que nos ordena comportarnos también interiormente según las leyes”⁹³³. En decir, el Derecho es para Kant una condición de posibilidad (indirecta) de la voluntad. Ello no quiere decir para Kant que el derecho ordene moralmente, pues objeto del derecho no pueden ser las relaciones del individuo consigo mismo o con dios, sino, más bien, que cumplir con el derecho es un deber ético, un imperativo categórico.

2. Por qué el derecho positivo no puede ser un imperativo categórico *à la Kant*?

El derecho positivo puede considerarse medio, pero también fin. Ello no es paradójico, sino que se trata de dos planos discursivos diferentes⁹³⁴. El derecho es medio, es instrumento, para la consecución de un fin: la protección o el mantenimiento de la sociedad y sus miembros. Este es el plano de la racionalidad instrumental o valorativa del derecho, que tiene que ver con el discurso legitimador o crítico de éste. El del *por qué* o *para qué* del derecho. Su objeto no es la ética, entendida ésta *à la Kant* como una regulación del actuar conforme a la virtud. Sin embargo, cuando un sujeto a derecho ha de cumplir con una norma jurídica no le corresponde preguntarse (al menos no con relevancia para la acción situacional) acerca del por qué o para qué de su cumplimiento, es decir, sobre el contenido de la norma en cuestión, sino que debe cumplir *porque* es derecho. El motivo de seguimiento del derecho aquí implicado no es moral o prudencial (aunque puede serlo, en la medida en que coincida con lo que el sujeto estime como moral

⁹³¹ Así, GONZÁLEZ VICÉN, en Kant, *Introducción a la Teoría del Derecho*, p. 111.

⁹³² KANT, *Metafísica*, (Ak. 231), pp. 39 s.

⁹³³ GONZÁLEZ VICÉN, en Kant, *Introducción a la Teoría del Derecho*, p. 111. Ello es la base filosófico-política del planteamiento de Pawlik, quien, como vimos, fundamenta el deber de obediencia ciudadano al Estado en el mantenimiento de un estado de libertad concreta-real (*freiheitliche Aufrechterhaltung eines Zustandes konkret-realer Freiheitlichkeit*), que debe leerse como un *status libertatis* (estado civil) que aleje al *status naturae*.

⁹³⁴ Esos dos planos discursivos diferenciados se encuentran también en las propuestas de persona deliberativa (Günther, Habermas) y persona en Derecho (Pawlik). Véase supra.

o prudencial), sino autoritativo⁹³⁵. En este sentido puede hablarse del derecho como fin. Una acción es jurídicamente buena si es conforme con el derecho. Y a la inversa, una acción será jurídicamente mala cuando sea contraria a derecho. Y que sea jurídicamente buena o mala no implica que lo sea desde una perspectiva ética. Es decir, éticamente, el derecho positivo puede ser un medio, no un fin (lo que conduciría a un legalismo ético); pero jurídicamente, el derecho ha de cumplirse como un fin, no como un medio. Con otras palabras, el derecho impone categóricamente lo jurídicamente bueno o malo; pero, en su caso, hipotéticamente lo éticamente bueno o malo.

Aplicado esto al derecho en general, y al penal en particular, conviene decir lo siguiente. Las normas del derecho penal actúan como razones (motivos) externas para la acción del sujeto, pero no pueden requerir el motivo (lo que mueve) por el que el agente decide seguir o no la norma (deseos o inclinaciones del agente)⁹³⁶. Que las normas jurídico-penales sean razones excluyentes de otras razones para actuar no dice nada del motivo (lo que movió) que llevó a un sujeto a actuar conforme o no a la norma y, por tanto, sería trivial entenderlas como imperativos categóricos *à la* Kant. En todo caso, la referencia kantiana a la distinción entre imperativos no agota la posibilidad de acudir al par conceptual categórico/hipotético. Puede concebirse la norma jurídico-penal como categórica en la medida en que deja en suspensión o posterga otras razones que considere el sujeto para actuar. Como señala el propio Montiel, cuando “excluye la finalidad de quien actúa”. Pero no porque la acción sea considerada buena o mala *en sí misma*, sino porque la razón para actuar en un sentido determinado es una razón protegida por el derecho. No se entiende por tanto la idea de Montiel cuando señala que “lo contrario sería afirmar *incorrectamente* (...) que la naturaleza del imperativo depende de su reconocimiento legal”⁹³⁷. Claro que depende de su reconocimiento legal, pues de lo contrario estaríamos hablando de otro tipo de cobertura normativa y, no siendo esta legal, la única posibilidad que existe es que sea meramente moral. Y una cierta moral solo puede

⁹³⁵ Es decir, aunque la voluntad de cumplir con el derecho viene determinada por la coacción del estado o los otros miembros de la sociedad, y es por tanto una voluntad externamente coaccionada (heterónoma), aquella voluntad también puede ser autónoma en la medida en que el cumplimiento del derecho obedezca a razones internas, morales o prudenciales. Cuando el sujeto tiene una actitud moral frente al derecho positivo puede hablarse de “moralidad jurídica”. Sin embargo, el derecho positivo solo puede exigir lo que Kant llama “legalidad”, es decir, una actitud externa de conformidad con el derecho.

⁹³⁶ De otra opinión (citados por FEIJOO SÁNCHEZ, *InDret Penal*, 3/2015, p. 17): PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 807 ss., se refiere a la “necesidad de tomar en cuenta la cuestión de la génesis (motivo) de los estados mentales”. En la doctrina anglosajona, véase, por ejemplo, HELLMANN, «Willfully Blind for Good Reason», *Crime, Law and Philosophy*, (3) 2009, pp. 301 ss.

⁹³⁷ MONTIEL, *InDret Penal* 4/2014, p. 17 (énfasis añadido).

obligarnos en la medida en que esté prevista legalmente, pero no por moral, sino por positiva⁹³⁸.

La caracterización kantiana del imperativo categórico, que considera su infracción como la realización de una acción mala en sí misma, es aplicada por Montiel *mutatis mutandis* al derecho para afirmar que la infracción de sus imperativos categóricos quedaría desvalorada por ser contraria al ordenamiento jurídico⁹³⁹. Pero lo mismo podríamos sostener si sustituimos la expresión “categórico” por la de “hipotético” (en el caso de que entendiéramos las normas jurídicas de esta forma), pues también la infracción de estos últimos llevaría aparejada su desvaloración jurídica.

3. Incumbencias como imperativos hipotéticos

Si entendemos que su contenido normativo es el propio de los deberes jurídico-penales, entonces lo adecuado será, tal como sugiere Montiel, entenderlas como imperativos categóricos. La dificultad aquí es justificar que efectivamente se trate de un deber jurídico cuando de su mera infracción no se siguen consecuencias jurídicas precisamente por lo causal y normativamente alejada que se encuentra de la efectiva lesión de un interés jurídico ajeno⁹⁴⁰. Esto es, que el contenido normativo de la incumbencia no alcanzaría posiciones jurídicas ajenas. De hecho, la ausencia de consecuencias jurídicas tiene que ver con la inexistencia de pretensiones jurídicas del otro lado. Por tanto, si no puede afirmarse que sean ya deberes jurídico-penales, sino un tipo de advertencias no concretas que sirven para mantenerse en disposición de cumplir con la norma -esto es, medios para un fin-, parece que es posible otorgarles una naturaleza hipotética. Sin embargo, desde

⁹³⁸ Que el derecho nos obliga a actuar conforme a unas reglas limitando nuestra libertad para perseguir ciertos objetivos es obvio. Pero el derecho no puede obligarnos a tener determinados objetivos; más bien, puede obligarnos a renunciar a aquellos objetivos que no sean conformes con sus reglas.

⁹³⁹ Cfr. *Ibidem*.

⁹⁴⁰ Frente a esto podría advertirse, por ejemplo, que el argumento no es determinante si se acepta que este hecho es una mera decisión legislativa y, por tanto, contingente. En todo caso, surgiría la pregunta sobre la legitimidad político-criminal de elevar a delito autónomo conductas no lesivas si se las considera individualmente. No obstante, parece que es un argumento que puede favorecer a ambas posturas: en efecto, quienes sostienen que la aparente incumbencia se trataría en realidad de un deber cuentan con que su mera infracción no está prevista legalmente como delito; por su parte, quienes defienden la existencia de incumbencias cuentan con que su contenido normativo no es todavía parte del deber. Ello evidenciaría la proximidad material de ambos contenidos. En todo caso, y dada la relatividad del concepto (ver Hruschka, Sánchez-Ostiz), la infracción de incumbencia elevada a delito autónomo se convertiría por esa razón en infracción de deber. El fundamento de castigo de la imprudencia dejaría de ser exclusivo del resultado y pasaría a estar también en el comportamiento imprudente.

este punto de vista surge la dificultad de justificar que un comportamiento que se concibe como fundamento de una imputación extraordinaria de responsabilidad jurídico-penal presente únicamente un carácter condicional. Es más, si estamos tratando con entidades normativas que establecen cómo hay que comportarse no solo *para* evitar una imputación, sino sobre todo *para* evitar mediatamente lesionar una posición jurídica ajena, se hace difícil sostener de manera consecuente que nos encontremos únicamente frente a un imperativo hipotético. Es decir, más allá de que no se trate de un deber jurídico, a la caracterización de una incumbencia tendría que corresponder un operador de deber ser y no meramente técnico. La cuestión entonces es si puede renunciarse a denominar “deber” a una incumbencia planteada en términos de obligación o prohibición⁹⁴¹. Con otras palabras: ¿por qué no una incumbencia cuyo contenido establezca que algo *debe* ser hecho? En este punto es importante lo dicho más arriba: parece posible distinguir entre deber, en un sentido técnico-jurídico; y contenido de deber, como contenido deóntico de cualquier exigencia normativa. De ello se sigue la posibilidad de trazar una distinción conceptual entre deber e incumbencia, por un lado, de atribuir a toda incumbencia un contenido de deber en tanto exigencia perteneciente a un sistema normativo. De ahí la corrección de la expresión “entidad deóntica” para referirse, también, a las incumbencias.

En todo caso, de manera provisional y atendiendo a cómo operan, en mi opinión sería más adecuado referirnos a las incumbencias como imperativos hipotéticos. Su fin directo, inmediato, sería el de posibilitar (que no garantizar) el seguimiento de la norma. Ello no obsta a que de manera indirecta pretenda velar por intereses de terceros, lo que nos conduce a la siguiente cuestión. Es ahí donde radicaría el “parecido de familia” con las incumbencias jurídico-civiles.

Se dice que fruto de concebir la incumbencia como un imperativo hipotético sería considerar su desobediencia como una lesión de la “obligación frente a uno mismo”. De nuevo, ello puede crear confusión. En primer lugar, un Derecho concebido en términos liberales como instrumento de control social y cuya legitimidad se reduce a posibilitar la vida del individuo en sociedad delimitando y coordinando las diferentes esferas jurídicas de libertad *difícilmente* podrá (uso deóntico) imponer obligaciones *meramente* frente a uno mismo sin que ello conlleve una inaceptable intromisión en la libre

⁹⁴¹ Obviamente, de tratarse de un deber jurídico-penal la imputación a la que daría lugar ya no podría ser considerada extraordinaria, y ello en tanto objeto y fundamento de la imputación coincidirían en un mismo momento. Esto es lo que ocurre en los planteamientos que entienden el delito imprudente como la infracción de una norma o deber de cuidado.

autodeterminación del individuo. Se me ocurren casos si observamos la normativa de seguridad vial: por ejemplo, la obligación de conducir con cinturón o casco. En todo caso, estas obligaciones: 1) también tratan de proteger intereses de terceros o de la sociedad (seguridad vial, participantes en un tráfico donde se respeten las reglas del riesgo permitido, aseguradoras, etc.); 2) se alejan de la noción ética de deber frente a sí mismo, distinta de la protección (paternalista, puede ser) que puede ejercer el derecho del individuo frente a sí mismo, sobre todo en relación con bienes no susceptibles de disposición absoluta, como puede ser la vida o la integridad física. Entiendo que en estos casos el Estado no entra a legislar en el interior de los ciudadanos. Toda obligación debe estar justificada por alguna forma de protección de una esfera jurídica ajena, aunque tal obligación implique un actuar sobre la propia esfera. Por tanto, del hecho que se designe a la incumbencia como una “obligación frente a uno mismo” no se sigue que su único interesado sea el destinatario, al menos en un nivel de fundamentación de tal entidad normativa. A mi modo de ver, incluso en origen -es decir, en el derecho de seguros-, la *Obliegenheit*, por más que sea caracterizada incorrectamente como una obligación frente a uno mismo por las consecuencias que resultan de su infracción, encuentra su razón de ser en la protección a la aseguradora frente a ciertos abusos o cambios inesperados, esto es, al otro. Obviamente, en caso de incumplimiento el asegurado perderá algún tipo de ventaja frente a la prestación inicial; pero el interés que subyace es el de la aseguradora para que no tenga que cargar con riesgos derivados de circunstancias que no forman parte de la prestación inicial. Ello a pesar de que de la infracción de la incumbencia no nazcan pretensiones jurídicas en la posición de la aseguradora.

De ahí que en el traslado de esta idea al Derecho penal⁹⁴² no sea un impedimento tener en cuenta los intereses jurídicos de terceros o de la sociedad y, a su vez, mantener su caracterización de “obligación frente a uno mismo”. Y ello en la medida en que, por un lado, como señalan Montiel y Sánchez-Ostiz, serviría *para* asegurar intereses jurídicos ajenos y, por el otro, su mera infracción no llegue a afectarlos. Entiendo que ambos aspectos son compatibles. Cuestión distinta es, como vimos, que una sujeción normativa

⁹⁴² Donde, por lo demás, todo indicio de paternalismo en la justificación de la coacción resulta heterodoxo. Un claro ejemplo de esto es la no prohibición penal del consumo (autoconsumo) de drogas cuya finalidad fuera evitar daños a los propios consumidores. Ciertamente, también puede entenderse como todo lo contrario: “Haz lo quieras. Yo no te voy a decir lo que debes de hacer. Pero si llegado el momento realizas un tipo penal en estado de defecto del que se te pueda hacer responsable, no te servirá invocarlo como eximente”.

tal pueda ser definida como incumbencia, en lugar de deber, cuando de asegurar intereses jurídicos ajenos se trata.

En todo caso, parece que existen obstáculos para entender como deber la entidad normativa que se infringe en las situaciones de provocación de defectos de imputación. Por un lado, la mera infracción de estas entidades no lleva aparejada consecuencia *jurídico-penal* alguna; condición esta que aparece como necesaria para poder afirmar que nos encontramos ante un deber jurídico penal. Por otro lado, considerar la existencia de un *deber* jurídico que prescribiera no ponerse en situaciones de inimputabilidad (en sentido amplio) nos trasladaría de nuevo al problema de su infracción en situación de defecto de imputación, por lo que parece que no soluciona nada (cuestión distinta es si efectivamente ha de exigirse para la infracción de la prescripción de situarse en defecto de imputación los mismos elementos subjetivos mínimos que para la infracción del deber principal).

IV. Conclusiones

En el *Capítulo Sexto* se han ofrecido razones para reconocer que la infracción de una incumbencia designa una modalidad deóntica que tiene su aplicación en los grupos de casos de un comportamiento previo relevante para la atribución de responsabilidad. En este sentido, la infracción de una incumbencia en el contexto de la imputación jurídica de un comportamiento que realiza un concreto tipo de delito se refiere a la posibilidad de reconocer una responsabilidad personal del sujeto frente a uno mismo.

Las expectativas de asegurar la capacidad de responsabilidad se corresponden con aquellas que son puestas en una persona que es aceptada como parte de una comunidad jurídica. En este sentido es que se le exige que actúe como persona en derecho responsable, disponiendo de manera reflexiva de sus capacidades según preferencia jurídicas. Quien elimina esta capacidad o no la adquiere, aun cuando le es previsible que pueda llegar a una situación en la que tenga que emplear tal capacidad de seguimiento de la norma, será equiparado —para el caso de que tenga que seguir la norma, pero que debido a su incapacidad no puede seguir— con quien hace un uso jurídicamente defectuoso de su poder. La incapacidad es, en este sentido —aunque en menor medida— manifestación del reconocimiento insuficiente de una norma, como lo es el uso defectuoso del poder actual.

Que tales expectativas secundarias puedan asumir contingentemente la forma de normas de comportamiento reforzadas jurídico-penalmente o de deberes extrapenales —por ejemplo, bajo la forma de normas jurídico-administrativas o reglas técnicas o profesionales—, no habría de condicionar la relevancia que se les asigna en el contexto del derecho penal. Pues en éste tales exigencias cumplen una función distinta: asegurar en la medida de lo exigible la capacidad del sujeto de responder a situaciones reguladas por las normas del derecho penal. De modo que su no cumplimiento no conllevará, en sí mismas consideradas, consecuencias jurídico-penales, si no en la medida en que un eventual estado de incapacidad de evitar la realización típica pueda ser explicada por la vía de asumir que el sujeto tuvo que asegurar, conforma a cuidado, la capacidad comprometida en la concreta situación. Sólo en este sentido —es decir, de manera indirecta— puede interesarle al derecho penal el cumplimiento con exigencias de cuidado.

CAPÍTULO SÉPTIMO. ESTRUCTURAS DE IMPUTACIÓN EXTRAORDINARIA EN EL ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO. APLICACIÓN DEL MODELO

I. Introducción

De lo expuesto hasta aquí conviene ahora extraer algunas consecuencias para la teoría del delito, concretamente para la dogmática de la imprudencia, del error (de tipo y de prohibición) vencible y de la *actio libera in causa*⁹⁴³. Se ha venido sosteniendo que en estos casos el defecto de imputación que caracteriza a estas estructuras de responsabilidad convierte en (más) compleja la operación de atribución de responsabilidad. En términos prácticos, la operación de responsabilizar se manifiesta más sencilla cuando nos encontramos frente a un conductor kamikaze en su *sano juicio* que cuando de lo que se trata es de responsabilizar al conductor que atropella mortalmente a un peatón después de haberse saltado un semáforo o en estado de intoxicación plena. En términos teóricos, esa complejidad requiere de una respuesta dogmática satisfactoria. En esta línea, en lo que sigue tratará de aplicarse los elementos del modelo de imputación extraordinaria a las categorías de la teoría del delito seleccionadas para ello.

II. Imprudencia como estructura de imputación (subjetiva) extraordinaria

1. Planteamiento general

La cuestión de la que nos ocupamos ahora es la de si los casos de imprudencia presentan la estructura de responsabilidad común de la que se viene tratando. Esta cuestión se ha planteado habitualmente en el marco de la relación entre la figura de la *alic* y la imprudencia, entendida aquella como una mera estructura formal (espaciotemporal) en la que se presentan algunos supuestos cuya resolución dogmática es por ese motivo

⁹⁴³ Las consecuencias no se agotan aquí, sino que alcanzan a todas las estructuras de imputación de la teoría del delito. Así, aunque discutido, en la provocación de una causa de justificación (*actio illicita in causa*) y en la provocación de un estado de necesidad exculpante. Tales estructuras no serán objeto de análisis detallado.

problemática⁹⁴⁴. Pero como han puesto de relieve varios autores⁹⁴⁵, que presenten tal estructura no implica que en su resolución deban aplicarse las reglas de la imputación extraordinaria, desarrolladas básicamente en el contexto del modelo de la excepción. En contra de una equiparación se ha manifestado un sector doctrinal mayoritario⁹⁴⁶. La razón esgrimida es fundamentalmente una: dado que el comportamiento descuidado (e infractor, por tanto, de la llamada norma de cuidado), estaría creando ya un riesgo relevante para la realización del resultado, no sería necesario “salirse” del tipo para dar con un fundamento de imputación y, de esta forma, dar solución a estos casos.

La caracterización como extraordinaria se da por oposición a lo que ocurre en los delitos dolosos, en donde, como vimos, en el marco de la relación entre el objeto y el fundamento de la estructura de responsabilidad la referencia es directa, es decir, ambos elementos coinciden temporalmente. Si A, sabiendo que el arma está cargada, dispara a B, acabando con su vida, entonces A, de haberlo querido, podría haber evitado, en el momento inmediatamente anterior de disparar, la realización de tal disparo con resultado de muerte. El dolo se entiende entonces como un criterio de evitabilidad intencional *actual*, es decir, como la consciencia de la evitabilidad de la realización del tipo por medio de un comportamiento concreto en el momento relevante para la acción⁹⁴⁷. En cambio, en el

⁹⁴⁴ Se refieren a la imprudencia como estructura de imputación extraordinaria, en Alemania, HRUSCHKA, *Strafrecht*, pp. 274 ss., 313 ss., 326 ss., y *passim*; EL MISMO, *Strukturen*, p. 68, n. 58; EL MISMO, en *FS-Bockelmann*, pp. 424 ss.; EL MISMO, *JZ* 1989, p. 315; KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 81 ss., 121 ss., y *passim*; EL MISMO, «Zur Funktion von Sorgfaltsnormen», en Hefendhel/Hörnle/Greco (eds.), *FS-Schünemann*, 2015, p. 153; JOERDEN, *Strukturen*, pp. 30 ss.; Arthur KAUFMANN, *Schuldprinzip*, pp. 156, 162, subraya que solo una concepción de la imprudencia como “una clase de actio libera in causa” sería compatible con el principio material de culpabilidad; BEHRENDT, «Das Prinzip der Vermeidbarkeit», en *FS-Jescheck*, 1985, p. 309; TOEPEL, *Kausalität*, pp. 20 ss.; VOGEL, *Norm*, pp. 57 ss., 79 s.; RENZIOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, pp. 219 ss., con ulteriores referencias en nota 40; STERNBERG-LIEBEN, *GS-Schlüchter*, pp. 219 ss. DEHNE-NIEMANN, *GA* 2012, pp. 92 ss.; WALTER, *Der Kern des Strafrechts*, pp. 132 ss. Sin acoger la solución sugerida por modelo de la excepción, advierte ROXIN (*PG*, § 20/58), que “[l]a fundamentación de la a.l.i.c. (...) no presenta peculiaridades estructurales frente a otros delitos imprudentes”. En el ámbito hispanohablante, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*; MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, pp. 120 ss., 252 ss.; MAÑALICH, «La imprudencia como estructura de imputación», *RCP*, 2015, pp. 13 ss.; VARELA, *Dolo y error. Una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva*, pp. 568 ss.; RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, «Responsabilidad penal y contagio de Ébola. Reflexiones desde la doctrina de la imputación», *RECPC*, 16, (2014); REYES ROMERO «Una aproximación a la imputación a título de imprudencia en el Código penal chileno», *RDPUCV*, 2016, pp. 245 ss.; hasta donde alcanzo, también parece asumir la estructura, SILVA SÁNCHEZ, *InDret Penal*, p. 4; con matices, JOSHI JUBERT, *La doctrina*, pp. 101 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuricidad penal*, pp. 727 ss.; ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, pp. 167 ss., 171 ss.

⁹⁴⁵ Fundamental al respecto, JOSHI JUBERT, *La doctrina*; véase también ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, pp. 164 ss. Recientemente, SILVA SÁNCHEZ, *InDret Penal*, (editorial), p. 1.

⁹⁴⁶ Véase, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 142 ss.; 223 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo*, pp. 292 s., nota 867 *in fine*, pp. 295 s., nota 885; DÍAZ PITA, *Actio libera in causa*, pp. 181 ss.; ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, pp. 164 ss.; PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia*, pp. 144 ss.

⁹⁴⁷ KINDHÄUSER, *GA* 1994, p. 203, con nota 25.

caso de los delitos imprudentes no existe esa referencia directa entre el objeto y el fundamento de imputación. Siendo el objeto de imputación el mismo que en el caso anterior —la producción de la muerte de B—, y no existiendo (por definición) en el momento de producción de la muerte de B la capacidad de evitar ese resultado, entonces el fundamento y, con él, el punto de referencia con el objeto habrá de rastrearse siempre en un momento anterior, desapareciendo de este modo la coincidencia temporal.

Sin embargo, que la estructura de la imprudencia pueda ser concebida de tal forma es discutido, en términos generales, por la mayoría de la doctrina⁹⁴⁸. Para estos autores, semejante concepción sería superflua, pues “lo relevante para el Derecho penal no es la falta de preparación o información, sino el emprender una actividad peligrosa sin estos requisitos previos”⁹⁴⁹, momento en el que suele situarse la realización de la conducta típica. A modo de ejemplo: A, cirujana, da comienzo a una operación sin antes haber realizado las pruebas propias del preoperatorio. En este caso, que suele calificarse como «culpa por asunción», la conducta relevante para el derecho penal no sería la ausencia de un examen previo, sino el dar comienzo a la operación sin los conocimientos suficientes que se hubieran obtenido como resultado de la fase previa a toda operación (preoperatorio). Así, la cirujana A asume una actividad para la que no se encuentra suficientemente capacitada, de modo que la exigencia de cuidado en tal situación se reduce a no desempeñar tal operación⁹⁵⁰. Pero entonces, si esa fase previa no es relevante a los efectos de determinar la imprudencia penalmente relevante del cirujano, es porque la realización consciente de la acción “comenzar la operación sin los conocimientos previos” cuenta ya como infracción consciente de una exigencia de cuidado, diferente a la primera. En esa situación, parecería plausible afirmar que A tiene una representación abstracta del peligro que su comportamiento representa para la salud o vida del paciente.

⁹⁴⁸ Véase nota anterior.

⁹⁴⁹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, p. 142. En sentido similar, FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo*, p. 293; ROXIN, *PG*, §24/12: “al sujeto no se le reprocha haber omitido algo sino el haber creado un peligro no amparado por riesgo permitido y sí abarcado por el fin de protección del tipo, que se ha realizado en el resultado típico”; y §24/34: “quien no puede algo, debe dejarlo”. Ya antes, EL MISMO, *ADPCP* (1988), p. 25; RAGUÉS I VALLÈS, *Ignorancia deliberada*, también considera superfluo acudir a la alic.

⁹⁵⁰ La exigencia de no desempeñar la actividad por falta de preparación requiere que la persona sea consciente de que carece de la preparación requerida. De no ser así, entonces podría operar otra estructura de imputación —imprudencia inconsciente— si es que la persona ha infringido una exigencia de cuidado previa. De ahí que, hasta donde alcanzo, en el caso propuesto sólo tenga sentido hablar de culpa por asunción como especie dentro del género imprudencia consciente. Una culpa por asunción no consciente del riesgo que se asume sólo puede tener cabida, entonces, como especie bajo el género imprudencia inconsciente.

Pues bien, según la doctrina dominante, en estos casos la imputación a la que daría lugar ya no podría ser considerada extraordinaria, y ello en tanto objeto y fundamento de la imputación coincidirían en un mismo momento (por cierto, todavía anterior al de la acción inmediatamente lesiva). Sin embargo, bajo este modelo de solución el objeto y el fundamento de imputación terminarían por confundirse. Esto es lo que ocurre en los planteamientos que entienden el delito imprudente como la infracción típica de una norma o deber objetivo de cuidado, como si el comportamiento típico fuera, efectivamente, el descuido. Es decir, la idea conforme a la cual las conductas creadoras de un riesgo injustificable (no permitido) son ya injustos típicos objetivos y, por ende, que la creación de semejantes riesgos no es un elemento de imputación subjetiva con el cual se realizan otros injustos objetivos independientes⁹⁵¹. Esto puede ilustrarse con un ejemplo:⁹⁵²

A, cazador que se encuentra adormilado, por lo cual, al oír unos ruidos entre los matorrales, dispara creyendo que son jabalíes y lesiona a otros dos cazadores.

Según Corcoy Bidasolo, A infringiría el deber objetivo de cuidado al dormirse con una escopeta cargada. Si como sugiere esta autora, junto con la mayoría de la doctrina, consideramos ya semejante infracción del deber de cuidado como la conducta penalmente típica, entonces estamos asignando relevancia jurídico-penal a una acción que no encaja en el campo semántico de la redacción (descripción del tipo de acción) de tipo penal alguno. Desde un punto de vista objetivo, cabe asignar relevancia jurídico-penal —como “riesgo típico”— a los disparos que causan la lesión en los otros cazadores, esto es, al comportamiento inmediatamente lesivo. Sólo entonces es posible dar una explicación contextual a las lesiones y sólo esa conducta puede tener el significado (intensión) que reclama el tipo de acción “producir lesiones a otro”. Lo contrario supondría asignar a la materia de prohibición la cualidad de ubicua⁹⁵³, dando cabida en el tipo de acción, por ejemplo, de homicidio, a comportamientos que van desde el “disparo a sangre fría a otro” hasta “la conducción de un vehículo con los frenos estropeados” o el mero “saltarse un semáforo”. Por ello, el acto de dormirse con la escopeta cargada no puede tener semejante relevancia típica, pues no parece ser la acción cuya no-ejecución viene exigida por la

⁹⁵¹ En este sentido, MOORE, «*Prima Facie Moral Culpability*», en *B.U.L. Review*, 1996, pp. 325 s., con nota 17, quien reconoce en ello la tentación de concebir la imprudencia (*negligence*) como un requisito de conducta y no como un requisito de culpabilidad (en el sentido amplio del modelo continental).

⁹⁵² Presentado por CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, p. 138, y comentado por ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, pp. 170 s.

⁹⁵³ Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 129.

norma que prohíbe la producción de lesiones⁹⁵⁴. De hecho, si cuando *A* se despierta de la siesta junto a su escopeta cargada decide, por lo que fuera, disparar a los que sabe sus compañeros de batida, entonces a nadie se le ocurriría afirmar que la realización de la conducta típica comienza ya en el momento de dormirse, la cual, dada esta variación del caso, no alcanzaría siquiera a tener la relevancia de acto preparatorio no punible. Pero incluso en el caso que quisiéramos otorgarle una relevancia preparatoria tal, la norma de comportamiento no prohíbe preparar *X*, sino únicamente realizar *X*, a cuyo efecto la realización comienza con la tentativa⁹⁵⁵. Dicho de otro modo: el cumplimiento de la exigencia (de cuidado) de no dormirse con una escopeta cargada en el contexto de una batida no garantiza que, en virtud de ello, el cazador habría evitado la realización típica⁹⁵⁶. Sin embargo, volviendo al caso original, esto no supone rechazar la relevancia del acto de dormirse con la escopeta cargada, sino, más bien, su consideración como objeto de prohibición, es decir, de imputación ordinaria. Su relevancia se refiere, en cambio y como resultado de su consideración de acción infractora de una exigencia de cuidado, a la propia de los criterios de imputación (subjctiva) extraordinaria, en este caso de unas lesiones en las que el dolo queda, *ceteris paribus*, excluido. Y los criterios de imputación no son objeto (ni siquiera parcial) de prohibición.

Como acertadamente advierte Alcácer Guirao, la solución que propone Corcoy Bidasolo —y la doctrina mayoritaria— corre paralela a la solución que se propone desde las doctrinas de la anticipación en la resolución de los casos de *alic*, a saber, adelantar el objeto de imputación a una *actio praececedens*⁹⁵⁷, de forma tal que coincida temporalmente con el fundamento de imputación. No obstante, Alcácer Guirao pertenece al sector doctrinal que acepta que la identidad estructural extraordinaria se da únicamente en

⁹⁵⁴ Esto sería tanto como afirmar que *A* ha lesionado a los otros cazadores *a través* de dormirse con una escopeta cargada. Como mucho podría afirmarse que *A* ha lesionado a los otros cazadores a través de unos disparos *en virtud* de una falta de cuidado. En este sentido, si bien presentando otro caso, KINDHÄUSER, *FS-Schünemann*, p. 150.

⁹⁵⁵ Cfr. JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 35; VOGEL, *Norm*, pp. 57 ss., 80 ss.

⁹⁵⁶ Sin pretensión de profundizar en la problemática cuestión de la relación de causalidad en la estructura de la imprudencia, entiendo que semejante relación únicamente podría ser afirmada en el caso de que el resultado de lesión no hubiera acaecido precisamente porque el cazador no se durmió con el arma cargada. Por tanto, que el cazador infrinja una norma de cuidado lo incapacita para actuar, pero no causa el resultado. Sí que podría afirmarse una relación de causalidad entre un comportamiento que *tenga* la propiedad de descuidado y un resultado típico. Sin embargo, no parece que semejante relación condicional haya de ser decisiva (mejor: ni suficiente, ni necesaria) para la posibilidad de atribuir responsabilidad a título de imprudencia.

⁹⁵⁷ Cfr. ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, p. 171.

relación con los casos de imprudencia inconsciente y/o imprudencia por asunción⁹⁵⁸. Así, mientras que en la imprudencia consciente coincidirían objeto y fundamento de imputación, y de ahí resulta entender el principio “deber implica poder” como referido únicamente al deber de cuidado⁹⁵⁹, no ocurriría siempre lo mismo en el resto de los supuestos particulares de responsabilidad por imprudencia (la inconsciente, básicamente). Entonces sí —concede Alcácer Guirao— podría tener sentido recurrir a la figura de la incumbencia como solución para reestablecer la imputación, si bien, esto supondría dar un paso más con respecto al reconocimiento de una estructura fáctica concreta, resultado de un compromiso con un determinado modelo de solución de los casos que presentan estructura *alic*. Frente a esta solución, este autor se inclina, por ser conforme al principio de coincidencia, por aplicar la solución favorecida por el modelo de la tipicidad y que consiste, como es sabido, en la anticipación a un momento previo del inicio de la conducta —objeto de imputación— y, con ello, de la infracción del deber de cuidado. Por tanto, la única diferencia —por lo demás, trivial— entre los planteamientos representados por Corcoy Bidasolo y Alcácer Guirao consiste en la admisión de una estructura fenomenológica concreta. Al final, la solución que adoptan es la misma.

De nuevo, aquí se rechaza que el objeto de imputación pueda ser anticipado. Por el contrario, se parte de una distinción estricta entre objeto de imputación, que resulta de un proceso de subsunción del comportamiento en cuestión bajo un tipo delictivo concreto, y fundamento de imputación, el cual vincula ese comportamiento lesivo a un determinado sujeto⁹⁶⁰. La “conducta típica” resulta, por tanto, no de una operación de imputación, sino de un proceso de subsunción alejado de las doctrinas de la imputación objetiva⁹⁶¹.

⁹⁵⁸ ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, pp. 165 ss., esp. p. 168, con ulteriores referencias en nota 547, pp. 173 s. Véase, además, BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, § 22/61 s.; ROXIN, *AT*, § 24/111; MÜLLER, *Fahrlässige Tätigkeitsübernahme und personale Zurechnung*, 2001, pp. 1 ss.; STERNBERG-LIEBEN, *GS-Schlüchter*, pp. 236 ss.; JOSHI JUBERT, *La doctrina*, 101 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, pp. 727 ss.

⁹⁵⁹ *Ibidem*, p. 170; en el mismo sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo*, pp. 254 ss.

⁹⁶⁰ Al respecto, con especial claridad y siguiendo la crítica de Kindhäuser, REYES ROMERO, «Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva», *Revista Ius et Praxis*, 2015, pp. 137-170.

⁹⁶¹ Sobre ello, fundamental, la crítica formulada por Kindhäuser a la doctrina de la imputación objetiva, KINDHÄUSER, *InDret Penal* 4/2008; una respuesta parcial a esta crítica se encuentra en KUDLICH, «Objektives und subjektives Handlungsunrecht beim Vorsatzdelikt – zugleich Überlegungen zum Verhältnis zwischen Vorsatz- und Fahrlässigkeitsunrecht», en Kotsalis *et al.* (eds.), *FS-Benakis*, 2008, pp. 265 ss. Este comportamiento ha de ser humano, pero no requiere la “voluntad” que la doctrina tradicionalmente suele exigir para poder hablar de “comportamiento humano”. Tiene que ser humano en el sentido de que tenga su causa en un humano. Pues si de lo que estamos hablando es de un proceso de subsunción, y no de imputación, entonces la voluntad, aunque sea mínima, estaría jugando ya el papel de criterio de imputación.

Conforme a la tesis aquí defendida, los tipos penales contienen la descripción de una *clase* de acción cuyas propiedades han de ser satisfechas por la acción *ejemplar* que pretenda ser subsumida en aquél. El juicio sobre la tipicidad de una *acción* no pertenece, por tanto, al lenguaje de la responsabilidad. La tesis contraria puede encontrarse en los defensores de las doctrinas de la imputación objetiva. En un sentido similar, en aras de justificar la inclusión de la comisión por omisión en los tipos penales, Silva Sánchez sugiere que “[l]os verbos típicos, como en general los predicados del lenguaje ordinario, tienen un sentido mucho más adscriptivo que descriptivo, es decir, adquieren un significado de atribución de responsabilidad y no de descripción de la causalidad”⁹⁶². Una idea similar es la que propone Alcácer Guirao, al señalar que “los tipos legales están referidos a acciones, y la presencia de una acción —y no de un movimiento corporal— presupone un juicio de adscripción”⁹⁶³. Si *A* dispara hacia *B*, con resultado de muerte, entonces decimos que “*A* ha causado la muerte de *B*” o que “*A* ha matado a *B*”. Si se demuestra que *A* actuó sumido en un error de tipo invencible o bajo trastorno mental transitorio inevitable (lo que requiere de la aplicación de disposiciones diferentes a los tipos penales), no podremos adscribir responsabilidad por esa instancia de la acción descrita como “matar”. En ambos casos se realiza la acción de matar, pero al sujeto no se le atribuye responsabilidad penal por ello. La capacidad de responsabilidad no puede determinar, por tanto, el contenido de lo prohibido o requerido. Con ello no se descarta la preeminencia adscriptiva y prescriptiva del lenguaje del derecho; más bien, se rechaza que sea esa la caracterización funcional que haya de asignarse a los tipos penales, o que las oraciones de acción, incluso en el caso del derecho, hayan de ser necesariamente adscriptivas⁹⁶⁴.

Así, el modelo de solución de la tipicidad que propone la doctrina mayoritaria —entre la que se encontrarían tanto Corcoy Bidasolo como Alcácer Guirao— supone someter lo que haya de encajar en el respectivo tipo objetivo a un proceso de normativización, haciendo uso para ello del aparato conceptual deudor de las doctrinas de la imputación

⁹⁶² SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, p. 367; EL MISMO, «Política criminal y reforma legislativa en la ‘comisión por omisión’», en *LH-Del Rosal*, 1993, pp. 1079 ss.; véase recientemente, EL MISMO, «Sobre la construcción del hecho punible en la obra de Santiago Mir Puig», *LH-Mir Puig*, 2018, pp. 877 ss.; le sigue, VARELA, *Dolo y error*, pp. 142 s., con nota 400.

⁹⁶³ ALCÁCER GUIRAO, *LH-Ruiz Antón*, pp. 30 ss.,

⁹⁶⁴ Una reconstrucción de la crítica de la tesis asociada al denominado «adscriptivismo», según el cual las oraciones acerca de que alguien ha hecho algo (sobre acciones) consistirían ya en una atribución de responsabilidad por un evento concreto, se encuentra en KINDHÄUSER, *Intentionale*, pp. 164 ss.; MAÑALICH, *Doxa*, 35 (2012), pp. 664 ss.; CONTESE, «La omisión impropia como hecho punible», en Ambos *et al.* (coords.), *Reformas Penales*, 2017, pp. 34 ss.

objetiva y, más concretamente, de la noción de “creación de un riesgo no permitido o jurídico-penalmente relevante”⁹⁶⁵.

Por lo demás, según el modelo aquí defendido, la infracción de la exigencia de cuidado —pero también del deber de evitar la realización típica⁹⁶⁶— nunca podrá ser absolutamente coetánea al comportamiento *inmediatamente* lesivo, sino que siempre habrá de tener lugar en momentos previos a éste⁹⁶⁷; al menos en un momento analíticamente previo al que se consideran los criterios de imputación ordinaria y su (no)satisfacción. Ello es rechazado por Alcácer Guirao con base en el siguiente ejemplo⁹⁶⁸:

Una madre, por una grave desatención, da a beber a su hija de un vaso que contiene lejía, en vez de agua.

Según este autor, en este caso “la *capacidad* de reconocer el peligro y, por ello, de evitarlo, es *actual*”⁹⁶⁹. Sin embargo, la literalidad del ejemplo ofrece otra respuesta, pues *por* una grave desatención (*t1*) da a beber a su hija un vaso que contiene lejía (*t2*). Obviamente, la madre *puede percatarse* simultáneamente, ya sea cuando entrega el vaso, ya mientras la hija está bebiendo, de que el contenido del vaso no es agua, y entonces evitar que beba o continúe bebiendo. Para ello será necesario, por ejemplo, que observe con atención el contenido del vaso, que se acerque a olerlo, que fiscalice la expresión de la hija, que de repente le asalte la duda sobre su contenido real, etc. Pero es precisamente para todas estas acciones que queda deshabilitada una vez que infringe la exigencia *previa* de cuidado, en virtud de la cual la madre queda sumida en un clima de confianza con respecto a lo que está haciendo que le impide dar con razones sobre su incorrección. Es decir, parece que una vez infringida la exigencia de cuidado, cualquier acción posterior encaminada a evitar la lesión necesitará de nuevas razones para cuestionarse lo que ha

⁹⁶⁵ En este sentido, por todos, ROXIN, *PG*, pp. 1000 ss.; similar, JAKOBS, *AT*, 9/6 s. Una defensa consecuente de la tesis aquí propuesta habría de conducir al rechazo de la aplicación de las doctrinas de la imputación. Sin embargo, dada la extensión de la literatura dedicada al problema, semejante consecuencia no será objeto de análisis en el presente trabajo. Un detallado análisis crítico de su aplicación para la determinación de la acción típica se encuentra en LEUPOLD, *Die Tathandlung*, pp. 81 ss.

⁹⁶⁶ En la medida en que la deliberación práctica de la persona es necesariamente previa a la ejecución de la acción. Ya en este sentido, por ejemplo, WELZEL, «Studien zum System des Strafrechts», en *ZStW* (1940), pp. 503 s.

⁹⁶⁷ En este sentido, KINDHÄUSER, *JRE* (1994), p. 345; VOGEL, «§ 15», *LK*, nm. 303 ss.; ROXIN, *AT*, § 24/36 ss.; RENZIOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 230. Lo mismo ocurre, como veremos, en el ámbito del error de prohibición.

⁹⁶⁸ *Ibidem*, p. 173.

⁹⁶⁹ *Ibidem*, p. 174 (énfasis original).

hecho (entregar el vaso de *agua*) y dar con esas razones requiere de mantener un estado de alerta que ha quedado, al menos, disminuido. Por tanto, parece contraintuitivo que, en semejante clima de confianza en lo que hace *siga* existiendo la exigencia de atender y evitar precisamente lo que está haciendo o ha hecho⁹⁷⁰. Pues la idea de infracciones de exigencias de cuidado tiene que ver con la incapacitación de uno mismo para, llegado el caso (es de decir, en un momento al menos analíticamente posterior), poder seguir intencionalmente cualquier norma. Si bien es cierto que, hasta que no se produce la lesión, ésta puede ser evitada, la capacidad de reconocer la situación como peligrosa queda debilitada.

Con todo, cuando reconocemos la estructura extraordinaria en la operación de imputación o atribución de responsabilidad penal por imprudencia, es posible distinguir analíticamente una estructura constituida por dos objetos de imputación y un fundamento de imputación. Ello significa, a su vez, que se identifican, no sólo dos momentos secuenciales, sino también y precisamente por eso, dos entidades deónticas distintas (dos estándares objetivos de comportamiento, podríamos decir). En el caso, por ejemplo, de la imprudencia punible, cuentan como objetos de imputación, primero, la realización del tipo objetivo de delito⁹⁷¹, y, segundo, la no realización del contenido objetivo de una exigencia de cuidado. Es decir, la exigencia de cuidado tiene por objeto el cuidado dirigido a no colocarse en una situación de incapacidad de repuesta personal, y no directamente la no realización típica. Aunque fenomenológicamente se presentará, en primer lugar, la infracción (como no-correspondencia) de la exigencia de cuidado y, en segundo lugar, la infracción (como no-correspondencia) de la norma de comportamiento, la operación de imputación, de carácter necesariamente retrospectivo, realiza el camino inverso: constatada la infracción de la norma de comportamiento nos preguntamos si es posible imputarla a una persona. De ahí que se proponga designar a la infracción de la norma de comportamiento como *objeto primario de imputación* y a la infracción de la exigencia de cuidado con resultado de incapacidad de responder como *objeto secundario de imputación*.

De acuerdo con la clasificación “imputación ordinaria/imputación extraordinaria”, otra designación podría ser: objeto *ordinario* de imputación y objeto *extraordinario* de imputación. Pero en este caso conviene advertir que, tratándose de la imprudencia, el objeto

⁹⁷⁰ Sería diferente si la madre o el padre estuviera hirviendo un caldo y, entonces sí, debería atender a que su hija no se acercarse mucho al fuego para no resultar quemada.

⁹⁷¹ Objeto que, por lo demás, comparte con el delito doloso.

extraordinario de imputación lo sería el objeto primario de imputación (la realización del tipo); y objeto ordinario de imputación lo sería el objeto secundario de imputación (el ponerse en situación de incapacidad).

Únicamente la realización del objeto secundario constituye, en sentido estricto, el comportamiento imprudente, pero para la punibilidad de la comisión imprudente de un delito se requiere, además, la realización del objeto primario.

Esto último no significa que la precaución o el cuidado en el actuar hayan de constituir fines en sí mismos, sino, más bien, que la relevancia de tales comportamientos ha de estar relacionada con la capacidad de evitación de potenciales consecuencias no deseadas, como la realización del objeto primario de imputación. Sólo entonces tiene sentido hablar de imputación extraordinaria, la cual toma como referencia necesaria el objeto primario de imputación. El hecho de que la representación del sujeto no abarque, al menos no con una probabilidad o concreción suficiente⁹⁷², la realización del tipo —siempre la realización del tipo efectivamente realizado— vuelve necesaria la *construcción* de una imputación que logre operar legítimamente a pesar de ello. Este modo de imputación presupone, entonces, la realización del objeto secundario de imputación.

Así, para que la imprudencia sea punible, la realización de uno y otro objeto habrá de ser, además, imputable. Lo contrario sería aceptar para estos casos el principio de *versari in re illicita*, según el cual al autor que actúa de manera incorrecta se le puede imputar todo lo que suceda posteriormente («*versari in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*»). Ello implica, por su parte, la necesidad de invocar las correspondientes razones (criterios) de imputación. La particularidad de la imprudencia como estructura de responsabilidad (pero también, en principio, del resto de estructuras extraordinarias de imputación) es que el fundamento o criterio de imputación del objeto primario (de imputación) —la realización del correspondiente tipo de delito—, está constituido por el objeto —la realización del contenido objetivo de la exigencia de cuidado— y el fundamento o criterio de su imputación. Formulado de otro modo: para atribuir responsabilidad por imprudencia —o, en general, responsabilidad a partir de estructuras extraordinarias de imputación— la imputación (subjctiva) de la realización del tipo objetivo del delito requiere la infracción *imputable* de una exigencia de cuidado, es decir, que la realización del acto descuidado haya sido individualmente evitable para el eventual

⁹⁷² Pues lo consciente de la imprudencia consciente no se reconoce con el grado de consciencia imprescindible para un dolo eventual.

autor⁹⁷³. Esto último tiene tres consecuencias: la primera, entender la imprudencia como un criterio de imputación subjetiva que ha de poder distinguirse del objeto primario de imputación⁹⁷⁴; la segunda, como vimos, que la aplicación del criterio del riesgo permitido opere como “criterio de exclusión (objetiva) de una potencial imputación (subjetiva) a título de imprudencia”⁹⁷⁵, y no como elemento del tipo objetivo, tal como proponen las doctrinas de la imputación objetiva⁹⁷⁶; la tercera, como en la imputación a título de dolo, exigir para la imprudencia la representación de la situación que hace aplicable la exigencia de cuidado y la capacidad física de actuar conforme a ella⁹⁷⁷. Es decir, para que la imprudencia sea punible, a la incapacidad de evitar el objeto primario de imputación le ha de haber precedido la capacidad actual de evitar el objeto secundario de imputación, la falta de cuidado. Por tanto, como sostiene Molina Fernández con especial claridad, “el comportamiento negligente sería en realidad la infracción dolosa de la norma subordinada de orden inferior que le obliga a estar atento”⁹⁷⁸. Y de ello se sigue que la infracción de una exigencia de cuidado no puede ser imputada, *prima facie*, a título de imprudencia⁹⁷⁹. Sino que la imprudencia opera como título de imputación de la realización típica a un sujeto concreto. A modo de ejemplo:

⁹⁷³ Cfr. HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 314; EL MISMO, en *Recht auf Rausch*, p. 301.

⁹⁷⁴ En este sentido, también, PÉREZ DE VALLE, *La imprudencia*, pp. 133 ss., 151 ss., aun cuando desde la teoría imputación objetiva; MAÑALICH, «La imprudencia como estructura de imputación», *RCCPP* 3 (2015), pp. 17 ss.

⁹⁷⁵ MAÑALICH, en *RCCPP*, p. 28. En el mismo sentido, ya antes, KINDHÄUSER, *JRE* (1994), pp. 345 s., con notas 23 y 24; EL MISMO, *GA* (1994), pp. 197 ss., esp. 215 ss., con nota 80; BURKHARDT, *Conducta ex ante*, p. 178.

⁹⁷⁶ Que la imprudencia sea considerada una cuestión de imputación subjetiva tampoco supone renunciar a estándares objetivos de comportamiento cuidadoso, como parece hacer el sector doctrinal que ubica la imprudencia como una cuestión de mera cognoscibilidad o previsibilidad (cfr. JAKOBS, *AT*, 9/6 s.); como señala KINDHÄUSER, *GA* (1994), p. 210: “los elementos de prognosis —cognoscibilidad, previsibilidad, etc.— no tienen un papel aislado en la responsabilidad por imprudencia, sino que son insolubles al cuidado necesario, cuando este cuidado ha de impedir la incapacidad del concreto autor para la prevención de la realización típica en el momento relevante para la decisión — y solo el cuidado, que permite esto, es de interés en el contexto concreto de imputación”

⁹⁷⁷ Cfr. KINDHÄUSER, *JRE*, (1994), pp. 345 s.; EL MISMO, *GA*, (1994), pp. 208 s.

⁹⁷⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, p. 550, si bien sólo aplica esta idea a la imprudencia inconsciente. Sobre el origen de esta tesis, véase las referencias históricas en, *ibidem*, p. 712, nota 160. Esto se acerca estructuralmente a la noción de imprudencia como evitabilidad de la inevitabilidad. En el mismo sentido, HRUSCHKA, *Strafrecht*, pp. 414 ss.; KINDHÄUSER, *GA*, (1994), pp. 208 s., 221, nota 78; BURKHARDT, *Conducta ex ante*, pp. 175 s., (con referencia en nota 87 a Engelmann en el mismo sentido). Aunque con una finalidad dirigida a la realización típica, que la contrariedad a cuidado tiene su propio “tipo subjetivo” fue puesto de relieve ya por STRUENSEE, *JZ* (1987), pp. 53 ss. Como acertadamente advierte CÓRDOBA (*La evitabilidad*, pp. 150, 165, entre otras), ello no es sino resultado de la aplicación del principio *impossibile nulla obligatio est* al momento previo de infracción de una exigencia de cuidado.

⁹⁷⁹ Veremos que esto puede ser excepcionado en los casos de imprudencia inconsciente como estructura que subroga o compensa a la estructura de la imprudencia consciente.

A conduce su coche y decide saltarse un semáforo porque llega tarde al trabajo. Al hacerlo, se asegura por el retrovisor que no haya una patrulla de policía tras él. *A* atropella a un peatón que cruzaba en ese momento, causándole unas lesiones.

A realiza el tipo de lesiones (objeto primario de imputación). Al momento del atropello, mientras *A* fija su atención en el semáforo en rojo y en que no haya patrulla de policía tras él, *A* no es consciente (o lo es demasiado tarde) de que hay un peatón cruzando el paso de cebra, por lo que le resulta imposible evitar el atropello (exclusión del dolo). De haberle sido posible su evitación en ese momento, el atropello con resultado de lesiones se le imputaría a título de dolo. Excluido el dolo por falta de una representación concreta de lo que estaba por ocurrir que le permitiera evitar lo que efectivamente ocurrió, la imputación de las lesiones requiere que rastreemos una razón que justifique la imputación a pesar de la ausencia de dolo⁹⁸⁰. De lo que se trata ahora es de la búsqueda de un momento en el que sea identificable un déficit de fidelidad al derecho que fundamente el reproche jurídico-penal. Ese fundamento o razón habrá de estar constituido por la realización imputable de un objeto secundario de imputación. En nuestro ejemplo: saltarse conscientemente el semáforo en rojo supone ya —presuponiendo que ello le habría permitido evitar el atropello— la infracción de una exigencia de cuidado que justifica la imputación del resultado de lesiones a *A*, pues lo esperado y exigido de cualquier persona fiel a derecho y con capacidad racional hubiese sido observar el semáforo y detenerse ante su luz roja⁹⁸¹. El estándar de cuidado identificado en la específica norma viaria opera entonces como premisa mayor del razonamiento práctico de *A*. Siendo así, y no correspondiéndose su comportamiento con el requerido por el estándar objetivo de cuidado —detenerse ante el semáforo en rojo— aun cuando pudo hacerlo —pues fue consciente de la señal y los frenos funcionaban—, entonces sólo queda concluir que la infracción del estándar de cuidado le es imputable como infracción de una exigencia de

⁹⁸⁰ Sobre la noción del «rastreo» (*tracing*), propia del ámbito angloamericano, véase, ZIMMERMAN, «Moral Responsibility and Ignorance», *Ethics*, 107, pp. 410-426; VARGAS, «The Trouble with Tracing», en *Midwest Studies in Philosophy*, XXIX, 2005, p. 269. Una breve panorámica sobre el tema se encuentra en, GUANAIS DE AGUIAR FILHO, *Imprudencia inconsciente y Derecho penal de la culpabilidad*, 2015, (tesis inédita), pp. 142 ss.; una interesante relación entre el *tracing* y la responsabilidad moral de tradición aristotélica se encuentra en STOPPENBRINK, *Verantwortung*, pp. 243 ss. No obstante, el término ‘rastreo’ no es utilizado aquí en ese sentido.

⁹⁸¹ Como sostiene KINDHÄUSER, *InDret Penal*, 4/2008, p. 20, “lo que ha de probarse es cómo habría podido y tenido que comportarse alguien, provisto de los conocimientos del autor, de haberse atendido, con eficacia para la acción, a los estándares de un participante cuidadoso en el tráfico. La imprudencia siempre presupone, ciertamente, una figura estándar, pero sólo en cuanto a las exigencias normativas dirigidas al comportamiento del autor” (énfasis añadido).

cuidado (incumbencia)⁹⁸². En ese caso, *A* decide no evitar un comportamiento (saltarse un semáforo) que es peligroso en abstracto, es decir, un comportamiento cuyo peligro para la realización del tipo carece de la concreción (no probabilidad) suficiente.

Que el no reconocimiento de la exigencia de cuidado tenga que haber sido actualmente evitable para el eventual autor sobre la base de su representación de la situación que le llamaba a tener cuidado significa aplicar, para el momento previo al de la lesión inmediata, criterios de imputación ordinarios. Esto nos indica que, así como el cuidado va referido a la protección mediata de un bien jurídico que sirve de legitimación a una norma de comportamiento penalmente reforzada —es decir, que el cuidado queda teleológicamente vinculado a la protección de ese bien jurídico—, también el comportamiento que no observa el cuidado exigido ha de ser considerado imprudente, no porque infrinja imprudentemente semejante exigencia, sino por su conexión mediata con la eventual lesión de ese bien jurídico. Así, la función de la infracción de la exigencia de cuidado es reprochar al autor como imprudente la lesión inmediata de un bien jurídico⁹⁸³. Advertir esto es crucial para entender lo que se desarrollará más adelante: el comportamiento imprudente es necesariamente intencional. Lo que varía en cada caso es el objeto de referencia.

Este sería un claro ejemplo de lo que tradicionalmente se entiende por «imprudencia consciente». ¿Cómo explicar bajo este esquema, entonces, la «imprudencia inconsciente»? Es decir, ¿cómo enfrentar el supuesto de hecho en el que quien infringe un estándar de cuidado lo hace *de manera imprudente*? Veamos una variante típica del ejemplo anterior:

A conduce su coche y se salta el semáforo porque no lo ve, siendo óptimas las condiciones para su visibilidad. *A* atropella a un peatón que comenzaba a cruzar la calle en ese momento, causándole unas lesiones.

En esta variación, el conductor *A* desconoce la presencia del semáforo, por lo que al pasar por el paso de cebra atropella al peatón —al que tampoco vio—, que en ese momento recién comenzaba a cruzar la calle. Ello no sólo significa que la exigencia de cuidado de la que la señal de tráfico es indiciaria no funge como premisa del actuar de *A*, sino que, además y precisamente por eso, tampoco existe representación de riesgo alguno acerca

⁹⁸² Esto no es otra cosa que la esquematización de un silogismo práctico secundario, previo al primario. Al respecto, véase MAÑALICH, *Norma*, p. 26.

⁹⁸³ Cfr. LEUPOLD, *Die Tathandlung*, p. 198.

de su comportamiento. Frente a la ausencia de representación de tales circunstancias necesarias para haber podido actuar con el cuidado requerido —frenar al advertir la señal de tráfico—, procedería, de nuevo, rastrear en un momento anterior por la razón de semejante inadvertencia y, por ende, desconocimiento⁹⁸⁴. Así, la infracción de una eventual exigencia de cuidado habrá de estar, en su caso, “*a más de un paso de imputación* de la situación en la cual se actualiza el deber de acción o abstención fundamentado por la norma de cuyo quebrantamiento se trata”⁹⁸⁵. Por tanto, presupuesta la óptima visibilidad del semáforo (por ejemplo, no quedaba oculto por una furgoneta o tras las ramas de un árbol), habría que preguntarse si el hecho de que éste no fuera advertido por el conductor obedece a la infracción previa de una exigencia de cuidado por su parte⁹⁸⁶. De nuevo, semejante infracción como no-correspondencia habrá de ser imputable (es decir, actualmente evitable) al autor⁹⁸⁷. Sólo en el caso de que sea imputable y su observancia hubiera situado al autor en posición de evitar la realización típica puede concluirse la imputabilidad de un comportamiento contrario a cuidado como infracción de una incumbencia. Así, por ejemplo, si el conductor dejó de prestar atención a la carretera y a las señales de tráfico para dirigir su atención a algo o alguien que pasaba por la calle,

⁹⁸⁴ No puede compartirse que esta forma de operar, retrocediendo a un momento anterior, sea una “referencia parcial a la «conducción de la propia vida»”, como parece aceptar PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia*, p. 166, nota 797, p. 167, con nota 803, entre otras. Es decir, que la idea de “responsabilidad del sujeto sobre la situación en la que él mismo se ha colocado” —como acertadamente define este autor la imprudencia (p. 166)— no tiene por qué aludir a la figura de la culpabilidad por la conducción de la propia vida, expresada, para este autor, en el defecto de voluntad de adquirir el conocimiento ausente (p. 173). Razón por la cual tampoco puede compartirse la crítica de MANSO PORTO, *Normunkennntnis*, pp. 63 ss.; ALCACER GUIRAO, *Actio libera in causa*, p. 29, quienes, sin aceptarla, acuden a la misma explicación de la operación de retroceder en busca de un fundamento de imputación. En el mismo sentido, VARELA, *Dolo y error*, pp. 569 s. Es, si se quiere, una opción conceptualmente no necesaria.

⁹⁸⁵ MAÑALICH, *RCP*, 2015, p. 33 (énfasis original); en el mismo sentido, KINDHÄUSER, *JRE* (1994), pp. 345 s., nota 23; HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 330; EL MISMO, *JZ* (1997), p. 25. Si la exigencia de cuidado en cuestión fuera elevada a delito autónomo de peligro abstracto —que es lo que por ejemplo pasa con el 379.1 CP—, entonces lo que en el caso presentado en el texto cuenta como imprudencia inconsciente —la falta de atención a las circunstancias del tráfico— pasaría a ser un caso de imprudencia consciente. A modo de ejemplo: Si A supera el límite de velocidad porque, al estar discutiendo con uno de los ocupantes del vehículo, no advierte la señal que establece el límite de velocidad, entonces realiza el tipo del 379.1 CP de manera imprudente (imprudencia consciente).

⁹⁸⁶ El hecho de no pararse ante el semáforo en rojo es lo que logra explicar —es lo que determina— que el sujeto no pudiera evitar el atropello. Pero si no fue consciente de la existencia del semáforo, entonces habremos de explicar qué fue lo que determinó esa falta de advertencia. Sólo entonces podría imputarse la realización típica a un actuar que infringe una exigencia de cuidado.

⁹⁸⁷ No estoy seguro de que la distinción entre exigencia objetiva de cuidado y la capacidad de evitar su infracción se corresponda de manera absoluta con la distinción entre deber objetivo de cuidado y deber subjetivo de cuidado, respectivamente. En todo caso, lo que es seguro es que la primera de las distinciones no se corresponde con el análisis del tipo objetivo y el tipo subjetivo, ni de injusto y culpabilidad en los delitos imprudentes. Según el modelo que aquí se propone, tanto la exigencia objetiva de cuidado como la capacidad de evitar su infracción son aspectos estructurales propios de la imputación subjetiva. Para una absoluta correspondencia con el análisis de la tipicidad objetiva y subjetiva, véase, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 226 ss.

o si entabló una discusión con alguno de los ocupantes del coche. Cualquiera de estos comportamientos, en primer lugar, estaría infringiendo conscientemente la exigencia de prestar atención a las circunstancias del tráfico viario (estado de la carretera, tiempo, participantes, etc.); y, en segundo lugar, lograría explicar el hecho de que el conductor no observara la presencia de un semáforo, lo que, a su vez, le habría permitido, en caso de así haberlo querido, frenar a tiempo.

Que la infracción del estándar objetivo de cuidado ha de ser imputable debe entenderse entonces como una imposición del principio de culpabilidad del derecho penal. Pues si es semejante infracción la que nos ha de servir como razón para atribuir responsabilidad por la realización de un tipo penal, entonces habrá de poder haber sido evitada (y, por tanto, observada) por el concreto sujeto. Siguiendo con el ejemplo, si el conductor *A* se *salta* el semáforo porque la visibilidad de este queda obstaculizada por una furgoneta, entonces podemos afirmar que objetivamente se ha saltado el semáforo pero que, al no ser consciente de su presencia por razones que no le son atribuibles a él, la infracción no le es imputable. Si bien saltarse el semáforo (en lugar de frenar a tiempo) explica, hasta cierto punto, el atropello posterior, el hecho de que, *ceteris paribus*, el conductor desconociera inevitablemente su existencia vuelve ilegítima toda pretensión de atribuir responsabilidad por el resultado acaecido, el cual habrá de ser considerado fortuito. Esto significa que la específica medida de cuidado necesaria para que el concreto autor hubiera evitado sumirse en un estado de incapacidad actual para evitar la realización del tipo resulta de la concreción, según sus capacidades (y conocimientos), de una exigencia *objetiva* de cuidado. Sólo entonces cobra sentido concebir la imprudencia como un uso deficitario de los conocimientos y capacidades del autor que legitima la atribución de un significado personal al injusto (como suma de lo que tradicionalmente se conoce como injusto objetivo y subjetivo)⁹⁸⁸.

En suma, cuando aquí se alude a la infracción de la incumbencia como criterio normativo en sustitución (como sucedáneo) de un criterio fáctico —capacidad actual— se hace en referencia a la posibilidad de imputar la realización típica. Ello presupone que, mientras que en el dolo la relación con el objeto primario de imputación es directa, pues la

⁹⁸⁸ Cfr. KINDHÄUSER, *InDret Penal*, 4/2008, p. 20. Como acertadamente concluye MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, p. 727, “cualquier intento de basar la responsabilidad penal en hechos inconscientes, que no puedan ser reconducidos a otros conscientes, entraña la renuncia expresa al principio de responsabilidad personal”. Similar, DUTTGE, «Erlaubtes Risiko in einer personalen Unrechtslehre», en Bloy/Böse/Hilenkamp (eds.), *FS-Maiwald*, 2010, pp. 151 s.

capacidad de evitación es actual, la relación entre el comportamiento imprudente —con base en la infracción de la incumbencia— y la realización típica es establecida normativamente a falta de la mencionada capacidad actual⁹⁸⁹. Esto no quiere decir, o al menos no en el modelo que aquí se sigue, que semejante atribución de responsabilidad prescinda de cualquier momento de consciencia, sino que tal momento habrá de ir referido a la infracción de la exigencia de cuidado y no, al menos no como conocimiento concreto, a la realización típica⁹⁹⁰. Dicho de otro modo: todo autor imprudente es, por definición, suficientemente inconsciente (por delimitación conceptual con el dolo eventual) con respecto al objeto primario de imputación, pero suficientemente capaz de aplicar la concreta medida de precaución.

La solución pasa, de nuevo, por rastrear un momento consciente previo en el cual haya sido posible evitar el desconocimiento (eventual) o la incapacidad física actual. Lo que se construye (normativiza) entonces en la imprudencia es la relación entre el momento (previo) de la infracción de la incumbencia y el momento de la realización típica; pero la infracción imputable de la exigencia de cuidado requiere la misma representación de hechos que exigimos para el dolo (eventual, al menos). Cambian, eso sí, la circunstancias a representar. El criterio que opera entonces para atribuir responsabilidad imprudente queda constituido por la infracción imputable de una exigencia de cuidado, la cual puede estar a un paso (imprudencia consciente) o dos (imprudencia *inconsciente*) del momento en el que la realización del comportamiento lesivo resulta inevitable⁹⁹¹. La pregunta que surge inmediatamente es: ¿dónde termina este proceso de rastreo para que no se extienda

⁹⁸⁹ Véase, por todos, MIR PUIG, *PG*, 11/15, p. 297: “el dolo y la imprudencia no tienen la misma naturaleza, porque el dolo es un fenómeno de contenido fundamentalmente psicológico y la imprudencia, un fenómeno básicamente normativo”.

⁹⁹⁰ No me parece correcta, por tanto, la crítica formulada por GUANAIS DE AGUIAR FILHO, *Imprudencia inconsciente*, pp. 174 ss., esp. 183 s., según la cual, el modelo de imputación por imprudencia, tanto de Hruschka como de Kindhäuser, “resbalan hasta apoyarse en el constructo estrictamente normativo de la infracción de incumbencias”, pues “la responsabilidad por la inobservancia del deber de cuidado, no depende ya del conocimiento de que se está inobservando algo, con lo cual el punto originario de la responsabilidad está en un *no conocimiento*” (énfasis original). De hecho, también para tales autores, la infracción de una exigencia de cuidado (incumbencia) requiere, para ser imputable, de la capacidad actual de evitar la infracción (de la exigencia de cuidado). En este sentido, véase, por ejemplo, HRUSCHKA *Strafrecht*, pp. 195 ss., 224 ss.; KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 66, con nota 6; EL MISMO, *JRE*, (1994), pp. 345 s., y nota 23. En cambio, con razón señala Guanais de Aguiar Filho que a semejante problema habría de enfrentarse el planteamiento de Sánchez-Ostiz (ibidem, pp. 174 s.), pero también, por el mismo motivo, el de Jakobs o Pawlik.

⁹⁹¹ En este sentido, MAÑALICH, *RCP*, 2015, pp. 30 ss.

de manera ilimitada?⁹⁹². La respuesta, en cierta medida formal, sólo puede ser una: el rastreo termina allí donde nos encontramos ante una situación de riesgo permitido⁹⁹³.

En este sentido, la diferencia entre el dolo y la imprudencia (y entre la imprudencia consciente e *inconsciente*) se encuentra, más bien, en el objeto representado⁹⁹⁴. Y de ahí que sea posible afirmar que la imputación requiere, en todo caso, un comportamiento consciente⁹⁹⁵. La imprudencia como instancia de imputación extraordinaria consiste, por tanto, en la normativización de la relación que media entre la realización del tipo, como objeto primario de imputación, y la capacidad (no empleada) de la persona en un momento anterior, como fundamento de imputación. Ello no ha de desconocer que la infracción de una incumbencia no es el objeto directo del reproche, sino la causa a la que sucede la imposibilidad de seguir la norma de comportamiento. Lo que se reprocha al autor es la infracción directa (imputación ordinaria) o en virtud de la infracción de una incumbencia (imputación extraordinaria) del deber jurídico⁹⁹⁶. Y esto último quiere decir: en el nivel del injusto, la imprudencia es incapacidad de evitación actual reprochable.

En definitiva, concebir la imprudencia como estructura de imputación extraordinaria implica aceptar que para ninguna forma de imprudencia puede presentarse coincidencia temporal entre el objeto y el fundamento de imputación. Pues si de lo que se trata es de establecer una conexión normativa entre la acción que incumple conscientemente una exigencia de cuidado y el comportamiento inmediatamente lesivo, la relación temporal entre un momento y otro no podrá ser caracterizada con la cualidad de inmediata.

⁹⁹² Esto es advertido también por VARELA, *Dolo y error*, pp. 160 s.

⁹⁹³ En este sentido, también, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, p. 730, con referencia a Thon.

⁹⁹⁴ Así, por ejemplo, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, p. 709. Según este autor, semejante conclusión se deriva de su concepción de la norma como norma-comunicación. Si no existe comunicación efectiva entre el emisor de la norma y su receptor (por medio de la norma, se entiende), entonces tampoco puede existir infracción de esa norma. Si bien el autor imprudente no reconoce la norma de comportamiento (mejor: las circunstancias que la hacen aplicable y de ahí la concreta norma a practicar), al menos tiene que haber reconocido la medida de cuidado a aplicar. De lo contrario, la punibilidad de la imprudencia vulneraría el principio de culpabilidad del derecho penal. De ahí el rechazo de Molina Fernández a castigar la imprudencia inconsciente, salvo cuando lo sea por asunción, es decir, por infracción consciente de una “norma de peligro de grado inferior” (pp. 712, 724 ss.) Lo que Molina Fernández propone como norma-comunicación —efectividad absoluta de la relación normativa emisor-receptor— es, en parte, lo que aquí se propone como deber de evitación o abstención (en parte, pues, como es sabido, en la tesis de Molina Fernández la relación efectiva sólo se da, vía infracción, con el injusto culpable). La diferencia, como vimos al tratar la posibilidad de que la distinción con la concepción de Freund fuera meramente terminológica, radica en que a la norma concretada (aquí, “deber”; en Molina Fernández, “norma-comunicación”) ha de preceder una entidad normativa que le sirva de fundamento.

⁹⁹⁵ Similar, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, p. 715, al exponer el planteamiento de Stübel, utilizando, no obstante, el término “voluntario” en lugar de “consciente”.

⁹⁹⁶ Similar, VARELA, *Dolo y error*, p. 146.

Cualidad que, precisamente, es condición necesaria de una auténtica relación de coincidencia. De ahí, también, que el reproche de culpabilidad referida a un injusto imprudente sea menor.

2. La imprudencia como forma de evitabilidad

Si aplicamos lo expuesto hasta aquí al criterio de la evitabilidad, es plausible afirmar que tanto el dolo como la imprudencia son diferentes manifestaciones de evitabilidad personal⁹⁹⁷. Pero en la medida en que sólo puede (en sentido físico) evitarse personalmente lo conocido actual o eventualmente⁹⁹⁸ por el sujeto —lo que opera como criterio de imputación del dolo—, la evitabilidad que define a la imprudencia no irá directamente referida a las circunstancias fácticas del tipo, sino, antes bien, a la situación que requiere de cuidado. Es decir, si bien dolo e imprudencia son dos manifestaciones de evitabilidad personal, ésta va referida, en cada caso, a dos objetos de evitación distintos. En caso contrario, puede estar confundándose el comportamiento a ser evitado con la falta de esfuerzo o preocupación por su evitación⁹⁹⁹. La exclusión de la evitabilidad que toma como base el dolo —esto es, la inevitabilidad actual en la realización típica— condiciona la activación del siguiente criterio, el cual viene a conformar la imprudencia: la evitabilidad de la inevitabilidad¹⁰⁰⁰ o *evitabilidad secundaria*.

Así, con respecto al comportamiento inmediatamente lesivo, son reconocibles dos situaciones penalmente relevantes: quien actúa con dolo *pudo evitar* su realización, mientras que quien actúa imprudentemente no pudo evitar, pero *habría podido evitar* su realización de haber observado previamente el cuidado requerido en la situación. Ello puede expresarse de otro modo: en el dolo, A habría podido evitar (presuponiendo la capacidad de evitación entonces) de haber sido esa su intención. Si pudiendo no evitó, entonces concluimos que su intención fue no-evitar. En la imprudencia, en cambio, habría podido evitar de haber observado la exigencia de cuidado, pues ello le habría puesto en situación de poder evitar intencionalmente la realización del tipo. La diferente relación que se establece con respecto a la realización típica que surge de esta comprensión es lo

⁹⁹⁷ Cfr. PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia*, p. 145.

⁹⁹⁸ Sobre la distinción acerca del conocimiento “actual”, “eventual” y “potencial” en el ámbito del error de prohibición, formas aplicables, según entiendo, al conocimiento de las circunstancias fácticas que hacen aplicable una norma de comportamiento, véase, FELIP I SABORIT, *Error Iuris*.

⁹⁹⁹ KINDHÄUSER, *FS-Schünemann*, p. 149.

¹⁰⁰⁰ KINDHÄUSER, *InDret Penal*, pp. 23 s.; MAÑALICH, *RCP*, p. 18.

que motiva que podamos hablar de imprudencia como forma de imputación extraordinaria de la realización típica: la conexión a partir del criterio fáctico es reemplazada por una conexión normativa. Es frecuente designar esta relación como «conexión de contrariedad a deber» (*Pflichtwidrigkeitszusammenhang*)¹⁰⁰¹, y es a partir de su afirmación que se fundamenta la imputación de la realización típica por la infracción de una incumbencia previa a la realización no evitable del tipo. Es en este sentido que, sostenemos se trata —ahora en expresión de Kindhäuser—, de una “subrogación normativa”¹⁰⁰². El componente cognitivo se sustituye por un componente normativo, esto es, por una cláusula de deber («*Sollensklausele*»): es responsable por imprudencia quien *debió saber* que su acción causaría un daño¹⁰⁰³. La relación que se establece entre la acción imprudente y la realización típica está entonces mediada por la trascendencia que habría tenido el cumplimiento de la exigencia de cuidado para la potencial evitación del resultado.

Por tanto, como ya ha sido sostenido, con ello no pretende afirmarse que la señal de tráfico (o cualquier normativa extrapenal), sea un estándar suficiente para la determinación de la

¹⁰⁰¹ También denominada «conexión de antijuridicidad» o «realización del riesgo no permitido» o, como prefiere el BGH, «causalidad de la infracción del deber de cuidado»; al respecto, véase, PUPPE, «Vor § 13», NK, nm. 206 ss., quien prefiere señalar que existe una relación de causalidad entre una acción descuidada y el resultado, y objetando que aquellas expresiones no son incorrectas básicamente porque no dicen nada. Cuando hablamos de criterio fáctico se hace referencia a que el sujeto pudo evitar intencional y causalmente la realización del tipo, esto es, evitar intencionalmente poner la causa que habría de llevar (causalmente) a la realización típica. En cambio, se aplicaría el criterio normativo en la medida en que el cumplimiento de la exigencia de cuidado no garantiza (no se da una relación de necesidad) la no realización del tipo. En este último caso, la condición para afirmar la *conexión de infracción de deber* es que sea posible confirmar la formulación de la siguiente hipótesis: el sujeto habría podido evitar la realización del tipo de haber observado la exigencia de cuidado. Sobre la noción «conexión de infracción de deber», en detalle, KÜPER, «Überlegungen zum sogenannten Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Fahrlässigkeitsdelikt», en *FS-Lackner*, 1987, pp. 247 ss.; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 423 ss.; KINDHÄUSER, *GA* (1994), pp. 219 ss.; FRISCH, «Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre», *GA* (2003), p. 728.

¹⁰⁰² Cfr. KINDHÄUSER, *FS-Schünemann*, p. 147. Ya antes, EL MISMO, *Gefährdung*, pp. 129 s. En sentido similar, HRUSCHKA, *Strafrecht*, pp. 325 ss.; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 229; TOEPEL, *Kausalität*, pp. 31 ss.; BURKHARDT, *Conducta*, (pp. 179, 130.). En contra, PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia*, pp. 145 ss., quien señala que “la imputación de la culpa en estos términos de evitabilidad no es irregular [extraordinaria, V.V.] ni, por tanto, excepcional, sino simplemente una medida de evitabilidad menos grave que la del dolo”. No obstante, que sea una medida menos grave —como acertadamente apunta el autor— no se deriva necesariamente (no es una condición exclusiva) de la comprensión de la imprudencia como una forma de imputación regular (ordinaria). Precisamente porque es extraordinaria es que también puede derivarse de esta comprensión la consecuencia de la menor gravedad de la sanción. Como vimos, en contra de entender que la estructura de imputación extraordinaria justifique ya una atenuación de la pena, de nuevo, puede que sea correcto afirmar que lo uno (atenuación) no se deriva *conceptualmente* de lo otro (imputación extraordinaria). Sin embargo, entiendo que en el contexto del lenguaje de la responsabilidad tenemos razones para afirmar que la imputación extraordinaria *justifica* un menor reproche.

¹⁰⁰³ Cfr. STOPPENBRINK, *Vearntwortung*, p. 19. Sin embargo, como acertadamente advierte esta autora, con ello sólo se ofrece una respuesta analítico-conceptual (p. 20). Una respuesta normativa requiere de ulterior explicación.

concreta exigencia de cuidado relevante a efectos de imputación extraordinaria. Antes bien, si el contenido de lo que incumbe al conductor está configurado por la evitación de la (auto)puesta en una situación o posición en la cual le sea imposible responder de sus actos, entonces habrá de demostrarse que efectivamente el haberse saltado el semáforo tuvo semejante consecuencia. Dicho de otro modo: que por medio de su observancia habría podido evitar la realización típica. Si, por ejemplo, aun saltándose el semáforo A habría estado en situación de capacidad de evitar (frenando a tiempo) el atropello, entonces tal infracción administrativa no podrá contar, además, como infracción de una incumbencia que fundamente la imputación extraordinaria. Lo que ocurrirá entonces es que se confirmará que el conductor sí tenía la capacidad actual de evitar el atropello a pesar de haberse saltado el semáforo. Por la misma razón, si se demuestra (con una “probabilidad rayana en la certeza”), que, incluso observando la señal de tráfico, el conductor no habría podido evitar el atropello de B, entonces habremos de concluir que tampoco el comportamiento alternativo conforme a derecho (mejor: cuidado) le habría puesto en situación de evitar intencionalmente el atropello. De modo que no será la infracción de la normativa administrativa lo que necesariamente explica la inevitabilidad, y fundamenta la imputación, del comportamiento inmediatamente lesivo. En definitiva, para atribuir responsabilidad por imprudencia no es suficiente con la constatación, por un lado, de un comportamiento descuidado según una norma específica y, por el otro, de cierta relación causal entre ese comportamiento y el resultado¹⁰⁰⁴. Es necesaria una conexión de contrariedad a deber.

Lo relevante es, en este sentido, demostrar que de haberse cumplido con la correspondiente normativa del sector de actividad el sujeto habría podido evitar la realización típica. Y esto no significa requerir una relación de causalidad que conecte el comportamiento previo descuidado con la realización típica, sino, más bien, significa la necesidad de establecer una conexión normativa —entre el comportamiento lesivo y la hipótesis de su evitación de haber observado el cuidado exigido— que justifique la atribución de responsabilidad por aquélla.

¹⁰⁰⁴ Así, PUPPE, «Vor § 13», *NK-Puppe*, nm. 206 ss., en contra de la opción del *BGHSt* 42, 253 (236). Como apunta KINDHÄUSER (*GA* (1994), pp. 219 ss., con nota 73) en respuesta a Puppe, la pregunta que cabe formularse bajo la hipótesis de haberse cumplido con el riesgo permitido no es si “¿acaso no se *habría dado* con suficiente certeza, o sólo de manera improbable, el resultado?”, si no, si “¿acaso *habría sido evitable* si el resultado con suficiente certeza o sólo con una probabilidad significativa?” (p. 220; énfasis añadido). Se sustituye así una relación de causalidad contrafáctica por una relación de disposición contrafáctica.

La capacidad de evitar que subyace a la imputación a título de dolo presupone en el sujeto una capacidad cognitiva y una capacidad física para realizar una determinada intención (evitar la realización típica). Ambas dimensiones cumplen, por tanto, con la capacidad de evitación intencional. Esta capacidad puede ser denominada “capacidad de acción”¹⁰⁰⁵. Cuál haya de ser la medida de esta capacidad de evitación ha de venir *establecido* por las reglas de imputación jurídico-penal. Cuando falta esa capacidad de acción, bien sea por ausencia de conocimiento suficiente, bien por ausencia de capacidad física, entonces entra en consideración la imprudencia, la cual consiste en la provocación imputable (evitable) de la falta de capacidad de acción al momento relevante. Por tanto, el objeto de reproche (todavía revocable como reproche total en el segundo nivel de imputación) que contiene la imputación a título de imprudencia rezaría: a pesar de que no pudiste evitar actualmente la realización del tipo, pudiste y te fue exigible evitar ponerte en una situación en la que, llegado el caso, no podrías actuar conforme a la norma. La imprudencia como evitabilidad secundaria presupone entonces una falta de cuidado que tiene como consecuencia la disminución de la capacidad de actuar del sujeto que ejerció con descuido.

3. Acción intencional «bajo una descripción»: acción principal (inmediatamente lesiva) y acción auxiliar (no-precautoria)

La estructura compleja de los delitos imprudentes se reconoce desde el instante en que advertimos que el resultado —el cambio en el mundo— del concreto tipo delictivo no cuenta como la realización de una intención. De hecho, en los delitos imprudentes tiene sentido suponer que el sujeto, de haberse representado el resultado típico, habría omitido el comportamiento conducente a él. Así, cuando se trata de la evitabilidad intencional se hace referencia a que pudo ejecutarse u omitirse por un sujeto una acción entendida como realización de una intención. Por tanto, para que intencionalmente uno pueda evitar la realización de un tipo (esto es, que pueda seguir intencionalmente una norma) es fundamental que podamos hablar de *capacidad de acción*. Y lo mismo ocurre, como se ha dicho, con respecto a las circunstancias fácticas que hacen aplicable una exigencia de cuidado. Cuando definimos esta capacidad como capacidad física y capacidad cognitiva

¹⁰⁰⁵ Cfr. KINDHÄUSER, *FS-Schünemann*, pp. 144 s. Ya antes, EL MISMO, *Gefährdung*, pp. 62 ss. Si el sujeto que realiza el tipo cuenta con la capacidad de acción (es decir, de evitar su realización), entonces se concluye que no fue su intención evitarlo.

es porque para realizar una intención se requiere de ambas condiciones¹⁰⁰⁶. De este modo, sólo puede realizarse como intención lo que es objeto de representación, en el sentido de que para evitar intencionalmente que una proposición (como parte de una actitud proposicional) se haga verdadera o falsa, es necesario que el sujeto se represente que lo que proyecta ejecutar u omitir pueda conducir a la producción de aquello que debe evitar. Podría decirse que, para que en el mundo se realice lo que uno quiere, uno ha de creer percibir el mundo tal como es. Por lo que, *prima facie*, sólo puede atribuirse al agente como su acción el hecho delimitado, en su extensión, por el contenido de su representación (o creencia). Es decir, el contenido de una representación (o creencia) es el que establece la descripción bajo la cual un comportamiento (un evento) puede ser adscrito como una acción intencional¹⁰⁰⁷. A partir de esta premisa, es plausible afirmar que en el hecho quedaría plasmada la subjetividad del agente¹⁰⁰⁸. Si, por ejemplo, A quiere evitar atropellar a B (contenido de la intención), es necesario que A se represente o crea que B está delante suyo (y que, además, funcionen los frenos de su vehículo o tenga la capacidad de esquivarlo). Estos elementos devienen necesarios para que A pueda realizar su eventual intención de no atropellar a B. Si A atropella a B debido a un déficit de alguno de estas condiciones, entonces diremos que A no fue capaz de realizar su eventual intención de evitar el atropello de B. No fue capaz, en definitiva, de llevar a cabo la acción *debida*.

Siguiendo el célebre planteamiento de Anscombe, *una misma acción* (que aquí llamaremos “comportamiento”) puede contar como intencional bajo ciertas descripciones de acciones, pero no bajo otras¹⁰⁰⁹. Así, advierte esta autora, “bajo la descripción «dejar el libro sobre la mesa» mi acción fue intencional, aunque no fue intencional bajo la descripción «dejar el libro sobre un charco de tinta»”¹⁰¹⁰, en circunstancias de que ambas

¹⁰⁰⁶ Al respecto señala VON WRIGHT, «El determinismo y el estudio del hombre»: “[t]ener la intención de hacer algo presupone que el agente se considere, acertada o equivocadamente, en condiciones de alcanzar o de llevar a cabo el objeto de su intención».

¹⁰⁰⁷ Cfr. SILVA OLIVARES, en *Acciones, razones y agentes*, p. 342.

¹⁰⁰⁸ Cfr. HEGEL, *Principios*, § 177 (citado por SILVA OLIVARES, en *Acciones, razones y agentes*, p. 341 s.).

¹⁰⁰⁹ Sobre la noción «under a description», véase ANSCOMBE, «Under a description», en *The Collected Philosophical Papers of G. E. M. Anscombe, vol. II: Methaphysics and the Philosophy of Mind*, 1981, pp. 208 ss.; MACKIE, *Ethics*, pp. 211 s.; DAVIDSON, *Essays on Action and Events*, 2001, pp. 43 ss., 50 ss. Ello presupone que la forma de individualizar acciones o eventos (mejor: el catálogo de descripciones verdaderas de una acción) ha de venir determinada por la relación de causalidad, cfr. MAÑALICH, *Norma*, pp. 67 ss., 71. Que la acción descrita como “atropellar mortalmente a B” pueda ser causalmente descompuesta —expandiendo el acordeón— en descripciones de acciones más básicas (“multiplicándolas”) como “presionar el acelerador del vehículo” o “mover el pie” no habría de alterar la verdad de la descripción de la acción resultativa.

¹⁰¹⁰ ANSCOMBE, en *Philosophical Papers*, p. 208.

descripciones habrán de ser verdaderas con respecto a lo efectivamente ocurrido¹⁰¹¹. Por tanto, volviendo al ejemplo, bajo la descripción “A atropella (mortalmente) a B” la acción de A no fue intencional. Ciertamente, podría ser —es lo que ocurre en la imprudencia—, que, si bien un comportamiento de A no fuera intencional bajo la descripción “A atropella (mortalmente) a B”, *otra* acción de A fuera intencional bajo la descripción “A se salta el semáforo” o “A no presta atención a las circunstancias del tráfico”. Pero entonces no estaríamos ante una misma acción —intencional bajo una descripción, pero no intencional bajo otra—, sino tomando en consideración *dos comportamientos distintos*. La acción intencional bajo una descripción no es la acción bajo la descripción que es objeto de la norma de comportamiento¹⁰¹².

Además, el comportamiento descrito como “A atropella mortalmente a B” —que no cabe interpretar ahora como una acción en la medida en que no realiza una intención— puede admitir otras descripciones; por ejemplo: “A conduce su vehículo a su trabajo” o “A huye de sus perseguidores”. Ello hace explícito que un mismo comportamiento (no su descripción), puede ser el objeto de referencia de la descripción de varias posibles acciones¹⁰¹³. El modo adecuado para saber si un comportamiento puede ser interpretado como acción pasa entonces por establecer si cuenta como la realización de una intención. Lo relevante en los casos de responsabilidad por imprudencia es que si podemos individualizar de manera retrospectiva un cambio en el mundo —como el estado que describe el tipo delictivo— que no cuenta como realización de una intención, entonces sólo cabe aceptar que el delito imprudente no se basa (al menos no directamente) en la interpretación del comportamiento como una acción¹⁰¹⁴.

Según el planteamiento aquí seguido, la estructura de la responsabilidad por imprudencia (no la acción propiamente contraria a cuidado) se compone, al menos, de dos

¹⁰¹¹ Ibidem, p. 210.

¹⁰¹² Así, por ejemplo, WALLACE, *Responsibility and the Moral Sentiments*, 1996, pp. 135 ss.; recientemente, STOPPENBRINK, *Verantwortung*, 2016, pp. 230 ss.

¹⁰¹³ Esto es más evidente en los casos de error de tipo: la acción del cazador es intencional bajo la descripción “cazar un jabalí”, pero no bajo la descripción “matar a B”. El problema aquí es que no puede considerarse verdadera una descripción que únicamente tiene lugar como creencia del autor, es decir, como objeto intencional. Ese es precisamente el elemento que define al error: la falta de congruencia con la realidad. Por tanto, que sea una creencia efectiva no significa que su descripción sea verdadera. Según entiendo, este podría ser el caso, por ejemplo, del *error in personam vel objecto*: bajo la descripción “disparar a una persona [B]” la acción de A fue intencional, aunque no fue intencional bajo la descripción “disparar a C”. Ambas descripciones son verdaderas con respecto a una misma acción o comportamiento. MACKIE (*Ethics*, pp. 211) pone el siguiente ejemplo: una mujer cuyo marido ha salido de viaje dispara, intencionalmente, a un supuesto intruso. En realidad, el intruso es su marido, que ha regresado de imprevisto.

¹⁰¹⁴ Sobre esto último, véase KINDHÄUSER, *FS-Puppe*, p. 57.

comportamientos. Ello es así si entendemos que el autor primero habrá de comportarse conforme a cuidado para posteriormente poder actuar conforme a deber. Que entre uno y otro comportamiento pueda mediar una relación causal no debería desconocer que, entre ambos media, como ya se anticipara, una distinción semántica¹⁰¹⁵. No tiene el mismo significado la acción intencional identificada como «descuidada» que la *acción* no-intencional identificada como «inmediatamente lesiva», esto es, como «producción (o causación) de un resultado». El hecho de que el comportamiento inmediatamente lesivo satisfaga las propiedades semánticas del tipo de acción prohibida nos permite individualizar el comportamiento penalmente relevante¹⁰¹⁶. De este modo, en la estructura del delito imprudente, ni la producción de una lesión es una acción, ni la infracción de una exigencia de cuidado es inmediatamente lesiva. Ello favorece caracterizar el comportamiento inmediatamente lesivo como la *acción principal*, que el sujeto tiene que evitar conforme a la norma, y la acción descuidada como una *acción auxiliar*¹⁰¹⁷. A este respecto, sólo la situación que constituye la respectiva oportunidad para omitir o ejecutar la acción principal es la que se corresponde con la situación que constituye la respectiva oportunidad para seguir la norma de comportamiento. Es decir, si el sujeto no se encuentra “de frente” con la situación que hace aplicable una norma (v gr. si no tiene la oportunidad de ejecutar o evitar un homicidio), tampoco tiene razones para seguir esa norma¹⁰¹⁸.

¹⁰¹⁵ Al respecto, MAÑALICH, *Norma*, pp. 73 s.

¹⁰¹⁶ Es decir, la acción principal, en tanto acción ejecutada u omitida, satisface «por sí misma» la descripción especificada en el correspondiente tipo de acción; cfr. MAÑALICH, *Norma*, p. 74. Como señala este autor, la acción inmediatamente lesiva sería autosuficiente desde una perspectiva semántica (p. 76, nota 233). Además, advierte Mañalich, subyacería un error categorial a la estrategia de intentar subsumir la acción auxiliar bajo el correspondiente tipo de acción, por el hecho de que la aquélla “pueda encontrarse causalmente conectada con un evento que satisface la descripción del resultado por referencia al cual se encuentra especificado el tipo de acción en cuestión” (p. 74).

¹⁰¹⁷ Así, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 64 s.; VOGEL, *Norm*, pp. 80 ss.; MAÑALICH, *Norma*, pp. 71 ss., aunque en referencia a las acciones auxiliares en la forma de «preparatorias», aplicadas a la dogmática de la intervención delictiva. Apunta este autor que, si bien una acción auxiliar puede estar causalmente conectada con el resultado siempre necesitará de un complemento, lo que impide su subsunción bajo el correspondiente tipo. Por otro lado, aplicando un uso ordinario del término ‘preparatorio’, la acción auxiliar ‘precautoria’ podría consistir, también, en “prepararse” (por ejemplo, adquiriendo información o una habilidad) para una determinada actividad (por ejemplo, una operación). Sin embargo, siguiendo a KINDHÄUSER (*Gefährdung*, p. 65, nota 3), se hace un uso técnico de tales términos, lo que nos permite su distinción.

¹⁰¹⁸ Lo relevante aquí no es, como sostiene Joshi Jubert para la constelación de casos *alic*, si el derecho penal sólo prohíbe “aquellos procesos que de forma estrictamente directa e inmediata lesionaran al bien jurídico” (*La doctrina*, pp. 277 s.). La preocupación de esta autora, absolutamente correcta desde una perspectiva político-criminal, queda articulada en la idea de que, conforme al modelo de la excepción, las acciones previas (en la *alic*, pero que nos sirve también para la imprudencia) dejarían de estar sometidas al alcance de la norma de comportamiento. Sin embargo, la cuestión parece estar planteada en términos erróneos. Lo que pretende defenderse aquí es que al momento de realizar la acción auxiliar al sujeto no se le presenta todavía (al menos no de forma suficientemente concreta y clara) ni el motivo ni la oportunidad de ejecutar u omitir la acción principal. Esto no significa que la acción auxiliar carezca de relevancia de

De este modo, bajo la norma que prohíbe un homicidio la acción descrita como “saltarse el semáforo” (o “dormirse con la escopeta cargada”, “dar comienzo a una operación sin los conocimientos necesarios”, etc.¹⁰¹⁹), que cuenta como «descuidada», no contaría —no tendría el significado—, en cambio, como descripción de la acción de “matar”, que cuenta como «inmediatamente lesiva». Con respecto a la acción principal es que se caracteriza a la acción previa como acción «auxiliar», en el sentido que su realización cuenta como una condición que posibilita (alcanzando o asegurando una suficiente capacidad de acción) la realización de aquélla. Así, la ejecución de una acción (auxiliar) precautoria es necesaria para mantenerse en posición de evitar intencionalmente la realización del tipo; por lo que la omisión de esa acción precautoria explicará la situación de inevitabilidad actual. En estos términos, la responsabilidad a título de imprudencia supone hacer responsable por *acciones* principales no ejecutadas (requerimiento) u omitidas (prohibición), de cuya ejecución u omisión el autor no fue (suficientemente) consciente, en virtud de acciones descuidadas, de las que sí era consciente y, por tanto, responsable. Como ya advirtiera Binding, “desde el descubrimiento de la imprudencia, se puede vulnerar cualquier deber jurídico conscientemente o inconscientemente pero culpablemente”¹⁰²⁰.

4. Consideración final

La imprudencia es una estructura de imputación extraordinaria que nos permite interpretar la acción inmediatamente lesiva (mejor: la realización típica), pero que presupone una acción u omisión (al menos) analíticamente anterior que infringe la exigencia de cuidado y que es (al menos) analíticamente distinta de aquélla. Esta infracción opera como criterio cualificador de la realización típica. Contraria a cuidado es la acción previa, imprudente es el resultado de aplicar el criterio de infracción de la exigencia de cuidado a la realización típica. La imprudencia puede verse entonces como

cara a la imposición de una sanción jurídico-penal, sino que dicha acción no es la que la norma de comportamiento prohíbe. Más bien, es el momento que la regla de imputación toma en consideración para decidir si la imposibilidad de realizar u omitir una acción principal es atribuible al propio sujeto, en circunstancias de que un comportamiento previo conforme a cuidado le hubiera permitido evitar la acción principal. El error se encontraría entonces en asignar a la categoría de la norma de comportamiento una función que le corresponde a las reglas de imputación. Y ello tampoco supondría dejar de tener en cuenta razones de política-criminal (así, JOSHI JUBERT, *La doctrina*, pp. 278 ss.; ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, p. 37), o, más en general, de justicia retributiva, sino situar semejantes razones en el lugar que les corresponde, a saber, el de la legitimación de las normas de sanción en pos de garantizar la vigencia de la norma (cfr. KINDHÄUSER, *GA* (1994), p. 204.

¹⁰¹⁹ Siempre que tales acciones sean suficientes para explicar la ausencia de capacidad *in actu*.

¹⁰²⁰ BINDING, *Culpabilidad*, p. 24.

la relación normativa entre el sujeto y el objeto de imputación. Cuando afirmamos la imprudencia, ello es el resultado de la aplicación de criterios, igual que el dolo: en la imprudencia el juicio (de imprudencia) resulta de la aplicación de in criterios de infracción de una exigencia de cuidado. De modo que una acción descuidada es imprudente cuando es, además, contraria a una exigencia de cuidado. Igual que una acción (descripción) es intencional, una acción (descripción) no intencional poder ser imprudente. Los calificadores son atribuidos a un objeto. Si la acción es lo que debe ser cualificado en el nivel del injusto, entonces tiene todo el sentido que se les atribuya, después de ser descritas, la cualificación/sentido jurídico de dolosas o imprudentes. La función del dolo y la imprudencia es cualificar la acción lesiva. En el dolo la referencia es psicológica, en la imprudencia, normativa (de hecho, las expresiones “cognoscibilidad” o “previsibilidad” son utilizadas para indicar que no hubo tal relación psicológica, pero que pudo haberla). En ambos casos hablamos de imputación, esto es, de una relación normativa; sin embargo, los elementos que toma el juicio de imputación en uno y otro caso difieren: para el dolo, el ordenamiento jurídico otorga relevancia al conocimiento de la situación y a la posibilidad física de evitación; en la imprudencia, en cambio, a la infracción imputable de una exigencia de cuidado cuya observancia *habría posibilitado* al sujeto contar con las capacidades de evitación (pero también, frente al conocimiento —eventual— estipulado para el dolo como criterio psicológico, las soluciones de “previsibilidad” o “cognoscibilidad” consisten en criterios normativos). Si el objeto cualificado pasa entonces a ser injusto, tiene todo el sentido que sean objetos (ahora como injusto, ya no como mera antinormatividad) distintos: injusto doloso e injusto imprudente. Y es precisamente este objeto (nuevo) el que funge como objeto de la imputación de segundo nivel. Es decir, que hay un objeto de imputación en el primer nivel y un objeto de imputación en el segundo nivel. Nota que debe ir para la imprudencia: error de tipo es situación de desconocimiento de las circunstancias relevantes de la realización del tipo; imprudencia es la provocación responsable de ese estado de desconocimiento, y entonces decimos que le era evitable; la imprudencia, por tanto, no es tipo objetivo, sino criterio de imputación de la realización del tipo objetivo. Por tanto, el comportamiento contrario a cuidado es el comportamiento que supera el riesgo tolerable en un sector de actividad concreto. La imprudencia, en cambio, es el criterio para imputar la realización del hecho a partir de la infracción de una exigencia de cuidado.

III. El error de prohibición vencible como estructura de imputación (subjctiva) extraordinaria.

1. Imprudencia en el nivel de la culpabilidad

La idea que da título a este apartado no es lo provocadora que pudiera parecer a primera vista. En efecto, aquí no se pretende tematizar la posibilidad de ubicar sistemáticamente la imprudencia en la categoría de la culpabilidad como categoría dogmática. Como tampoco la asunción de la teoría del dolo del causalismo clásico, de modo que una eventual *imprudencia iuris* hubiera de excluir el dolo. Antes bien, se trata de analizar la cuestión sobre la eventual relevancia, en el nivel de la culpabilidad, de comportamientos imprudentes previos a la realización típica. Pues una respuesta afirmativa ha de confirmar, siguiendo el esquema indicado para la imprudencia, la tesis aquí defendida: también en la apreciación de la vencibilidad del error de prohibición¹⁰²¹ se trata de la aplicación de una regla de imputación extraordinaria.

Si partimos de la base de que tanto en el nivel del injusto como en el de la culpabilidad debemos responder a cuestiones que afectan a determinadas capacidades del sujeto como dimensiones de la capacidad general de seguir la norma, las cuales operan como presupuestos bajo los cuales es posible una imputación (ordinaria) tanto de primer nivel (subjctiva o individual) como de segundo nivel (personal), entonces cobra plausibilidad estructural la afirmación de que toda ausencia de esas capacidades —y, por tanto, sea en el nivel que sea— al momento de realizar el comportamiento inmediatamente lesivo puede tener su origen en una falta de cuidado previa por parte del sujeto. Ello nos permite afirmar que a toda ausencia de capacidad personal relevante para la atribución de responsabilidad precede estructuralmente un posible momento de evitabilidad conforme a cuidado de esa incapacidad por parte de la persona. Por tanto, si esto es así en el nivel del injusto por lo que hace a la ausencia o déficit de capacidad de acción evitable, y entonces atribuimos responsabilidad por imprudencia porque pudo y le fue exigible evitar el defecto, entonces nada parece obstaculizar, como viene indicándose *ad nauseam*, la

¹⁰²¹ Sobre el problemático uso de la expresión “error de prohibición”, véase, SILVA SÁNCHEZ, *LH-Mir Puig*, pp. 885, con nota 51. Señala este autor que semejante expresión es incorrecta, pues “se trata en realidad de un error sobre la desvaloración jurídica de la conducta, en tanto que jurídica, y no sobre la prohibición de dicha conducta. Es un error sobre la *valoración* y no sobre la *prescripción*” (énfasis original).

aplicación de esta estructura con respecto a la ausencia o déficit de capacidad relevante para el segundo nivel de imputación (culpabilidad).¹⁰²²

2. Relación condicional (conceptual) entre error de tipo y error de prohibición

La capacidad de motivación o de actuar conforme a esta motivación presupone la capacidad de acción, concebida, como vimos, como capacidad de evitación intencional. Esta, a su vez, se compone del conocimiento suficiente de la situación relevante y la capacidad física para abstenerse de realizar la acción prohibida o ejecutar la acción requerida, de modo que la falta de alguno de estos presupuestos de acción condicionará ya el análisis de la culpabilidad. Por tanto, parece evidente que entre la dimensión cognitiva de la capacidad de acción y la capacidad de motivación y de actuar conforme a esa comprensión se da, en términos conceptuales, una relación condicional.

Cuando un sujeto sabe *lo suficiente* y, a pesar de ello, actúa, entonces hay dolo eventual y, en su caso, conocimiento eventual de la antijuridicidad de su conducta. Si no sabe lo suficiente y actúa, entonces existe imprudencia, sin que el conocimiento insuficiente permita hablar de conocimiento eventual de la antijuridicidad de su conducta. Es decir, A no sabe que su conducta causará con cierta probabilidad la muerte de B, y, de saberlo, entonces habría dolo (eventual) y, por tanto, en su caso, conocimiento eventual de la antijuridicidad. Esta relación de correspondencia es necesaria salvo que para cada objeto de referencia (realización elementos relevantes del tipo y antijuridicidad de la conducta) se establecieran estándares de conocimiento distintos¹⁰²³. Sería el caso de una asimetría tal entre ambos niveles de imputación, por ejemplo, si para afirmar dolo se estipulase un estándar de conocimiento “eventual”, pero para afirmar el conocimiento de la antijuridicidad (no de la evitabilidad de un eventual error de prohibición) se estipulase un estándar de conocimiento “potencial”. En este sentido, dado que el estándar de conocimiento de la antijuridicidad sería menor, podría ser el caso que se imputara la realización imprudente del tipo y el efectivo *conocimiento* (potencial: “no se dispuso, pero pudo y debió haberse dispuesto de él”; normativizado pues) de la antijuridicidad.

¹⁰²² En este sentido, por ejemplo, ROXIN, *ADPCP* (1988), p. 25; en detalle, ZIEGERT, *Vorsatz, Schuld und Vorverschulden*, pp. 145 ss., 191 ss.

¹⁰²³ Lo que, por otro lado, supondría una decisión axiológica necesitada de justificación, problemática en la que no entraremos aquí.

Como consecuencia de ello, la evitabilidad del error de prohibición bajo un desconocimiento así concebido, es decir, la evitabilidad del desconocimiento potencial de la antijuridicidad supondría una incumbencia más gravosa de conocer o averiguar; brevemente, se trataría de una doble normativización: primero, ante la ausencia del estado mental cuya atribución opera como dolo o conocimiento de la antijuridicidad; segundo, frente a la evitabilidad de ese *estado mental* normativizado¹⁰²⁴.

Sin embargo, esa posibilidad debe ser descartada. Siempre que atribuimos la realización típica a partir de un criterio de imprudencia en el injusto tenemos que reconocer que, en el nivel de culpabilidad, concurre un error de prohibición¹⁰²⁵. La culpabilidad del delito imprudente ira referida al injusto imprudente; y ello quiere decir, a la capacidad de motivarse según un estándar objetivo de cuidado. Esto se torna evidente si asumimos que ante la falta de dolo sólo puede haber, en su caso, imprudencia. Ello implica que, por oposición al dolo, hay una falta de correspondencia —un desconocimiento *in actu*— entre lo que se cree que se realiza y lo que efectivamente se realiza. De lo que se sigue, como indicamos anteriormente, que queda excluida la posibilidad de saber que lo que efectivamente se está realizando está prohibido, pues no es posible saber que lo que se realiza está prohibido si no se sabe siquiera qué es lo que se hace.

Si entendemos, tanto el conocimiento de los elementos relevantes para la realización del tipo como el conocimiento de la antijuridicidad de la concreta conducta, como la atribución de los tipos de estados mental de creencia o conocimiento (al menos en el grado de conocimiento “eventual”), entonces la imprudencia ha de considerarse, por definición, como ausencia de ese grado de conocimiento. Ello no significa que quien actúa de manera imprudente con respecto a la realización de un tipo se halle en un estado general de desconocimiento¹⁰²⁶. Lo que ocurre en estos casos es que el objeto de referencia del estado mental atribuido varía. Quien actúa imprudentemente —y ha de merecer por ello la imposición de una pena acorde a la medida de la imprudencia—, tiene que saber, al

¹⁰²⁴ Al respecto, véase, ROXIN, *PG*, § 21/32; FELIP I SABORIT, *Error Iuris*, pp. 153 ss., esp. 157 ss., donde señala que “debe evitarse la utilización del concepto «conocimiento potencial del injusto» como si fuera una forma especial de existencia de la conciencia del injusto cuando no *es sino la ausencia (evitable) de la misma*, es decir, el error de prohibición vencible” (p. 160, —énfasis original—, con ulteriores referencias en notas 449-452); en sentido similar, SILVA SÁNCHEZ, «Observaciones sobre el conocimiento ‘eventual’ de la antijuridicidad», en *ADPCP* (1987), pp. 647 ss.; OLAIZOLA NOGALES, *El error de prohibición*, 2007.

¹⁰²⁵ Así, por ejemplo, JAKOBS, *AT*, 19/34; con algún matiz, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 82.

¹⁰²⁶ Esto sería un estado de inconsciencia cuya consideración como relevante a los efectos de imputación subjetiva sería contrario al principio de culpabilidad. Diferente sería que ese estado de inconsciencia fuera provocado responsablemente por una acción previa, la cual podría entrar en consideración por la vía de la aplicación de la regla de la *actio libera in causa*.

menos, que está llevando a cabo una conducta descuidada y no saber, al menos con la suficiencia estipulada para la aplicación del criterio “dolo eventual”, que está por realizar lo elementos de un concreto tipo de delito. Y un desconocimiento o conocimiento insuficiente de las circunstancias relevantes para la realización del tipo por parte del eventual autor ha de llevar a desconocer de manera suficiente la antijuridicidad de la concreta conducta. Esto es, a la afirmación de que el sujeto se encuentra sumido en error de prohibición con respecto a la concreta conducta. Por su parte, si este error de prohibición ha de ser considerado como evitable dependerá de la consideración como evitable del desconocimiento suficiente de la realización del tipo. En definitiva, el error de prohibición quedaría fundamentado en el error de tipo.

3. Error de tipo evitable y error de prohibición evitable: distintos objetos, un *continuum*

Ante la ausencia de una actitud proposicional suficiente hacia la realización del tipo en el momento relevante para la decisión, en el error de tipo el criterio de imputación de la imprudencia constituye necesariamente una herramienta que normativiza esa relación¹⁰²⁷. Así, si bien el sujeto no supo de manera suficiente lo que realmente hacía, le fue exigible (le incumbía) haber evitado esa situación de error (desconocimiento). Como ya se mostró al trabajar la imprudencia, el elemento de exigibilidad que parte de la incumbencia opera introduciendo un enunciado o cláusula normativa en la relación que se establece entre el eventual autor y el hecho típico que realiza¹⁰²⁸. Ese enunciado deóntico es, según lo que aquí se sostiene, una incumbencia de conocer o de averiguación de la situación relevante. Este esquema se repite en el contexto del conocimiento de la antijuridicidad de la conducta en el nivel de la culpabilidad. Lo que varía de un caso respecto del otro es el objeto de referencia y, por lo mismo, el objeto sobre el que cabe predicar la *imprudencia*. La actitud proposicional ausente en este caso es la del eventual autor con respecto al significado antijurídico de su conducta; y, de nuevo, esa relación de ausencia de conocimiento suficiente (desconocimiento a efectos normativos) se normativiza si es que el autor pudo y le fue exigible evitarlo en un aplicando medidas momento anterior. En este sentido, la estructura es equivalente, pero varía el objeto de referencia: la antijuridicidad de la conducta. Es decir, en uno y en otro caso la estructura de imputación

¹⁰²⁷ Cfr. JAKOBS, *AT*, 19/35.

¹⁰²⁸ Cfr. HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 319.

opera reconociendo la posibilidad conforme a cuidado de conocer el objeto de referencia siempre que se hubiera aplicado una concreta medida de precaución¹⁰²⁹. Entonces, no es que se sitúe ya en el momento previo la exigencia de conocer el comportamiento antijurídico, sino que en ese momento le fue exigible haber aplicado alguna medida que le habría situado en el momento relevante para la decisión en posición de conocer la significación jurídica de la acción que estaba por ejecutar u omitir. Por tanto, a ambos casos la solución pasa por una imputación extraordinaria, pues que el carácter “vencible” o “evitable” del error significa que quien se encuentra en ese estado puede ser hecho responsable, en virtud de la infracción de una incumbencia¹⁰³⁰.

Esta explicación acerca del estricto paralelismo que existe, dada la estructura de imputación que opera, entre los casos de error de tipo vencible y los casos de error de prohibición vencible¹⁰³¹ permite advertir que también en el nivel de la culpabilidad juegan un papel relevante las exigencias de cuidado —con las consecuentes medidas de precaución¹⁰³²—. Con ello, también es posible hablar, en estos términos, de un actuar previo contrario a cuidado que suprime o disminuye la capacidad de responsabilidad: en el injusto la adopción de la medida precautoria habría puesto al autor en situación de poder evitar la realización típica; en la culpabilidad, la adopción habría puesto al autor en situación de reconocer el significado jurídico de su conducta¹⁰³³.

A este respecto surge la siguiente cuestión: si la infracción de una exigencia de cuidado fundante de la imprudencia condiciona el conocimiento de la antijuridicidad de la realización típica, ¿es entonces la misma medida de precaución a aplicar para asegurar la capacidad de acción la que habría de ponerle en situación de conocer la antinormatividad *penal* de su conducta? Si la relación condicional entre el error de tipo evitable (imprudencia) y el error de prohibición evitable (mejor: entre el desconocimiento de la situación que hace aplicable una norma y de la aplicación, por tanto, de esa norma a esa situación), como hemos apuntado más arriba, es válida, entonces el momento relevante

¹⁰²⁹ En este sentido, ZIEGERT, *Vorsatz, Schuld und Vorverschulden*, pp. 162 ss., quien apunta que, aunque injusto y culpabilidad son dos juicios distintos con distintos fundamentos, el proceder es el mismo; al respecto, fundamental, HRUSCHKA, *Strafrecht*, pp. 315 ss., 322 ss. De modo similar, OTTO, «Vorverschulden und Rechtsmissbrauch», en Freund *et al.* (eds.), *FS-Frisch*, 2013, pp. 609 s.

¹⁰³⁰ Cfr. HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 314.

¹⁰³¹ Cfr. HRUSCHKA, *Strafrecht*, pp. 314 ss., 325 s.; KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 82; MAÑALICH, *RD* (2011), p. 108.

¹⁰³² En contra, por ejemplo, FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo*, p. 292, con nota 867; SÁNCHEZ-OSTIZ, *InDret Penal* 1/2015, pp. 20 s.; acertadamente, ALCÁCER GUIRAO, *Actio librea in causa*, pp. 168 s.

¹⁰³³ MAÑALICH, *RD* (2011), p. 108, con nota 67.

para situar la evitabilidad del error de prohibición podrá ser el mismo en el que situamos el de la evitabilidad del error de tipo. Veámoslo con un ejemplo: A entierra a una persona viva (B) creyéndola muerta, produciéndole entonces el fallecimiento por asfixia. Supongamos que fuera exigible para A el haber adoptado como medida previa al enterramiento el haber constatado por algún tipo de examen la efectiva muerte de B. Si como resultado de la ejecución de tal examen A hubiera sabido que se encontraba ante una persona viva, entonces también habría podido saber que el comportamiento proyectado estaba prohibido por la norma que prohíbe la producción de la muerte de otro.

De esta forma, si motivo de ambos estados defectuosos ha de buscarse en un momento anterior, entonces es en ese momento en el que, en su caso, habría de quedar fundamentada tanto la imprudencia como la imputación a la culpabilidad. Así, con independencia de que la incumbencia que quedaría infringida para uno y otro caso sería diferente debido a su diferente objeto de referencia, dada la relación de necesidad entre ambas, y que la eliminación de la primera de las capacidades implicaría, a su vez, la eliminación de la segunda, la infracción de la primera de las incumbencias incluiría la infracción de la segunda¹⁰³⁴.

4. Error de prohibición relevante a los efectos del art. 14.3 CP: la estructura “regla - excepción”

Junto a los supuestos de injusto imprudente que necesariamente tendrán como correspondencia el desconocimiento o conocimiento insuficiente de la antijuridicidad del comportamiento concreto, también pueden presentarse los supuestos más problemáticos en los que quien actúa dolosamente desconoce la antijuridicidad de su conducta. Estos son los casos que parece tener en cuenta el Código Penal en su tratamiento del error de prohibición *ex art. 14.3 CP*. Pues, siguiendo con lo expuesto más arriba, sólo tiene sentido preguntarse por el conocimiento (eventual) de la ilicitud del hecho (de la concreta conducta) si el sujeto conoce los elementos fácticos de los que se predica la correspondiente ilicitud. De lo que se sigue que, en los casos de imprudencia, la pregunta por el conocimiento de la ilicitud del hecho se vuelve irrelevante. Y ante una ausencia del

¹⁰³⁴ En este sentido, HRUSCHKA, *JZ* (1997), p. 27, quien de esta forma ensaya una interesante argumentación para advertir, por último, que con la fundamentación de la imprudencia queda fundamentada, al mismo tiempo, la aceptación de una *alic* para el § 20 StGB.

conocimiento eventual de la ilicitud la pregunta sobre su vencibilidad habrá de dejar intacta la configuración (analíticamente previa) del injusto doloso. A este respecto, son ilustrativas las palabras de Roxin cuando, en referencia al § 17 StGB (lo que puede ser extensible al art. 14.3 CP), advierte de que se trata de “una combinación de dolo de hecho e imprudencia de derecho”¹⁰³⁵.

Esta combinación en nada modifica, no obstante, la estructura de imputación extraordinaria que habrá de operar en el nivel de la culpabilidad y con ayuda de la cual es posible establecer la evitabilidad del error de prohibición. Sin embargo, la aplicación de una estructura extraordinaria de imputación en este contexto ha sido parcial o completamente rechazada por parte de la doctrina. La razón que suele ser esgrimida es que en muchos casos la vencibilidad del error se daría todavía en el momento del hecho¹⁰³⁶, por lo que en tales casos acudir a un momento previo no sería necesario, respetándose entonces el principio de culpabilidad por el hecho¹⁰³⁷. Así, a modo de ejemplo, el padre que pega a su hija pensando que puede hacerlo como titular del derecho a su educación podría, con algo de cuidado, percatarse de su error incluso en el momento de la comisión del hecho¹⁰³⁸. Ello se traduce en el hecho de que no siempre tendría lugar la equivalencia estructural entre error de prohibición vencible y *actio libera in causa*, por lo que la equiparación no sería en todo caso correcta¹⁰³⁹. Esto es, la equiparación estructural no sería, en contra de lo que aquí se sostiene, necesaria, sino contingente. En este sentido, la estructura compleja estaría únicamente presente en casos en los que “el sujeto ha omitido anteriormente adquirir conocimientos jurídicos especiales que ya no se pueden alcanzar en la situación de hecho”¹⁰⁴⁰.

No obstante, el rechazo de una equiparación estructural necesaria parece desconocer que una cosa es determinar la existencia de un error y otra bien distinta es establecer su vencibilidad por medio de la aplicación de criterios de evitabilidad. Si en el preciso

¹⁰³⁵ ROXIN, *ADPCP* (1988), p. 25; en el mismo sentido, véase, ZIEGERT, *Vorsatz, Schuld und Vorverschulden*, pp. 145 s., quien entiende que el error de prohibición evitable constituye una mezcla de injusto doloso y culpabilidad imprudente.

¹⁰³⁶ Cfr. RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, pp. 252 ss., esp. 258 ss.; ROXIN, *PG*, § 21/45; CÓRDOBA, *La evitabilidad*, pp. 297 s.; JOSHI JUBERT, *La doctrina*, p. 84, al afirmar que “[p]uede darse el caso de que en el momento en que el sujeto actúa en error no sea ya posible su vencibilidad” (énfasis añadido). En el mismo sentido, por ejemplo, NIETO MARTÍN, *El conocimiento del Derecho*, pp. 269 ss.

¹⁰³⁷ ROXIN, *PG*, § 21/45; CÓRDOBA, *La evitabilidad*, pp. 297 s.

¹⁰³⁸ Ejemplo presentado por ROXIN, *PG*, § 21/45.

¹⁰³⁹ Cfr. JOSHI JUBERT, *La doctrina*, pp. 84, 98 ss., 101 s.; en el mismo sentido ya, RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, pp. 217 ss., 252 ss.

¹⁰⁴⁰ ROXIN, *PG*, § 21/47.

momento relevante para la decisión (t_2) existe error —en caso de que no haya, al menos, un conocimiento *eventual* de la antijuridicidad del comportamiento concreto—, la pregunta por su vencibilidad o no requiere dar un paso a un momento anterior (t_1) a la situación de error (desconocimiento). Buscar la situación de vencibilidad en t_2 no tiene sentido, pues es una vez constatado el desconocimiento en t_2 , y de ahí la incapacidad de seguir intencionalmente la norma, que decimos que hay error, esto es, que aplicamos la consecuencia jurídica de desconocimiento de la antijuridicidad del comportamiento concreto. Constatar que en el momento relevante para la decisión que ha de llevar directamente a la realización de la acción típica (t_2) todavía se puede vencer el error es lo mismo que decir que en ese momento no hay error relevante a efectos jurídico-penales. Para la imputación de la infracción de deber a la culpabilidad, lo relevante es que la realización se hace por error, es decir, *ex post* la realización no es imputable por la ausencia, *in actu*, del conocimiento suficiente sobre el carácter antinormativo de lo realizado. Si la evitabilidad es posibilidad de evitar, y ésta sólo puede predicarse como potencialidad sobre lo que todavía no es, pero puede ser (es decir: sobre lo que efectivamente es susceptible de evitarse), entonces la posición de evitabilidad habrá de estar siempre ubicada en un momento anterior a lo que se pretenda y pueda evitar (el desconocimiento)¹⁰⁴¹.

De este modo, lo que interesa desde una perspectiva jurídico-normativa de imputación no es tanto si el sujeto tuvo, *al momento del hecho*, medios o razones para salir de la situación de error, sino, más bien, si el sujeto tuvo medios o razones para evitar el estado de desconocimiento (constatado a partir del error) al momento del hecho (y que motiva que nos preguntemos por su vencibilidad). Esto es, si el sujeto, dada la situación de desconocimiento relevante para la exclusión de culpabilidad que es designada como «error de prohibición», fue responsable de ese estado de desconocimiento, de modo que de ser así no pueda invocar en pos de su exención de responsabilidad penal la no concurrencia de un presupuesto de imputación ordinario. Pues sólo entonces tiene sentido preguntarse por la evitabilidad (exigible) de una situación que, *prima facie*, excluye la responsabilidad penal. Y, por tanto, sólo entonces se hace explícita la naturaleza de la estructura regla-excepción que subyace a los casos de defecto responsable de imputación: que toda pregunta por la evitabilidad responsable de un estado defectuoso impeditivo de

¹⁰⁴¹ En el mismo sentido, STRATENWERTH, «Vermeidbarer Schuldausschluss», en Dornseifer *et al.* (eds.), *GS-Armin Kaufmann*, 1989, pp. 486 ss.; VOGEL, «§ 17», *LK*, nm. 303 ss.; ROXIN, *AT*, § 21/49 s.; PAWLIK, *Das Unrecht*, p. 309, nota 337, con ulteriores referencias.

la atribución de responsabilidad jurídico-penal presupone, precisamente, la constatación de ese defecto impositivo. O, expresado de otro modo: que toda regla de imputación positiva de naturaleza extraordinaria presupone una regla de imputación negativa de naturaleza ordinaria.

En suma, la resolución de los casos de error de prohibición presenta también la estructura propia de la imputación extraordinaria cuando se establece su evitabilidad. Como ocurre con el error de tipo, la pregunta por la vencibilidad o evitabilidad del error como estado de desconocimiento consiste en buscar en un momento anterior la infracción de una incumbencia de conocer o averiguar cuyo cumplimiento le habría puesto en posición de formarse la intención de seguir la norma. Y este modo de operar goza del reconocimiento institucional —como es obvio, sin las denominaciones propuesta desde la dogmática— por el propio Código penal¹⁰⁴².

5. La evitabilidad en el error de prohibición

Ahora bien, como ya vimos, hablar en términos de un momento previo al comportamiento inmediatamente lesivo como base para la imputación (extraordinaria) suele venir marcado con el descrédito que resulta de su vinculación con la idea de culpabilidad por la conducción de la propia vida¹⁰⁴³. Se advirtió de que esta acusación es formulada tan pronto se renuncia a la relación de coincidencia entre objeto y fundamento de imputación, pues pareciera que entonces las razones de imputación quedarían desvinculadas del hecho antinormativo o de la infracción de deber. Incluso quienes en el contexto de la reprochabilidad del desconocimiento de la antijuricidad del comportamiento favorecen, dentro de ciertos límites, el recurso a la figura de la culpabilidad por la conducción de la

¹⁰⁴² Así, entre otros, HRUSCHKA, *Strafrecht*, pp. 245, 319 ss.; ROXIN, *ADPCP* (1988), p. 25; KINDHÄUSER, *JRE* (1994), p. 345; LESCH, *JA* (1996), p. 608; VELTEN, *Normkenntnis*, 2002, pp. 81, 226 s.; JOECKS, «§ 17», *MK*, 2ª ed., 2011, nm. 35; NEUMANN, «§ 17», *NK*, 4ª ed., 2014, nm. 56; GÜNTHER, *Schuld*, pp. 109 ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ. Sin hacerlo explícito, entiendo que esta sería una conclusión a la que podría llegar el planteamiento de CÓRDOBA, *La evitabilidad*, pp. 149 ss., 297 ss.; MAÑALICH, *RD*, (2011), p. 106. Con matices, JOSHI JUBERT, *Doctrina*, pp. 98 ss.; rechaza nominalmente la *alic* como modelo de solución, pero termina por aplicar la misma estructura, NIETO MARTÍN, *El conocimiento del Derecho*, pp. 254 ss., esp. 260 s.

¹⁰⁴³ Así, respondiendo a esta crítica, RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, pp. 264 ss.; en el ámbito español, hace frente a esta crítica, NIETO MARTÍN, *El conocimiento del Derecho*, pp. 241 ss., 245 ss., 269 ss., quien sostiene que “el paso que lleva a aplicar la culpabilidad por la conducción de la vida a los casos del vencibilidad del error se produce cuando se hace depender la evitabilidad del error de la existencia de dudas” (p. 247, con referencias a Armin Kaufmann, Horn y Rudolphi).

vida, asumen la estrategia como consecuencia necesaria de la falta de relación de coincidencia.

Esta es la vía seguida por Rudolphi para tales casos excepcionales. En opinión de este autor, es posible recurrir a la figura culpabilidad por conducción propia vida si por ésta se entiende el acudir a un momento previo a la realización del hecho, siempre que se apliquen ciertas restricciones. En su caso, únicamente sería legítimo acudir al momento previo cuando nos enfrentamos a casos en los que un profesional no toma las medidas necesarias para conocer la normativa del sector de actividad aplicable a un comportamiento que prevé puede ejecutar u omitir. Si el profesional lleva a cabo un comportamiento que satisface los elementos de un tipo penal sin ser consciente de su antijuridicidad, entonces, habría de comprobar si el sujeto dispuso de manera previa a ese comportamiento de medios para haberse informado sobre las normas sectoriales aplicables. De ser este el caso, habría que concluir que el desconocimiento de la antijuridicidad en el momento del hecho obedecería a la decisión tomada libremente en un momento anterior¹⁰⁴⁴. Sin embargo, en tales supuestos no se formula el reproche con base en el carácter descuidado del autor, sino por desconocer una norma de un modo que le es reprochable. Así, la culpabilidad por la conducción de la propia vida es aquí expresión de una culpabilidad mediata por el hecho realizado¹⁰⁴⁵.

No obstante, la solución que pasa por acudir a un momento previo a la realización típica no implica acoger la figura de la culpabilidad por la conducción de la propia vida¹⁰⁴⁶. Y en ello es que se revela del tratamiento que aquí se hace de la imputación extraordinaria como modelo de explicación e interpretación teórica de lo ya dado. En este contexto, sólo parece posible justificar la atribución de responsabilidad penal y la eventual imposición de una pena bajo la condición de que el desconocimiento efectivo hubiera podido y *debido* ser vencido por el sujeto¹⁰⁴⁷. Y esto únicamente parece tener sentido bajo la hipótesis de

¹⁰⁴⁴ Cfr. RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, pp. 255 s.

¹⁰⁴⁵ *Ibidem*, p. 264.

¹⁰⁴⁶ Expresamente en contra de esta posibilidad, JAKOBS, *AT*, 19/37; en contra, con razón, de que de la falta de coincidencia haya de seguirse necesariamente el recurso a la figura de la culpabilidad por la conducción de la propia vida, ROXIN, *PG*, § 21/48 s.; en la misma línea, NIETO MARTÍN, *El conocimiento del Derecho*, pp. 241 s. Sin embargo, si recuperamos en este punto la tesis según la cual el error de tipo evitable y el error de prohibición evitable son estructuras paralelas, entonces no se entiende que Roxin (*PG*, § 21/50) acepte hablar, para algunos casos de error de prohibición, de “momento previo al hecho inmediatamente lesivo” como base de la imputación de un injusto a la culpabilidad —aceptando entonces un quiebre en la relación de coincidencia— y no haga lo propio en los casos de imprudencia cuando acepta que la “infracción de cuidado puede darse mucho antes de la producción del resultado”, siendo esa infracción la que es calificada como desvalor de acción (*ADPCP*, (1988), p. 25).

¹⁰⁴⁷ No se trata únicamente de que fuera evitable, pues entonces no se cerraría el paso a lo posible de evitar hasta el último extremo (ROXIN, *PG*, § 21/38 s.), sino de la no evitación del error que se padece a la que subyace la infracción de una incumbencia de conocer o averiguar (HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 319). De lo que se sigue que incluso errores de prohibición evitables pueden excluir la culpabilidad.

una exigencia no formulada de manera expresa de conocer *lato sensu* o cerciorarse sobre las normas jurídicas susceptibles de afectar una (concreta) oportunidad de acción. Esta exigencia no está constituida por un auténtico deber jurídico, sino que ha de ser una incumbencia de informarse sobre los preceptos jurídicos decisivos para su actuar.

IV. *Actio libera in causa* en sentido estricto

1. Introducción al problema

Puesto que en la presente investigación se concibe la imprudencia como una instancia de imputación extraordinaria, y, por consiguiente, en cierto sentido, de *actio libera in causa* (*alic*), lo expuesto sobre la estructura de responsabilidad por imprudencia en los apartados anteriores será, en general, aplicable a la figura de la que nos ocupamos en este apartado. Por esta razón, y a efectos de no repetir *ad nauseam* lo sostenido entonces, trataremos esta figura en su sentido estricto (*alic-ausencia de acción* y *alic-ausencia de imputabilidad*). La premisa básica en la tematización de esta figura se expuso en la primera parte del trabajo: la expresión '*actio libera in causa*' puede aplicarse tanto a una estructura fáctica que presentan algunos supuestos de hecho (esto es: en sentido descriptivo) como a un modelo teórico-normativo de solución para los mismos (esto es: en sentido prescriptivo)¹⁰⁴⁸. En términos estructurales, la *alic* puede definirse como el conjunto de casos en los que quien lesiona (o intenta lesionar) un bien jurídico en un

¹⁰⁴⁸ Sobre esto, ya, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, pp. 325 s.; más recientemente, EL MISMO, *InDret Penal*, (editorial), p. 1. Véase también sobre la estructura de la *alic* como concepto amplio y neutral que no prejuzga una solución determinada, JOSHI JUBERT, *La doctrina*, pp. 92, 116 ss., 407 ss.; MIR PUIG, *PG*, 8/6 ss., 23/21, 23/25 ss.; ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, p. 22 ss., quien, siguiendo a Joshi Jubert, se refiere a dos formas de entender la *alic*: una, como *estructura de imputación* (extraordinaria), propia del modelo de la excepción; otra, como *estructura fáctica* que presentan ciertos supuestos que cuentan con una acción precedente y una subsecuente, ambas *relevantes* para la imputación. Reconocer dicha estructura fáctica no implica acudir a la imputación extraordinaria como forma material de atribuir responsabilidad. De hecho, según Alcácer, el modelo de la tipicidad reconoce dicha estructura fáctica, pero imputa responsabilidad de manera distinta (ordinaria o general). La imputación extraordinaria se caracterizaría según Sánchez-Ostiz por operar a partir de reglas adversativas (regla-excepción). Por tanto, cuando incluye supuestos en la estructura de la imputación extraordinaria lo hace sobre la base de dichas reglas como denominador común de aquéllos, es decir, porque comparten una estructura fáctica; pero también distinguiendo entre fundamento (acción previa) y objeto (acción posterior) de imputación; distingue también los dos sentidos de la expresión. En contra de entender que a todas estas situaciones subyazca una estructura común, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*.; DÍAZ PITA, *Actio libera in causa, culpabilidad y estado de derecho*, pp. 181 ss. El empleo en esta investigación de la expresión genérica *actio libera in causa* no desconoce la multiplicidad de modalidades en las que puede presentarse esta figura como resultado de la combinación de las variables acción-omisión y dolo-imprudencia en sus dos acciones, la *libera in se* y la *libera in su causa*.

estado o situación que impide la imputación de responsabilidad penal, pero habiendo provocado él mismo, dolosa o imprudentemente, ese estado defectuoso¹⁰⁴⁹. Como modelo de solución, la *alic* puede ser definida como una regla de imputación excepcional que permitiría superar ciertos defectos de imputación de los que se hace responsable al propio agente.

Como es sabido, el problema fundamental de los casos a los que se aplica la figura de la *alic* en sentido estricto es que su presentación fenoménica altera el orden en el que suelen ser aplicadas las estructuras y categorías de la teoría del delito. Y ello atentaría, de entrada, con principios como el de culpabilidad (principio de coincidencia y de culpabilidad por el hecho) y el de legalidad penal. A mi modo de ver, sin embargo, los intentos doctrinales por *salvar* el principio de coincidencia tienen mucho que ver con su previsión legal irrestricta —por cierto, en el StGB— y no tanto con una preocupación por el principio de culpabilidad. Desde un punto de vista axiológico (o intuitivo) entiendo que es fácil llegar a la conclusión de que una persona puede ser hecha responsable (¡y culpable!) por un hecho objetivamente desvalorado, aun cuando en el momento de su realización no hubiese sido capaz de actuar de otro modo. Para ello, lo más intuitivo es preguntarnos por qué razones no pudo actuar de otro modo y si la persona tuvo alguna responsabilidad al respecto, si pudo prever o evitar lo que ocurriría, etc. Es una forma de responsabilizar suficientemente instaurada en nuestra praxis social, que, además, encuentra un reconocimiento estable en los sistemas ético-normativos occidentales desde el conocido texto fundacional de Aristóteles, la *Ética a Nicómaco*. El problema aparece cuando la ley no refleja adecuadamente esa práctica, lo que por cierto no ocurre, como vimos, tratándose del CP español.

El tratamiento que recibe la figura de la *alic* por parte de la doctrina en España y en Alemania viene condicionado (o debería hacerlo), como no podría ser de otro modo, por la específica regulación legal de lo que venimos designando, en un sentido amplio, como defectos de imputación (o de responsabilidad, también en sentido amplio) al momento de realizar el hecho típico. Así, sin perjuicio de que sea posible, como vimos en la primera parte, acoger un concepto muy amplio¹⁰⁵⁰ o amplio¹⁰⁵¹ de *alic*, la utilización más

¹⁰⁴⁹ Cfr. Alcácer, *Actio libera in causa*, p. 21; ya antes, Joshi Jubert, *La doctrina*, p. 117.

¹⁰⁵⁰ Cfr. MAURACH, «Fragen der actio libera in causa», *JuS*, 1961, p. 375. Sobre la crítica referida a la desnaturalización que de esta figura hace Maurach, véase HRUSCHKA, *Strafrecht*, pp. 274 ss.

¹⁰⁵¹ Como vimos en la primera parte, Hruschka, Joerden, Kindhäuser, Joshi Jubert, Sánchez-Ostiz, Mañalich, etc. VOGEL, *Norm*, p. 76, nota 100; donde cita, en el mismo sentido a HRUSCHKA, *Strafrecht*, pp. 350 ss.; NEUMANN, *Zurechnung*, pp. 288 s. Según estos autores, no puede aceptarse que objeto de una *alic*

extendida, y sobre la que reina cierto consenso, es la *alic* como estructura fáctica en el nivel de la culpabilidad (como categoría dogmática), concretamente en la provocación responsable de la propia inimputabilidad¹⁰⁵². En este contexto es donde se generó y prosigue la extensa discusión.

El problema con el que se encontraba (y se sigue encontrando) la dogmática alemana era básicamente el de la inexistencia de una previsión legal en la forma de excepción a la posibilidad de atribuir responsabilidad aun cuando en el momento de la realización del tipo faltase la capacidad de culpabilidad. Así, el § 20 StGB¹⁰⁵³, dispone:

[*Incapacidad de culpabilidad por perturbaciones mentales*] Actúa sin culpabilidad el que, en el momento de la comisión del hecho, es incapaz de comprender lo antijurídico de su hecho o de actuar conforme a esa comprensión, debido a una perturbación patológica psíquica, una perturbación profunda de la conciencia o de cualquier alteración mental grave.

Ello supone dejar sin sanción penal los supuestos en los que, si bien está presente semejante incapacidad, la misma ha sido provocada por el sujeto con la intención de delinquir en ese estado o habiendo previsto o debiendo prever que ello podía ocurrir. Esto es, la provocación *dolosa* o imprudente con respecto de la realización típica

Como ya ha sido expuesto, el caso de la regulación española es bien distinto. El actual art. 20.1 y 2 CP prevé una regla de imputación negativa según la cual en caso de estado de inimputabilidad (por trastorno mental transitorio o intoxicación plena) *al tiempo de cometer la infracción penal* habrá de atenderse a si ese estado fue provocado de manera intencional o imprudente. De ser así, la atribución de responsabilidad podrá ser mantenida, y, según el caso o el modelo de solución propuesto, bien aplicar una

pueda serlo cualquier elemento constitutivo del delito. Acogen estructura y modelo excepción: Hruschka, Joerden, Kindhäuser, Sánchez-Ostiz, ¿Silva?, Martínez Garay, 420 ss., esp. 426 con nota 106, Miró Llinares, Mañalich; estructura: Silva, Omisión, pp. 325 s.; Joshi, Mir,...

¹⁰⁵² A diferencia de lo que ocurría con la imprudencia, la estructura problemática de estos casos es reconocida abiertamente por (hasta donde alcanzo) toda la doctrina como un ejemplo de estructura fáctica *alic*. Otro sector no mayoritario de la doctrina reconoce su aplicación, además, para los casos ausencia provocada de comportamiento humano. Al respecto, MAURACH, *JuS* (1961), pp. 373 ss.; MIR PUIG, *PG*, 8/6 ss. Por lo demás, es cuando menos curioso que la discusión general no se haya extendido a otras estructuras, como la legítima defensa o el estado de necesidad, ambas comprendidas en el mismo capítulo con la rúbrica «*De las causas que eximen de la responsabilidad criminal*», y para cuya aplicación el legislador requiere expresamente que las mencionadas situaciones no hayan sido *provocadas*.

¹⁰⁵³ A salvo del 323a StGB (*Vollrauschtatbestand*), como modelo de tipificación como delito autónomo de peligro abstracto de las acciones que provocan los estados de inimputabilidad (Köhler, AT, 1997, 394-395, 397, citado por Silva, InDret).

atenuación de la pena *ex art. 21. 1ª CP*, bien sancionar con la pena prevista para el delito doloso (provocación preordenada) o para el delito imprudente (provocación imprudente)¹⁰⁵⁴. Para un sector doctrinal, semejante disposición explicita una excepción a la regla general de imputación negativa, la cual prevé la exención de responsabilidad en caso de que el sujeto esté sumido en un estado de incapacidad de culpabilidad al tiempo de cometer la infracción penal.

Sin embargo, que tales disposiciones jurídico-penales prevean reglas de imputación excepcional, es decir, excepciones al principio de coincidencia (como expresión del principio de culpabilidad por el hecho), es puesto en duda por algunos autores. Según Alcacer Guirao, se trataría, más bien, de una postura doctrinal sobre el fundamento de la responsabilidad criminal¹⁰⁵⁵. Así, el legislador habría establecido únicamente “una serie de reglas que sirvan en la práctica para determinar en qué casos se es responsable criminalmente de una infracción y en cuáles no”, siendo el problema de la determinación del “fundamento de la responsabilidad criminal de quien delinque en tales condiciones un problema doctrinal, no una cuestión legislativa”¹⁰⁵⁶. Además, haciendo uso de la interpretación histórica, se descarta que con la nueva regulación el legislador tomara parte por el planteamiento de la excepción, y ello al comprobar que la *nueva* regulación (arts. 20, 1ª y 2ª CP) en nada (o poco) cambia con respecto a la anterior (arts. 8.1 y 9.2 ACP). Si esto es así, advierte Alcacer Guirao, y la doctrina partidaria del modelo de la excepción exigía ya entonces la “intervención del legislador [para] que establezca una excepción a los principios *nullum crimen sine actione* y *nulla poena sine culpa*”¹⁰⁵⁷ para evitar equívocos, entonces no parece que sea posible, continúa el autor, concluir “«sin posibilidad de equívocos» la presencia de dicha excepción”¹⁰⁵⁸. Antes bien, una modificación legal que estableciera una excepción al principio de culpabilidad por el hecho “tendría que aparecer como un principio (verdaderamente) general taxativamente establecido (...), y no como un tratamiento parcial”¹⁰⁵⁹, técnica acogida por la legislación vigente. Según la interpretación de Alcácer Guirao, la actual regulación acogería la idea del «doble dolo», “tanto el dolo referido a la acción de provocar el estado de inimputabilidad (primer dolo), como el dolo referido a la futura lesión del bien jurídico (segundo dolo)”¹⁰⁶⁰, orientándose, concluye, hacia el modelo de la tipicidad¹⁰⁶¹. Sin embargo, esta regulación no tendría carácter

¹⁰⁵⁴ Cfr. MIR PUIG, *PG*, 23/27.

¹⁰⁵⁵ Cfr. ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, p. 23 y *passim*.

¹⁰⁵⁶ Cfr. COBO/VIVES, *PG*, p. 608 (citado por Alcácer Guirao). Sobre ello, véase ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, pp. 49, 94 ss.

¹⁰⁵⁷ Cfr. ALONSO ÁLAMO, «La acción *libera in causa*», *ADPCP*, 1989, p. 103.

¹⁰⁵⁸ ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, p. 97.

¹⁰⁵⁹ *Ibidem*, p. 101.

¹⁰⁶⁰ *Ibidem*, p. 102.

¹⁰⁶¹ Cfr. *Ibidem*, p. 104.

constitutivo, pues su ausencia no impediría imputar por los cauces generales en los casos de estructura de *alic*¹⁰⁶².

El hecho de que en Alemania no estuviera legalmente prevista semejante excepción a un estado de inculpabilidad en el momento de la comisión, sumado a la preocupación por que entonces determinados comportamientos considerados merecedores de sanción penal —bien por razones político-criminales, bien por razones de justicia— quedaran impunes, fue lo que propició en la doctrina alemana la necesidad de dar con una solución material de fundamentación de la sanción. A ello se suma que el instrumental del que disponía la dogmática jurídico-penal no era capaz de alcanzar una solución satisfactoria sin que con ello se vieran afectadas sus estructuras y principios. Todo ello condujo, como es sabido, a la construcción de (básicamente) dos modelos exegeticos de solución: el modelo de la tipicidad o injusto típico y el modelo de la excepción, cada uno de los cuales puede conducir a una solución punitiva distinta¹⁰⁶³. Es decir, auténticos modelos teóricos de solución con consecuencias prácticas. Sin embargo, no parece que sea admisible la construcción de una regla de imputación extraordinaria en el contexto normativo del § 20 StGB sin que, a su vez, se vulnere el principio de legalidad. Pues que semejante regla esté prevista expresamente en otros lugares (§ 17 StGB: error de prohibición) no es una razón suficiente para hacerla extensible por la vía de la analogía (contra reo) a los casos que ahora nos ocupan, donde lo que falta es la imputabilidad. Frente a la impunidad de algunos casos, tendría entonces sentido ensayar una solución con el modelo de la tipicidad, sin que ello conlleve la negación de la falta de congruencia. En todo caso, lo más adecuado consistiría en una reforma legislativa en la línea del art. 20.1 y 2 CP español o el Art. 19 SchwStGB.

2. Los modelos de solución del problema

Debe partirse entonces del reconocimiento de una estructura específica integrada por dos acciones o momentos (precedente y subsecuente), en la que en el momento precedente la persona compromete su capacidad futura de motivarse con normalidad conforme a una

¹⁰⁶² *Ibidem*.

¹⁰⁶³ A estos modelos habría de añadir el “modelo de la extensión”, desarrollado sobre todo por STRENG, el “modelo de autoría mediata”, sugerido sobre todo por JAKOBS o HIRSCH, «Zur *actio libera in causa*», *FS-Nishihara*, 1998, pp. 95 ss., y el “modelo de responsabilidad dialogal”, desarrollado latamente por NEUMANN, *Zurechnung und “Vorverschulden”*, pp. 269 ss.

norma de comportamiento jurídico-penalmente reforzada. Según el modelo de intenciones o actitudes proposicionales de orden superior que aquí se sigue, ello significa que en el momento subsecuente el individuo carece de la capacidad (motivación normal) de darle prioridad a la intención de seguir la norma frente a otras intenciones posibles concurrentes¹⁰⁶⁴. Para que el comportamiento precedente cobre relevancia debe ser capaz de explicar la ausencia de capacidad de motivación y tener alguna vinculación con la realización típica. De este modo, uno y otro modelo (tipicidad/excepción) parten de un presupuesto mínimo común: que en el momento de la provocación de la incapacidad de culpabilidad el autor haya podido prever, al menos, la posterior realización del tipo en situación de incapacidad de culpabilidad¹⁰⁶⁵. A partir de aquí, una breve descripción de la distinta forma de operar cada modelo es la siguiente¹⁰⁶⁶:

a) *Modelo de la «tipicidad» o «injusto típico» o «anticipación»*: este modelo opera adelantando en el tiempo el momento de realización del tipo, haciéndolo coincidir con la fase en la cual el eventual autor provoca su propio estado defectuoso. De esta forma se pretendería respetar el principio de coincidencia, en la medida en que objeto y fundamento de imputación se presentaría de manera simultánea¹⁰⁶⁷. Y esto significa que, si bien se reconoce una estructura compuesta de dos momentos, el hecho de que la relevancia recaiga únicamente sobre la acción precedente les permite hablar de un modelo de solución con base en la aplicación de reglas generales u ordinarias de imputación (objetiva y subjetiva). Situación que ha sido gráficamente definida por algunos como de “excepción aparente” al principio de coincidencia¹⁰⁶⁸.

b) *Modelo de la excepción*¹⁰⁶⁹: este modelo considera como acción típica la realizada en la fase defectuosa (acción posterior). En cambio, se sirve del momento anterior (acción precedente) en el cual se provoca la ausencia de acción o inimputabilidad para buscar el fundamento de la imputación. Ello implicaría vulnerar la exigencia de simultaneidad sugerida por el principio de coincidencia, pues el objeto (acción típica) y el fundamento (dolo, imprudencia o culpabilidad) no concurrirían en el mismo momento. Por tanto, no

¹⁰⁶⁴ Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 123 s.

¹⁰⁶⁵ Cfr. KINDHÄUSER, *AT*, § 23/5.

¹⁰⁶⁶ No se entrará a discutir todos los problemas dogmáticos y “político-criminales” que debe enfrentar cada uno de estos modelos.

¹⁰⁶⁷ En contra de que el modelo de la tipicidad logre salvar el principio de coincidencia, véase, STRENG, «Actio libera in causa», 2000, p. 77.

¹⁰⁶⁸ LANGE, «§ 20», *LK-StGB*, nm. 72 (citado por ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, p. 33, nota 59).

¹⁰⁶⁹ La expresión “modelo de la excepción” se debe a NEUMANN, *Zurechnung*, pp. 41 ss., tal como reconoce el ideólogo del modelo, HRUSCHKA, *JZ* (1997), p. 23, nota 16.

sólo se reconoce la estructura específica, sino que, además, por medio de la asignación de relevancia a los dos momentos que integran semejante estructura, se estarían aplicando reglas extraordinarias de imputación subjetiva (en sentido amplio).

Por tanto, entre uno y otro modelo existen divergencias, en primer lugar, en relación con el momento en el que se sitúa el comienzo de la realización del tipo: en el modelo de la excepción con la ejecución de actos externos que directa y objetivamente deberían producir el resultado (art. 16 CP)¹⁰⁷⁰. Por su parte, el modelo de la tipicidad adelanta el comienzo de la realización del tipo al momento en el que se provoca de manera relevante el estado defectuoso¹⁰⁷¹. En esta medida las situaciones fácticas que habrán de ser subsumidas en el tipo difieren en términos semánticos y fenomenológicos para uno y otro modelo. En segundo lugar, existe también una importante divergencia por lo que hace a la construcción del dolo. El modelo de la excepción requiere que en el momento defectuoso en el que realiza el comportamiento lesivo se actúe con dolo. Además, puesto que lo que faltará es la capacidad de motivación, el modelo de la excepción requiere que en el momento previo hubiera podido y *debido* prever el hecho posterior en estado defectuoso¹⁰⁷². En cambio, en el modelo de la tipicidad se requiere, al menos, un doble dolo: tanto en la provocación del estado defectuoso, de manera que ya en ese momento ha de concurrir dolo en relación con el hecho posterior, como en el momento defectuoso. Según este modelo, si en la provocación del estado defectuoso no concurre dolo, entonces solo podrá castigarse por imprudencia¹⁰⁷³.

Parte de las críticas formuladas frente a la teoría de la tipicidad en el contexto de aplicación estricto de la *alic* son las mismas que se han formulado para otras estructuras de imputación que, según lo que aquí se defiende, ejemplifican casos de imputación extraordinaria. Ello tiene mucho que ver (si no todo), con el hecho de que el modelo de la tipicidad no es sino una reconstrucción del modelo de imputación que en el nivel del injusto se conoce como «imputación objetiva». Recordemos brevemente cuáles son.

La primera objeción que cabe realizar al modelo de la tipicidad es de carácter normológico. La solución que propone a los casos de *alic* (entendida ahora tanto en

¹⁰⁷⁰ Lo que no conlleva necesariamente la adopción de la teoría objetivista de la tentativa.

¹⁰⁷¹ Joshi Jubert, Mir Puig.

¹⁰⁷² Actuar con dolo en ese momento es conceptualmente posible en la medida en que lo que se busca en el momento anterior es la culpabilidad, no el dolo. Véase, HRUSCHKA, *JZ*, 1997, 22 ss.; KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 127 s.; EL MISMO, *AT*, § 23/27. Cuestión distinta sería la *alic*-acción.

¹⁰⁷³ Aquí juega un papel importante el grado de normativización del dolo (eventual), que podría dejar en nada la distinción penológica entre un modelo y otro.

sentido estricto como en sentido amplio) consiste, por la vía de la anticipación del tipo y de la conducta típica, en la anticipación de la función de la norma de comportamiento y, con ello, de la materia de prohibición¹⁰⁷⁴. Ello supone situar el momento relevante de comienzo de la tentativa del delito respectivo en la acción, por ejemplo, de intoxicación como el inicio de la tentativa. Ni quien se embriaga con el propósito de cometer posteriormente un delito, ni quien infringe una exigencia de cuidado infringen por medio de tales comportamientos normas jurídico-penalmente reforzadas. La segunda objeción, relacionada con la anterior, es de carácter semántico¹⁰⁷⁵. Los comportamientos previos no tendrían el significado (no pertenecerían a la intensión) de las acciones descritas en los tipos delictivos y, por extensión, tampoco estarían contenidas en las normas formuladas a partir de ellos. En este sentido, lo “extraordinario” en este modelo se encontraría, no en la forma de imputar, sino en la construcción —normativización por la vía del aparato conceptual suministrado por las doctrinas de la imputación objetiva— del injusto típico, esto es, de la materia de prohibición¹⁰⁷⁶.

Cuando se comete un hecho delictivo en estado defectuoso el Código Penal prevé, bajo ciertos presupuestos, la exclusión de la culpabilidad. Eso es lo que ocurre, por ejemplo, en aplicación del art. 20.1º o 2º CP. Imaginemos ahora que tales reglas de exención de la responsabilidad no existiesen, es decir, que no condicionaran la pregunta por la imputabilidad del hecho delictivo cometido en tal estado¹⁰⁷⁷. En este contexto, el sujeto que, en estado de intoxicación plena, atropella intencionalmente con el coche a otro, cometería un homicidio en estado defectuoso. Si bajo esa hipótesis el embriagarse no tiene relevancia jurídico-penal alguna de cara a la configuración de la tipicidad (al menos

¹⁰⁷⁴ Al respecto, véase, NEUMANN, *Zurechnung*, pp. 149 ss., señalando que por la vía de la anticipación se pretendería resolver el problema en el nivel de la norma; KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 118 s., y nota 30; VOGEL, *Norm*, p. 75, con nota 94.

¹⁰⁷⁵ Ofrece también un argumento de carácter semántico, HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 40; EL MISMO, *JZ* (1997), p. 22, aplicable sobre todo a los delitos que describen con más detalle el comportamiento típico, así como para los que la ley sólo somete a pena la mera producción de un resultado.

¹⁰⁷⁶ Sobre el problema de la causalidad, véase KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 124 ss., quien advierte de que el problema de la doctrina de la anticipación es de naturaleza empírica. Ello en la medida en que no cabe establecer una relación de causalidad entre el comportamiento previo y el comportamiento típico, entendido el comportamiento previo como uno a través del cual el autor elimina su capacidad de orientar sus acciones conforme a las normas; en el mismo sentido ya NEUMANN, *Zurechnung*, pp. 24 ss.; HRUSCHKA, *JZ* (1997), pp. 22 s.

¹⁰⁷⁷ No obstante, que nos encontremos bajo la hipótesis de la inexistencia de tales eximentes no conlleva necesariamente la admisión, para tal hipótesis, de una responsabilidad objetiva o por el resultado. Por tanto, acaecido éste todavía restaría por preguntarnos si el hecho cometido en tal estado de defecto es o no punible y, en caso de serlo, *por qué*. Ello no desconoce que incluso la responsabilidad objetiva requiere de un título de atribución de responsabilidad (una respuesta al por qué). Así, cuando un árbol de mi propiedad cae sobre un predio vecino se me responsabiliza *independientemente de mi culpa* por ese hecho, pero precisamente *porque soy propietario*.

objetiva), ¿por qué razón sí habría de tenerla de preverse una exención de responsabilidad por embriaguez plena?¹⁰⁷⁸

3. La *actio libera in causa* según el modelo de imputación extraordinaria

Dado un comportamiento inmediatamente lesivo que satisfaga las propiedades de un determinado tipo delictivo y que opere, por tanto, como objeto de imputación dentro de la estructura dual de responsabilidad, interesa que nos detengamos en el análisis de los fundamentos de imputación posibles dentro de esa estructura. En el contexto de la *alic*, el presupuesto a partir del cual se problematizan los casos es que, al momento de esa realización típica —el momento relevante para la eventual decisión de evitar la correspondiente realización— falte la capacidad general de evitar semejante realización. Tradicionalmente: el comportamiento humano o la imputabilidad. Aquí, sin embargo, nos referiremos a la capacidad de acción —tal como ha sido tratada más arriba— y a la capacidad de motivación. Al efecto, pueden darse estructuralmente dos situaciones. Veámoslas.

3.1. La provocación de ausencia de capacidad de acción

Cuando en el momento de la realización del tipo delictivo falta la capacidad de acción entendida como capacidad de evitación intencional sólo cabe concluir que el sujeto no estuvo en posición de realizar el comportamiento alternativo (al efectivamente realizado) conforme a la concreta norma de comportamiento. Tratándose de los casos que ahora interesan, el aspecto o dimensión de la capacidad de acción que se haya comprometido es la capacidad física¹⁰⁷⁹. El aspecto físico responde a la capacidad de control corporal que se necesita para poder evitar intencionalmente la realización de un tipo delictivo, lo que implicar la posibilidad física, tanto para ejecutar la acción requerida (norma de requerimiento) como para omitir la acción prohibida (norma de prohibición). Junto con

¹⁰⁷⁸ Podría entenderse que el art. 20.1º, párr. segundo, y 2º *in fine* amplían objetivamente el tipo y, por tanto, también el objeto de prohibición de la norma. Al respecto, con enorme sutileza, HRUSCHKA, *JZ* (1997), p. 23, hace notar que, de no existir tal disposición, el hecho cometido en estado defectuoso sería punible. Entonces nadie caería en la idea de adscribir al embriagarse la cualidad de una acción objetivamente típica.

¹⁰⁷⁹ El otro aspecto o dimensión es la capacidad cognitiva. Una consecuencia sistemática que tiene que asumir este planteamiento, y que es acorde con la concepción de tipo delictivo y norma de comportamiento formulada a partir de éste que aquí se sigue, es que el comportamiento que satisface las propiedades de un determinado tipo delictivo —y que entonces se corresponden con las acciones prohibidas o requeridas— son, en efecto, comportamientos típicos (de delito).

el aspecto cognitivo, la disposición de ambas capacidades es necesaria para la función del dolo (natural). De modo que ante la falta de una de ellas sólo cabe, en su caso, atribuir responsabilidad por imprudencia.

Por tanto, cuando al momento de realizar un tipo delictivo falta la capacidad de control físico para ejecutar u omitir la acción debida —que son los casos que tradicionalmente se tratan bajo la etiqueta «alic-ausencia de acción»—, lo que habría que preguntarse es si dicho estado de incapacidad pudo y *debió* ser evitado. Además, tratándose de este nivel del análisis dogmático del delito, si falta la capacidad de acción que nos permita establecer la imputación subjetiva, entonces también faltará la capacidad de motivación y, por ende, la culpabilidad. Si la falta de capacidad física o la capacidad cognitiva que excluye el dolo (pues sin en primer elemento no se puede realizar una intención y sin el segundo no se puede formar una intención), entonces el criterio que entra en consideración es de naturaleza extraordinaria; de su aplicación resulta entonces la imputación a título de imprudencia. Y de ello resulta que la *alic en sentido estricto* únicamente encuentra su lugar como modelo de solución para el nivel de la culpabilidad, en la medida en que para el nivel del injusto nos basta con la solución que ofrece la estructura de la imprudencia¹⁰⁸⁰. Ello no supone rechazar la consideración de la imprudencia como una estructura que ejemplifica lo que aquí se entiende por *alic* en sentido amplio¹⁰⁸¹, sino que, precisamente por ello, no hace falta construir un modelo más allá del que se viene utilizando con la

¹⁰⁸⁰ Así ya KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 121 s.; HRUSCHKA, *JZ* (1997), pp. 24 ss., esp. 27; para los casos de *omissio libera in causa*, HRUSCHKA, *FS-Bockelmann*, p. 423 ss.; VOGEL, *Norm*, pp. 121 ss., donde da cuenta de cómo se trata aquí de casos en los cuales viene en consideración una imputación extraordinaria a título de imprudencia, lo que pasa por entender, acertadamente, la capacidad de ejecución de la acción requerida no como un elemento para la configuración del tipo objetivo del delito de omisión impropia (ni, por tanto, de la norma de comportamiento), sino, más bien, como un criterio de imputación de la infracción de deber (ibidem, pp. 113 s.); también MAÑALICH (*Norma*, pp. 25 ss.) parece ofrecer un argumento en esa dirección; en esta línea, CONTESSE SINGH (en *Reformas Penales*, pp. 48 s.), distingue entre “obligación especial”, fundamentada en la posición de garante, y “obligación situacional”, fundamentada en la norma de requerimiento cuando es situacionalmente aplicable. Muestra dudas acerca de que los casos de *omissio libera in causa* puedan ser considerados como de “ausencia de acción”, OTTO, *FS-Frisch*, pp. 600 s. Sobre la problemática, en la que no podemos entrar a fondo, véase, con más detalle, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, pp. 325 ss. Por su parte, JAKOBS, si bien renuncia a la necesidad de aplicar la figura de la *alic* a los supuestos de falta de capacidad de acción (*AT*, 17/47, nota 106), habla de la posibilidad de una *anticipación* de la responsabilidad en varios casos: i) “*asunción* de la situación” (*AT*, 6/42), que genera ya responsabilidad para el caso de la madre que después de tomar un somnífero se acuesta en una cama estrecha con su bebé asfixiándolo durante el sueño; ii) de “delito de omisión por *comisión*” (*AT*, 7/69), para el caso (“guarda-agujas”) de quien suprime su capacidad de evitar conforme a una posición de garante un resultado típico; iii) y de “culpa por *asunción*” (*AT*, 9/14), cuando existe capacidad de apreciar en el momento anterior las consecuencias de sus actos y, por ello, se está obligado a cuidar que no tengan lugar.

¹⁰⁸¹ A saber, una estructura en la que se reconoce un problema de atribución de responsabilidad y que se repite en diferentes estructuras de imputación de la teoría general del delito.

imprudencia¹⁰⁸². De hecho, la solución al problema de imputación en el nivel de la culpabilidad y que trata de ser resuelto aplicando la figura de la *alic* puede buscarse aprovechando los paralelismos estructurales con la responsabilidad por imprudencia¹⁰⁸³.

Por tanto, a partir del modelo aquí seguido, una vez subsumida la acción ejemplar en la clase de acción del tipo delictivo, se trataría de un comportamiento que *prima facie* no infringe el deber, a falta de la consideración de la imprudencia. De modo que la solución a los casos de ausencia de acción susceptibles de ser solucionados por la vía de la aplicación de la *alic* ya en el “nivel de la acción”¹⁰⁸⁴, serían, bajo el modelo analítico, supuestos de imprudencia. En mi opinión, una ventaja de esta tesis es su resistencia a la objeción de falta de previsión legal que tradicionalmente se formula frente a los intentos de solucionar, por medio de la figura de la *alic*, los casos de ausencia de acción provocada de manera responsable.

Según este planteamiento, los siguientes casos habrían de ser tratados estructuralmente (y resueltos) del mismo modo:

- (i) El conductor A ya no puede esquivar a un niño que salta a la carretera, pero es responsable de su incapacidad de evitar por no haber mantenido la velocidad apropiada;
- (ii) El conductor A se duerme al durante la marcha y hallándose en estado de inconsciencia atropella a un peatón, pero es responsable de su incapacidad de evitar porque momentos antes advirtió señales de sueño que hacía previsible que cayera en él y sin embargo continuó la marcha cuando era exigible que la detuviera;
- (iii) El guardagujas A se duerme durante su turno previendo que no podrá accionar el cambio de vías¹⁰⁸⁵

¹⁰⁸² Kindhäuser ofrece además el siguiente argumento para distinguir estrictamente entre imprudencia y *alic*:

¹⁰⁸³ Pues, como apunta KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 127: en ambos casos el autor elimina una capacidad relevante para la acción, a saber, una capacidad que de él es esperable que tenga en tanto co-sujeto fiel a derecho. Y ambos casos se trata de rechazar o negar al autor la posibilidad de invocar la ausencia de la capacidad en cuestión como obstáculo para la imputación. Por consiguiente, también en el nivel de la culpabilidad el comportamiento previo solo puede presentar relevancia jurídica si es concebido no como objeto de imputación sino como fundamento de imputación; entonces tiene que tener el carácter de infracción de una incumbencia.

¹⁰⁸⁴ Al respecto, véase, aunque combinando elementos de uno y otro modelo (tipicidad/excepción), JOSHI JUBERT, *La doctrina*, pp. 281 ss., 414 s.; MIR PUIG, *PG*, 8/6 ss.; en Alemania, véase, MAURACH, *JuS* (1961), pp. 373 s.; PUPPE, *JuS* (1980), p. 347; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, § 19/36, 2011; OTTO, *FS-Frisch*, p. 599.

¹⁰⁸⁵ Casos (ii) y (iii) presentados por MIR PUIG, *PG*, 8/5.

En ninguno de los tres casos dispone el sujeto de la capacidad de evitar la realización típica, como tampoco asegura dicha capacidad en el momento previo en el que advierte cierto peligro abstracto. En los tres existe la exigencia de cuidado *qua* incumbencia de asegurar la dimensión física o cognitiva de la capacidad de evitar el resultado. Tratándose de la ausencia de la capacidad de acción, la infracción imputable de la incumbencia motiva la imputación de responsabilidad a título de imprudencia.

El problema relevante se da, en todo caso, en los supuestos en los que la provocación del estado de incapacidad (en este lugar, de incapacidad de acción) se realiza de manera preordenada (con el propósito) a la comisión de un delito futuro. Sobre ello ya nos ocupamos parcialmente al tratar las razones que justifican el menor reproche en virtud de la aplicación de criterios extraordinarios de imputación. Entonces se trataba, además, de hacer compatible semejante propuesta con las reglas previstas en el CP para los casos de provocación preordenada a la comisión de un delito de un estado de incapacidad de culpabilidad. Veamos ahora qué ocurre cuando se trata de una provocación de ausencia de capacidad de acción, concretamente bajo la forma de posibilidad de acción (*omissio libera in causa*):

El guardagujas A, para no estar en disposición de cumplir con su deber, ingiere alcohol hasta caer en un estado de embriaguez letárgica. Cuando llega el momento de cambiar las agujas, A yace en una esquina sin ser capaz de moverse por la ingesta de alcohol. La aguja no es cambiada y Z es atropellado por el tren.¹⁰⁸⁶

La cuestión es si casos como este, en los que la provocación de incapacidad de acción se lleva a cabo con el propósito de cometer un delito futuro, ameritan una responsabilidad a título de dolo. Lo relevante entonces pasa por determinar si A conoce o se representa en el momento previo que provoca el estado defectuoso las circunstancias fácticas concretas relevantes para —de las cuales depende— la realización del tipo de delito. Concretamente: la representación del riesgo de producción del concreto tipo delictivo. Y lo primero que hay que dejar claro a este respecto es que la “mala intención” en el actuar previo en ningún caso puede sustituir al único elemento necesario para la configuración del dolo: el grado de representación estipulado como indispensable para el dolo eventual¹⁰⁸⁷. En tal sentido, el propósito del autor no alcanza, por sí mismo, para fundamentar la responsabilidad dolosa, pues de lo contrario se trataría de un dolo

¹⁰⁸⁶ Caso según la presentación de HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 276.

¹⁰⁸⁷ En este sentido, HRUSCHKA, *Strafrecht*, pp. 325, 335.

antecedente constituido únicamente por el deseo del eventual autor. De esto se sigue, entonces, que el dolo tiene que configurarse en el momento determinado en que el sujeto debería haber evitado —por medio de la ejecución u omisión de una acción— la realización del concreto tipo delictivo.

En segundo lugar, en aplicación de la concepción de norma de comportamiento aquí defendida, se rechaza la estrategia sugerida por el modelo de la tipicidad o de la anticipación consistente en considerar ya el comportamiento previo que suprime la posibilidad de acción como comportamiento típico (y, por ende, contrario a la norma de comportamiento) bajo la tesis de la “omisión por comisión”¹⁰⁸⁸ o de la derivación de mandatos de asegurar la capacidad de acción de la propia norma de requerimiento¹⁰⁸⁹.

A partir de estas premisas teóricas, una primera estrategia de solución del caso puede consistir en considerar que en el momento de la ingesta del alcohol A ya dispone, con independencia de toda mala intención o deseo, de un grado de representación tal que a una persona que tuviese la intención de evitar la concreta realización del tipo —la muerte de otro (Z)— le llevaría a abstenerse de ejecutar la acción ejecutada. Este podría ser el caso, por ejemplo, si se considera que en el momento de la ingesta A se representa a sí mismo como parte de un proceso causal que habrá de llevar a la muerte de otro. El problema, sin embargo, se encontraría (más allá de la dificultad de que una representación tal pueda fundamentar el dolo) en que de este modo se transformaría un delito de omisión impropia en uno de comisión (activa)¹⁰⁹⁰. Además, no puede aceptarse que la norma de requerimiento, transmutada en norma de prohibición, pueda ser actualizada en momentos previos a la situación de peligro para el bien jurídico¹⁰⁹¹. Pues sólo en una situación tal puede darse la oportunidad para el garante de llevar a cabo la acción salvadora que evite la realización típica.

Una segunda estrategia, que es la que aquí se considera acertada, consistiría en aplicar en sentido estricto la figura de la *omissio libera in causa* (*in agendo* en este caso). Bajo esta solución, cabe entender que el sujeto (garante) que provoca su incapacidad de acción para,

¹⁰⁸⁸ Roxin, Jakobs. al respecto, véase, Silva Sánchez, pp. 332 s.

¹⁰⁸⁹ Cfr. Armin KAUFMANN, *Dogmatik*, p. 211 (citado por SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, p. 329); AST, *Normentheorie*, p. 49.

¹⁰⁹⁰ Lo que puede no ser el caso si el caso se presenta bajo la estructura de la *omissio libera in omittendo*. Sin embargo, ello en nada afecta a la objeción, pues desde una perspectiva sistemática sería un problema tratar casos estructuralmente idénticos de manera diferente dependiendo del carácter omisivo o activo de la provocación.

¹⁰⁹¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, p. 332.

llegada la situación típica de peligro, no poder ejecutar la acción de cambiar las agujas requerida por la norma, infringe con la acción provocadora la incumbencia de mantenerse en estado de capacidad de acción. La infracción de la incumbencia no opera como subrogado de la infracción de la norma de requerimiento, sino como presupuesto de la imputación extraordinaria una vez constatada la falta de condiciones ordinarias de imputación. Y esto quiere decir, en el nivel del injusto, la imputación del resultado de la muerte de Z a título de imprudencia¹⁰⁹².

3.2. La provocación de ausencia de capacidad de culpabilidad (imputabilidad)

Tratándose ahora de los casos en los que el sujeto provoca su incapacidad de culpabilidad, cabe partir de que en el análisis de éstos la infracción de deber (el injusto personal) debe estar ya configurada como dolosa o imprudente. Es decir, que el tipo puede ser realizado tanto dolosa (infracción directa del deber) como imprudentemente (infracción de deber en virtud de la infracción de una incumbencia). La figura de la *alic* opera entonces para poder formular el reproche de culpabilidad *por* ese injusto. Este reproche supone, para el caso de que sea necesario aplicar semejante figura, formular una excepción a la «regla directa de responsabilidad», cuya aplicación exige de la capacidad de culpabilidad al momento de realizar el hecho.

Por lo que hace a los supuestos de *actio* imprudente *libera in causa*, podemos retomar ahora lo sostenido más arriba sobre la relación condicional (conceptual) que existe entre el desconocimiento de la realización de circunstancias fácticas relevantes para el tipo, cuya reprochabilidad fundamenta la imprudencia, y el desconocimiento del significado jurídico de tal realización, cuya reprochabilidad fundamenta la culpabilidad a partir de un criterio extraordinario de imputación. Sobre la base de esta estricta distinción y dependencia, Hruschka ha mantenido que si construimos el injusto imprudente a partir de la infracción de una incumbencia o exigencia de cuidado en un momento anterior (t_0 o t_1) a la realización del hecho típico en estado defectuoso (t_2), entonces ello significa que también en ese momento (t_0 o t_1) es que tenemos que fundamentar la imputación del

¹⁰⁹² Cfr. HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 311. En opinión de este autor, la solución no pasa por resolver estos casos por la vía del dolo —lo que tiraría su castillo conceptual—, sino por que los ordenamientos jurídico-penales reconociesen de manera completa la problemática que rodea a los delitos imprudentes; concretamente, por establecer un régimen de atenuación distinto; VOGEL, *Norm*, p. 124, quien advierte de cómo en los delitos comisivos semejante solución no es cuestionada (era 1993 y la discusión en torno a la ignorancia deliberada o el dolo como indiferencia no era tan viva como en la actualidad).

injusto a la culpabilidad¹⁰⁹³. Es decir, la infracción de la incumbencia que opera en el nivel del injusto conllevará (necesariamente) la infracción de la incumbencia que opera en el nivel de la culpabilidad. Esta sugerencia no desconoce que el contenido de una y otra incumbencia es distinto: mientras que en la imprudencia se trata de asegurar la capacidad de acción (de conocer las circunstancias relevantes para el tipo de delito y asegurar la capacidad física), en la culpabilidad se trata de asegurar la capacidad de motivación (de conocer o motivarse por la relevancia jurídica de tales circunstancias). Sin embargo, puesto que la capacidad de acción es un presupuesto necesario para la capacidad de motivación, a falta de la primera habrá de asumirse la falta de la segunda. En este sentido, la remisión a la aplicación de un criterio de imprudencia implicaría ya, en términos conceptuales, una excepción a la regla de imputación negativa contenida en el § 20 StGB y en art. 20 CP (¿criterios entonces redundantes en caso de injusto imprudente?)¹⁰⁹⁴. Siempre que un sujeto realiza un tipo delictivo y se lo imputamos a título de imprudencia asumimos (o debería asumirse) que a semejante sujeto no se le presenta la norma de comportamiento (pero sí la exigencia de cuidado) infringida al momento de realizar el hecho¹⁰⁹⁵. Y esto quiere decir que no puede motivarse conforme a la concreta norma de comportamiento aplicable a la situación. O expresado de otro modo: que no puede comprender la ilicitud de la realización típica o actuar conforme a esa comprensión.

¹⁰⁹³ Cfr. HRUSCHKA, *JZ* (1997), p. 27. Esta conexión entre ambas capacidades es advertida de modo similar por KINDHÄUSER, «Zur Unterscheidung von Tat- und Rechtsirrtum», *GA* (1990), pp. 407 ss.; MAÑALICH, *RD*, pp. 98 ss. Como vimos, ello significa que para los casos de imprudencia no parece ser necesario una remisión a explícita a la *alic* en sentido estricto, con independencia de que concibamos la imprudencia como estructura de imputación extraordinaria.

¹⁰⁹⁴ El supuesto comentado por Hruschka es el conocido caso resuelto por el BGH (BGHSt 42, 235, Sentencia de 22 de agosto de 1996): Un sujeto conduce en estado de intoxicación plena, atropellando mortalmente a dos funcionarios de la frontera. La relevancia de esta sentencia del BGH se encuentra en que ofreció una solución al caso sin necesidad de remitirse a la figura de la *alic*. Al respecto advierte Hruschka que, si bien es cierto que el caso no requiere de una remisión expresa a la *alic*, pues basta con utilizar la figura de la imprudencia, ello no significa que, de hecho, se esté asumiendo una excepción al § 20 StGB.

¹⁰⁹⁵ Pues si así fuera, ello implicaría que dispone de la capacidad de seguir la norma y entonces el no-ejercicio de esa capacidad pudiendo hacerlo fundamentaría el dolo.

4. La regla del art. 20.1 y 2 del Código Penal: una propuesta de interpretación

Las reglas de excepción quedan dispuestas como sigue:

- i) art. 20.1º: “*cuando hubiese sido provocado [el trastorno mental transitorio] por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión*”;
- ii) art. 20.2º: “*siempre que no haya sido buscado [el estado de intoxicación plena] con el propósito de cometerla [la infracción penal] o no se hubiese previsto o debido prever su comisión*”

En primer lugar, los tres escenarios —paralelos— a los que nos remiten ambas reglas han de situarse, según la interpretación aquí defendida, en un momento anterior al de la realización del hecho típico, la cual queda satisfecha a partir del comportamiento inmediatamente lesivo. En segundo lugar, las tres formas de provocación presentan diferencias cualitativas entre sí, pues por medio de cada una de ellas se manifiesta una actitud cualitativamente distinta frente al ordenamiento jurídico. Ello habrá de verse reflejado en las consecuencias jurídico-penales. En tercer lugar, puesto que la función de estas reglas de exención sobre las que operan los criterios de excepción consiste en excluir la culpabilidad, llegados a esta fase de análisis dogmático el hecho realizado habrá de haber sido imputado como infracción de deber (injusto doloso o imprudente).

Cada uno de estos tres escenarios puede ser interpretado en los siguientes términos¹⁰⁹⁶:

(a) *provocación del estado defectuoso con el propósito de cometer la infracción penal en tal estado*: el sujeto quiere cometer el delito y es consciente de que se pone en un estado de defecto y de que en tal estado puede cometer un delito;

(b) *provocación del estado defectuoso habiendo previsto cometer la infracción penal en tal estado*: el sujeto es consciente de que se pone en un estado de defecto y de que en tal estado puede cometer un delito;

(c) *provocación del estado defectuoso sin prever, pero habiéndolo debido hacer, que en ese estado podía cometer la infracción penal*: el sujeto es consciente de que se pone en

¹⁰⁹⁶ Esta interpretación no se corresponde con la más común que distingue entre cuatro formas de provocación de la embriaguez (no del trastorno mental transitorio), a saber, “preordenada”, “voluntaria”, “imprudente” y “fortuita” (p.ej., MIR PUIG, *PG*, 23/25 ss.).

un estado de defecto (o, al menos, de que consume las sustancias susceptibles de provocarlo), pero sin reconocer que en ese estado podía cometer un delito, aunque ello pudo y debió haber sido reconocido.

Entre los criterios (a) y (b) la distinción obedecería a la concurrencia o no de un elemento volitivo, el cual se da en (a), pero no en (b). Aunque el texto legal no lo disponga de manera expresa, cabe interpretar que para (a) también se requiere la concurrencia del elemento cognitivo, pues su no consideración supondría equiparar (a) con un mero deseo de delinquir. En cualquier caso, tanto en (a) como en (b) existiría cierta representación del riesgo, pero no de la certeza de la producción del tipo delictivo, pues no parece que sea racionalmente posible hablar de *certeza* para definir el tipo de actitud cuyo contenido proposicional es lo que ocurrirá en un momento posterior en un estado de ausencia de capacidad de motivación¹⁰⁹⁷.

Una vez excluida *prima facie* la culpabilidad por ausencia *in actu* de capacidad de culpabilidad, estos tres criterios permiten restablecer la imputación de la infracción de deber a la culpabilidad. Este es el efecto compensatorio de estos criterios. Ello no significa, sin embargo, igualar la cualidad del reproche que se ha visto impedido por la ausencia de condiciones ordinarias de imputación, sino, más bien, igualar la posibilidad de la imputación. Y esto significa: se restituye el reproche de culpabilidad, pero con base en la aplicación de criterios extraordinarios de imputación.

En cuanto al injusto imprudente, ello implica, a efectos de la imputación de primer nivel, la remisión a un momento anterior a la realización típica para fundamentar la imputación subjetiva. De lo que se sigue que será ese momento anterior (t_1) a la realización del hecho típico (t_2) y relevante para el injusto imprudente uno de los que pueda adquirir relevancia a los efectos de la provocación del estado de inimputabilidad¹⁰⁹⁸. Ello sugiere que sería irrelevante la aplicación del criterio “con el propósito de cometer el delito” como *criterio* de provocación responsable (t_0) cuando el injusto es imprudente (t_1+t_2), en la medida en que la configuración de éste ya lleva implícita la provocación responsable por la infracción de una exigencia de cuidado (t_1). Y, en este sentido, tampoco de quien actúa en ese momento anterior (t_1) de manera imprudente con respecto a la realización del tipo

¹⁰⁹⁷ Y esto es aplicable a todos los momentos previos a la realización delictiva en los que pretenda atribuirse al sujeto una actitud fundante del dolo cuyo contenido proposicional la verdad de las circunstancias fácticas relevante para el tipo delictivo.

¹⁰⁹⁸ El otro momento eventualmente relevante, tal como ocurre en la culpa inconsciente —y, según algunos planteamientos, en la culpa por asunción—, será un momento anterior a t_1 , esto es, t_0 .

puede decirse que actúe en ese momento (t_1) con el propósito de cometer el delito. Por tanto, ambos criterios, aunque referidos parcialmente a objetos distintos, se excluyen mutuamente¹⁰⁹⁹. Con lo que puede concluirse que, si para el éxito de la imputación de la realización típica (t_2) como un injusto imprudente ya hemos debido dar un paso atrás (t_1), aquí el criterio de “propósito” sólo podría ser entendido como un dolo *antecedens* anterior al momento utilizado para imputar la imprudencia (por tanto, en t_0), esto es, como el deseo (irrelevante) de delinquir. En todo caso, a los injustos imprudentes serían aplicables los dos criterios restantes: “hubiera previsto” (t_1) y “debido prever” (t_0) la comisión del injusto.

Por lo que hace a los injustos dolosos, serían aplicables los tres criterios. En este caso, la realización típica coincide con el actuar doloso y la cuestión entonces sería analizar de qué modo ha provocado el sujeto la pérdida de su imputabilidad. Esto es, si la provocación cuenta como provocación responsable. Ahora interesa que nos centremos en el *criterio* “con el propósito de cometer el delito”, pues es precisamente este el escenario problemático al que debe enfrentarse la tesis aquí defendida, según la cual, toda imputación extraordinaria incorporaría ya un menor reproche y, por ende, haría recomendable una atenuación de la pena.

La interpretación que se propone es la siguiente: la provocación de un estado de inimputabilidad es responsable (imputable) porque el sujeto infringe una incumbencia de mantenerse en estado de capacidad de culpabilidad. Ello ha de ser analítica y axiológicamente diferenciado de la razón personal por la cual el sujeto provoca de manera responsable tal estado¹¹⁰⁰. Pues el sujeto no es responsable de la provocación por el propósito que perseguía, sino porque uno no puede (incumbencia) provocar su estado de inimputabilidad si prevé una situación en la cual habrá de emplear la capacidad suprimida para seguir la norma¹¹⁰¹. La provocación responsable ha de tenerse en cuenta para rechazar la aplicación de la eximente completa (*ex. art. 20.1º o 2º CP*) en favor de la aplicación de una eximente incompleta (*ex. art. 21.1ª CP*), para, de esta forma, determinar el marco penal. Lo segundo, en cambio, habrá de tenerse en consideración en la fase de

¹⁰⁹⁹ En un sentido similar, aunque desde el modelo de la tipicidad, ALCÁCER GUIRAO, *RDPC* (2004), p. 419, quien, para justificar la interpretación del «doble dolo» en la expresión legal “provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito” señala que: “[r]esulta, ciertamente, absurdo afirmar que, si alguien se emborracha con el propósito de delinquir cuando llegue al estado de embriaguez, pudiera haberse emborrachado imprudente o fortuitamente”.

¹¹⁰⁰ En un sentido similar, para la provocación del error de prohibición, HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 322.

¹¹⁰¹ De hecho, por mucho que uno tenga el propósito, si no infringe una incumbencia igualmente no se le atribuiría responsabilidad.

individualización de la pena¹¹⁰². Esta distinción analíticamente posible y axiológicamente necesaria permite no incurrir en una doble valoración. Como vimos que podría operar el dolo directo con respecto al dolo eventual (entendido éste como fundamento o criterio mínimo necesario y suficiente de atribución de responsabilidad dolosa), en el caso de la provocación con el propósito de delinquir, semejante propósito no opera como criterio de imputación extraordinario sino, más bien, como elemento de valoración ulterior de la “gravedad del hecho” *ex arts. 68 y, en su caso, 66.6ª CP*¹¹⁰³.

En mi opinión, esta propuesta interpretativa no sólo es acorde con el tenor literal de los preceptos legales implicados, sino que además es más adecuada a una atribución de responsabilidad acorde con los parámetros normativos del principio de culpabilidad expuestos hasta ahora¹¹⁰⁴. Así, en primer lugar, permite mantener el marco penal establecido para el delito doloso en cuestión, en la medida en que el sujeto no empleó las capacidades cognitivas y físicas disponibles en el momento relevante de la decisión para evitar la realización del tipo (no se aplica la regla *ultra posse nemo obligatur*). En segundo lugar, se excluye, *prima facie*, la atribución de culpabilidad por el injusto doloso, en la medida en que el sujeto no cuenta con la capacidad suficiente de motivarse conforme a la norma de un modo eficaz para la acción (*impossibilia nulla est imputatio*). En tercer lugar, se restablece la posibilidad de atribuir culpabilidad en la medida en que el defecto de imputabilidad, *prima facie* impeditivo, es provocado de manera responsable por infracción imputable de una incumbencia en el momento previo al momento relevante para la decisión (*provocación responsable de la capacidad de responsabilidad*). Por último, se tiene en cuenta el propósito del autor no como criterio de imputación (los motivos, como vimos, no son criterios de imputación), sino como elemento a considerar ulteriormente a efectos de adecuar la pena a un mayor merecimiento.

¹¹⁰² Quien se emborracha para, en estado de intoxicación plena pegar a su pareja (t1), y efectivamente la agrede dolosamente (t2), infringe la incumbencia de no emborracharse hasta perder la capacidad de motivación normal siendo consciente de que entraría en un estado de defecto y de que en tal estado podría cometer la agresión.

¹¹⁰³ Es en este sentido que un modelo de imputación extraordinaria permite distinguir entre la provocación preordenada a la comisión del delito y el resto de las provocaciones jurídico-penalmente relevantes.

¹¹⁰⁴ Ello no significa que la solución que se estima más adecuada en términos teóricos tenga su reflejo como solución más adecuada en términos axiológicos. Pero precisamente desde esta perspectiva tampoco considero que esté justificada la interpretación que pretende aplicar a estos casos la regla que equipara axiológicamente la eximente provocada a la ausencia de eximente. Lo que aquí se propone es una interpretación de la ley. A través de una innovación de *lege ferenda*, la propuesta habría de ir seguramente en una dirección que, a partir de la distinción cualitativa de formas de provocación que tenemos ahora, posibilite una menor atenuación de la pena para los casos de provocación preordenada a la comisión del delito.

V. Conclusiones

Desde una perspectiva crítico-interpretativa, aquí se sugiere que nuestra regulación legal prevé, a mi juicio, reglas de excepción al principio de coincidencia —entendido éste como la exigencia de que dos elementos ocurran al mismo tiempo—, tanto en el nivel del injusto (imprudencia/error de tipo vencible: falta conocimiento y posibilidad física) como en el nivel de la culpabilidad (error de prohibición vencible; provocación intencional o culposa de inimputabilidad; provocación intencional del estado de necesidad). En este sentido, es plausible considerar que todas estas estructuras de imputación legalmente previstas son instancias de alic en la medida en que la acción defectuosa tenga en su causa un momento o acción anterior de libertad en sentido amplio y, por tanto, de capacidad de responsabilidad. De ahí que, bajo la premisa de asignar a la teoría del delito la pretensión de sistematización de las reglas e instituciones que recoge la Parte General del código penal, semejante estructura fáctica que caracteriza a la alic se presente a lo largo de diferentes estructuras de imputación de la que se sirve aquella.

CONCLUSIONES

1. La presente investigación ha pretendido ofrecer elementos conceptuales y normativos para demostrar el rendimiento explicativo de un modelo de imputación extraordinaria. Este modelo es aplicable a varios grupos de casos que se presentan de manera distintiva a lo largo del análisis dogmático del delito. Para el tratamiento de estos grupos de caso se defiende, entonces, la siguiente tesis:

(T) la infracción imputable de una incumbencia explica y justifica la imputación extraordinaria de la realización típica.

Esta tesis presupone, al menos, tres asunciones que pueden ser formuladas como tres sub-tesis:

(t₁) existen grupos de casos que pueden ser agrupados bajo la estructura compleja que da lugar a la imputación extraordinaria;

(t₂) las reglas de imputación ordinarias no pueden operar para dar una solución (analíticamente satisfactoria) a estos grupos de casos;

(t₃) es analíticamente necesario y normativamente posible construir y fundamentar reglas de imputación que, por diferencia con respecto a las ordinarias, pueden ser denominadas “extraordinarias”.

2. Respecto de la primera implicación de nuestra tesis (*t₁*), los grupos de casos considerados como instancias de una estructura compleja de imputación extraordinaria son los siguientes: la imprudencia, los errores evitables de tipo y de prohibición y la provocación responsable de una causa de inimputabilidad (trastorno mental transitorio y estado de intoxicación plena). Un segundo grupo de casos —tales como la provocación responsable de una situación que da lugar a una norma de permisión, de una situación de necesidad exculpante, de un estado pasional o un estado de imputabilidad disminuida—, si bien albergan la misma problemática estructural que el primer grupo, implican problemas añadidos que no han sido tratados en la investigación. Por tanto, su estatuto como instancias de estructuras de imputación extraordinaria se mantiene únicamente en un nivel intuitivo.

3. La consideración de los primeros grupos de casos como instancias de imputación extraordinaria —y, por tanto, como casos complejos— parte de una distinción conceptual y pragmática estricta entre norma de comportamiento y reglas de imputación. En términos conceptuales, la distinción obedece a la imposibilidad lógica de que una norma de comportamiento tenga por contenido el set de condiciones que permiten afirmar su

infracción imputable. En términos pragmáticos (prescriptivo/adscriptivo) o funcionales, la distinción obedece a la diferente función que persigue quien establece o aplica una u otra regla. Quien establece una norma de comportamiento formula una oración deóntica que correlaciona un operador deóntico con un determinado tipo de acción con el fin de que los destinatarios, dada la oportunidad, rijan su actuar conforme a ella. Quien establece o aplica una regla de imputación establece o aplica los criterios bajo los cuales la no-correspondencia entre una instancia de acción realizada y un tipo de acción (antinormatividad) puede ser atribuida como acción responsable a un sujeto.

4. A partir de este presupuesto teórico, lo problemático de los grupos de casos en cuestión se encuentra en que, en el momento de la realización típica (antinormatividad) el sujeto no dispone de la capacidad general de seguir la norma. En otros términos, esto significa que, realizado un tipo penal concreto, el sujeto no dispuso de la capacidad individual actual para evitar lo realizado. La capacidad actual de seguir la norma es el presupuesto necesario que posibilita atribuir responsabilidad por su no seguimiento; por lo que, frente a la ausencia de disposición de esa capacidad, la operación de imputación fracasa, al menos de manera ordinaria. Excluido un presupuesto de imputación subjetiva o personal, un posible restablecimiento de la imputación jurídico-penal pasa necesariamente por el análisis y valoración del momento previo al momento en el que el sujeto se encuentra en un estado de incapacidad. El reconocimiento de esta estructura fáctica compleja es independiente del modelo que se defiende para su explicación y solución. Esta estructura está constituida por dos momentos: comportamiento inmediatamente lesivo en estado de incapacidad (m_2) y la acción que provoca de manera responsable el estado de incapacidad (m_1).

5. Como consecuencia de lo anterior, aquí se sostiene que las reglas de imputación ordinaria no pueden explicar y resolver de manera satisfactoria estos grupos de casos (t_2). Ante la falta de acceso epistemológico (suficiente) a la situación relevante que hace aplicable la norma de comportamiento o al significado jurídico (prohibido-obligatorio-permitido) de su comportamiento, la relación entre el sujeto y la norma de comportamiento ha de ser establecida normativamente. Ello supone renunciar a construcciones que amplían la tipicidad más allá de la materia de prohibición establecida legalmente, así como la renuncia a normas de comportamiento (normas o deberes de cuidado) que no se obtienen por formulación contradictoria de los diferentes tipos de delito. En este sentido, el objeto de imputación es siempre el mismo: el comportamiento inmediatamente lesivo (m_2). El fundamento de imputación, en cambio, varía. En los

grupos de casos que aquí interesan, es la provocación responsable del estado de incapacidad el que debe operar como criterio y fundamento de imputación. Si entonces el fundamento de imputación varía, todo parece indicar que también habrá de hacerlo el contenido del reproche formulado desde la posición de sujeto imputante.

6. El recurso a reglas de imputación extraordinarias no significa necesariamente invocar reglas que no se encuentran previstas en el ordenamiento jurídico. De hecho, el ordenamiento jurídico-penal español permite una reconstrucción de las reglas de imputación a partir de su clasificación en las clases ‘ordinarias’ y ‘extraordinarias’. Así, el juicio de atribución de responsabilidad jurídico-penal (de reproche) se formula por medio de la aplicación de reglas de imputación. Las reglas de imputación ordinaria remiten a la capacidad actual de evitación del sujeto. Si partimos de la distinción entre reglas de imputación de primer nivel —las cuales operan en el nivel del injusto— y reglas de imputación de segundo nivel —que operan en el nivel de la culpabilidad—, entonces la capacidad del sujeto habrá de ser establecida con respecto a dos objetos distintos. Siguiendo el planteamiento de un sector doctrinal, en el primer nivel de imputación ordinaria nos remitimos a la capacidad de formarse la intención de evitar la realización típica. Para ello es necesario que el sujeto se represente de manera suficiente las circunstancias relevantes de un tipo de delito concreto. Además, es necesario que el sujeto disponga de la capacidad física para actuar conforme a esa representación. Por su parte, en el segundo nivel de imputación ordinaria nos remitimos a la capacidad de formarse el motivo eficaz para la acción de seguir la norma. En este sentido, es necesario que el sujeto disponga de la capacidad de comprender y representarse el carácter prohibido u obligatorio de su comportamiento. De esto se sigue que por la vía de la imputación ordinaria el derecho penal reconoce no sólo la capacidad de responsabilidad del concreto sujeto, sino, además, y precisamente por ello, las capacidades y propiedades de que debe disponer un individuo para ser considerado como persona que actúa en derecho. Esto es, de la clase de individuo del que se puede esperar una fidelidad externa a derecho.

7. A partir de esto, en los grupos de casos que presentan la referida estructura compleja, la falta de capacidad de responsabilidad durante el comportamiento inmediatamente lesivo imposibilita la adscripción del concepto de persona en derecho. Pero por la misma razón, debe asumirse que tampoco existe una relación de comunicación entre la norma de comportamiento reforzada por el derecho penal y el sujeto involucrado en la situación que hace aplicable esa norma. La relación de vinculación entre el sujeto y

el ordenamiento jurídico-penal debe construirse entonces de otro modo. Concretamente, a partir de una expectativa secundaria.

8. La propuesta que se ofrece para la fundamentación de esa expectativa secundaria pasa por reconocer un concepto de persona en derecho. Este concepto se hace explícito a partir de las reglas de imputación negativas que operan para excluir la culpabilidad. De este modo, excluir la culpabilidad significa, a su vez, negar el estatus de persona (en derecho) al individuo que cuenta como sujeto de la imputación. Si la exclusión de la culpabilidad consiste en negarle al sujeto la capacidad de responsabilidad, entonces para ser persona en derecho el individuo debe disponer de esa capacidad. Sin embargo, la aplicación de estas reglas de exclusión del estatus de persona en derecho está sujeta a excepciones. Ello en la medida en que se pueda hacer responsable al sujeto de la supresión de las capacidades a las que el derecho asigna la relevancia constitutiva del ser persona en derecho. De esta forma, se hace explícito que el derecho está dispuesto a reprochar, bajo ciertas circunstancias, que el individuo que forma parte de la comunidad jurídica se desacople o desvíe de un concepto de persona en derecho. De lo que se sigue que, bajo ciertas circunstancias, el individuo deberá estar a la altura de ese concepto. Y ello no es sino una metáfora para expresar que el sujeto tiene que asegurar las capacidades que le permiten actuar de manera responsable —como persona autónoma, si se quiere— en el marco de la interacción social.

9. De esto modo, el sujeto sólo puede ser hecho penalmente responsable por un comportamiento típico si hubiese podido evitarlo con una motivación suficientemente fiel a derecho. Esta clase de motivación, que es la que se espera de una persona en derecho, se configura entonces a partir de dos expectativas, una principal y otra secundaria. La expectativa principal del ordenamiento jurídico-penal (y de todo sistema normativo) consiste en el seguimiento intencional de las normas que lo componen. La expectativa secundaria que, como tal, sirve a la principal, consiste en el aseguramiento hasta cierto punto de la capacidad general de seguir la norma. En estos términos, la imputación de un comportamiento como infracción de deber o de una infracción de deber a la culpabilidad posibilitado por la frustración de una expectativa secundaria no vulnera el principio de culpabilidad, pues el no aseguramiento de las capacidades sólo permitirá reestablecer la imputación (por tanto, extraordinariamente) cuando el autor hubiera podido saber, y, en caso de motivación fiel a derecho, hubiera debido saber que se dirigía a una situación en la que, dado el caso, no sería capaz de actuar conforme a una norma.

10. La construcción de un modelo de imputación extraordinaria no consiste en la ampliación temporal de la estructura de imputación en busca de los elementos ausentes para la constitución de un hecho delictivo. La idea es, más bien, establecer condiciones o presupuestos que nos permitan formular un juicio de reproche (culpabilidad) a pesar de la ausencia de capacidad de responsabilidad en el momento del hecho.

BIBLIOGRAFÍA CITADA*

- ACHENBACH, H., *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin, 1974.
- AGUADO CORREA, T., *Principio proporcionalidad en Derecho penal*, Madrid, 1999.
- ACHELE, A., «Persona physica und persona moralis: Die Zurechnungsfähigkeit juristischer Personen nach Kant», en *JRE* (2008), pp. 3 ss.
- ALARCÓN CABRERA, C., *Causalidad y normatividad*, Sevilla, 2001.
- ALCÁZER GUIRAO, R., “*Actio libera in causa*” dolosa e imprudente: la estructura temporal de la responsabilidad penal, Barcelona, 2004.
- EL MISMO, «“Actio libera in causa”. Tres contribuciones recientes», en *RDPC*, 13 (2004), pp. 393 ss.
 - EL MISMO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, Barcelona, 2003.
 - EL MISMO, «Cómo cometer delitos con el silencio. Notas para un análisis del lenguaje de la responsabilidad», en *LH-Ruiz Antón*, Valencia, pp. 25 ss.
- ALCHOURRÓN, C. E./BULYGIN, E., «La concepción expresiva de las normas», en de los mismos, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991, pp. 123 ss.
- LOS MISMOS, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, 3ª ed., México D.F., 2011.
- ALONSO ÁLAMO, M., «La acción “libera in causa”», *ADPCP*, (1989), pp. 55 ss.
- AMENGUAL COLL, G., «El concepto de persona según Dennett: sobre la problemática en torno a las condiciones de la personaeidad», *CSF*, (2013), pp. 421 ss.
- ANSCOMBE, G.E.M., *Intention*, 2ª ed., Cambridge-Massachusetts, 1963.
- LA MISMA, «Under a description», en *The Collected Philosophical Papers of G. E. M. Anscombe, vol. II: Methaphysics and the Philosophy of Mind*, 1981, pp. 208 ss.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, (trad. y notas Pallí Bonet), Madrid, 2014.
- AST, S., *Normenthoerie und Strafrechtsdogmatik: eine Systematisierung von Normarten und deren Nutzen für Fragen der Erfolgszurechnung, insbesondere die Abgrenzung des Begehungs- vom Unterlassungsdelikt*, Berlin, 2009.
- ATIENZA, M./RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 4ª ed., Barcelona, 2007.
- BAUMANN, J./WEBER, U./MITSCH, W., *Strafrecht. Allgemeiner Teil (AT)*, 10ª ed., 1995; 12ª ed. (con Jörg Eisele), 2016.

* Se resalta en negrita según es citada la obra en el texto a partir de la segunda cita.

- BAYÓN MOHÍNO, J.C., *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, 1991.
- EL MISMO, «Deber jurídico», Garzón Valdés/Laporta (eds.) *El derecho y la justicia*, 2000, pp. 313 ss.
- BEHRENDT, «Das Prinzip der Vermeidbarkeit im Strafrecht», en Herrmann *et al.* (eds), *FS-Jescheck*, 1985, pp. 309 ss.
- BERMEJO, M., «La observación del *Criminal Compliance* desde el enfoque de las *Obliegenheiten*», en Carnevali (ed.) *Derecho, sanción y justicia penal*, Montevideo/Buenos Aires, 2017, pp. 61 ss.
- BESIO HERNÁNDEZ, M., *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, Valencia, 2011.
- BIEWALD, G., *Regelgemäßes Verhalten und Verantwortlichkeit. Eine Untersuchung der Retterfälle und verwandter Konstellationen*, Berlin, 2003.
- BINAVINCE, E.S., *Die vier Momente der Fahrlässigkeitsdelikte*, Bielefeld, 1969.
- BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung*, Vol. II, 2ª ed. (Scientia Verlag, Aalen, 1965).
- EL MISMO, *Die Normen und ihre Übertretung*, Vol. I, 4ª ed. (Scientia Verlag, Aalen, 1965).
 - EL MISMO, *Die Normen und ihre Übertretung*, Vol. IV, Leipzig, 1919.
 - EL MISMO, *Handbuch des Strafrechts*, Aalen, 1991.
 - EL MISMO, «Der objektive Verbrechenstatbestand in seiner rechtliche Bedeutung», *Der Gerichtssaal* 76 (1910), pp. 1 ss.
 - EL MISMO, *La culpabilidad en Derecho penal*, (trad. a cargo de Cancio Meliá), Montevideo/Buenos Aires, 2009.
- BLÖSER, C., *Zurechnung bei Kant. Zum Zusammenhang von Person und Handlung in Kants praktischer Philosophie*, Berlin, 2014.
- BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, (1965), México D.F., 1991.
- BOCKELMANN, P., *Studien zum Täterstrafrecht*, vol. II, Berlin, 1939.
- EL MISMO, *Strafrechtliche Untersuchungen*, Göttingen, 1957.
- BOHNERT, J., «Das Bestimmtheitserfordernis im Fahrlässigkeitstatbestand», *ZStW* 94 (1982), pp. 68 ss.
- BRANDON, R., *Hacerlo explícito. Razonamiento, representación y compromiso discursivo*, (trad. a cargo de Ackermann/Roselló), Barcelona, 2005.
- BRINK, D.O./NELKIN, D.K., «Fairness and the Architecture of Responsibility», en Schoemaker (ed.) *Oxford Studies in Agency and Responsibility*, vol. 1, Oxford, 2013, pp. 284 ss.
- BURKHARDT, B., «Charaktermängel und Charakterschuld», en Lüderssen/Sack (eds.), *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, Frankfurt a.M., 1980, pp. 87 ss.
- EL MISMO, «Conducta típica y perspectiva *ex ante*. A la vez, una aportación contra la “confusión entre lo objetivo y lo subjetivo”», (trad. a cargo de Pastor Muñoz), en

- Wolter/Freund (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Madrid/Barcelona, 2004, pp. 153 ss.
- BYRD, S./HRUSCHKA, J., *Kant's Doctrine of Right: A Commentary*, New York, 2010.
- CANCIO MELIÁ, M., «Opferverhalten und objektive Zurechnung», *ZStW* (1999), pp. 357 ss.
- CEREZO MIR, «La eximente de anomalía o alteración psíquica. Ámbito de aplicación», en Cerezo Mir (dir.), *LH-Torío López*, Granada, 1999, pp. 245 ss.
- CIGÜELA SOLA, J., «El ciudadano y el excluido frente al Derecho penal. Los límites del ciudadano deliberativo de Günther y Kindhäuser y del ciudadano cooperativo de Pawlik», *InDret Penal*, 2/2017.
- COCA VILA, I. «¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?», en Silva Sánchez (dir.)/Montaner Fernández (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*, 2013, pp.
- EL MISMO, *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Barcelona, 2016.
- CONTESSÉ SINGH, J., «La omisión impropia como hecho punible», en Ambos *et al.* (coords.), *Reformas Penales*, 2017, pp. 11 ss.
- CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2ª ed., Montevideo/Buenos Aires, 2005.
- CÓRDOBA, F.J., *La evitabilidad del error de prohibición*, Madrid, 2012.
- EL MISMO, «Evitabilidad individual y lesividad en la teoría del ilícito», *InDret Penal* 3/2015.
- CORTINA ORTOS, A., «Estudio Preliminar», en Kant (autor), *Metafísica de las Costumbres*, pp. XV ss.
- D'AGOSTINI, F., *Analíticos y continentales. Guía de la filosofía de los últimos treinta años*, (trad. a cargo de Pérez Gutiérrez), 3ª ed., Madrid, 2010.
- DAN-COHEN, M., *Harmful Thoughts: Essays on Law, Self, and Morality*, New Jersey, 2002.
- DAVIDSON, D., *Essays on Actions and Events*, California, 2001.
- DEHNE-NIEMANN, J., «Sorgfaltswidrigkeit und Risikoerhöhung», *GA* (2012), pp. 89 ss.
- DELGADO PINTO, J., *De nuevo sobre el Derecho Natural*, Salamanca, 1982.
- EL MISMO, «Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas», *DOXA* 7 (1990), pp. 102 ss.
- DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca, 1999.
- EL MISMO, «La *actio libera in causa*: ¿una excepción a las exigencias de la culpabilidad por el hecho?», en Arroyo Zapatero/Berdugo Gómez de la Torre (eds.), *LH-Barbero Santos*, Salamanca, 2001, pp. 993 ss.
- DENNETT, D. C., «Conditions of Personhood», en el mismo, *Brainstorms. Philosophical Essays on Mind and Psychology*, Massachusetts, 1981, pp. 267 ss.

- EL MISMO, *Freedom Evolves*, London, 2004.
- DÍAZ PITA, M., *Actio libera in causa, culpabilidad y Estado de Derecho*, Valencia, 2002.
- DUFF, R.A., *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, 2007.
- EL MISMO, «Responsibility», en Edward Craig (ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, vol. 8, London, pp. 289 ss.
- DUFF, R.A./GREEN, S.P., «Introduction», en Duff/Green (eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford, 2011.
- DUTTGE, G., *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, Tübingen, 2001.
- EL MISMO, «“Erlaubtes Risiko“ in einer personalen Unrechtslehre», en Bloy/Böse/Hilenkamp (eds.), *FS-Maiwald*, Berlin, 2010, pp. 133 ss.

- ENGELMANN, W., *Rechtsbeachtungspflicht und rechtliche Schuld*, Berlin, 1926.
- ENGISCH, K., *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Berlin, 1930.
- EL MISMO, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2ª ed., Berlin, 1965.
- EXNER, F., *Das Wesen der Fahrlässigkeit: eine strafrechtliche Untersuchung*, Leipzig, 1910.

- FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado»*, Barcelona, 2001.
- EL MISMO, «Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?», *InDret Penal* **2/2011**.
- EL MISMO, «La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial», *InDret Penal*, **3/2015**.
- FEINBERG, J., «Action and Responsibility», en Max Black (ed.), *Philosophy in America*, 1965, pp. 135 ss.
- FIGUEIREDO DIAS, J., «Culpa y personalidad. Para una reconstrucción ético-jurídica del concepto de culpabilidad en Derecho penal», en *CPC (1987)*, pp. 5 ss.
- FLETCHER, G.P., *Rethinking Criminal Law*, Boston, 1978.
- FRANKFURT, H., «Freedom of the will and the concept of a person», Harry Frankfurt, *The Importance of What We Care about: Philosophical Essays*, 1988, pp. 11 ss. (publicado antes en *Journal of Philosophy* 68, 1971).
- FREUND, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre (AT)*, 2ª ed., Berlin, 2009.
- EL MISMO, «Richtiges Entscheiden – am Beispiel der Verhaltensbewertung aus der Perspektive des Betroffenen, insbesondere im Strafrecht», *GA (1991)*, pp. 396 ss.
- EL MISMO, *Erfolgsdelikt und Unterlassen: zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Köln, 1992.

- EL MISMO, «Vor §§ 13 ss.», en Joecks/Miebach (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, vol. I, 2ª ed., München, 2011.
 - EL MISMO, «Actio libera in causa vel omittendo bei Rauschdelikten im Straßenverkehr», *GA* (2014), pp. 137 ss.
- FRISCH, W., *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988.
- EL MISMO, *Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmässigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Köln, 1983.
 - EL MISMO, «Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre», *GA* (2003), pp. 719 ss.
- FRISCH, W./ROBLES PLANAS, R., *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, 2ª ed., Montevideo/Buenos Aires, 2006.
- GALLAS, W., «Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs», en Arthur Kaufmann (ed.), *FS-Bockelmann*, München, 1979, pp. 155 ss.
- GARZÓN VALDÉS, E., «¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?», *Doxa*, 5, (1988), pp. 155 ss.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad de la empresa*, Madrid, 2005.
- GÓMEZ MARTÍN, V., *El Derecho penal de autor. Desde la visión criminológica tradicional hasta las actuales propuestas del Derecho penal de varias velocidades*, Valencia, 2007.
- GONZÁLEZ LAGIER, D., *Acción y norma en G.H. Von Wright*, Madrid, 1995.
- GONZÁLEZ VICÉN, F., «La filosofía del Estado en Kant», en Kant, *Introducción a la Teoría del Derecho*, (introducción, estudio post. y trad. González Vicén), 2005.
- GONZÁLEZ-RIVERO, M. P., *Strafrechtliche Zurechnung bei Defekzuständen*, Berlin, 2001.
- GROTEGUTH, T., *Norm und Verbots(un)kenntnis: § 17 Satz 2 StGB*, Berlin, 1993.
- GUANAIS DE AGUIAR FILHO, O., *Imprudencia inconsciente y Derecho penal de la culpabilidad*, 2015, (tesis inédita).
- GÜNTHER, H.-L. *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1983.
- GÜNTHER, K., *Schuld und kommunikative Freiheit. Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat*, Frankfurt a.M., 2005.
- EL MISMO, «Individuelle Zurechnung im demokratischen Verfassungsstaat», *JRE* 2, (1994), pp. 143 ss.
 - EL MISMO, «Strafrechtliche Verantwortlichkeit in der Zivilgesellschaft», en Prittowitz/Manoledakis (eds.), *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende*, Baden-Baden, 2000, pp. 27 ss.

- HAAS, V., *Kausalität und Rechtsverletzung. Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe*, Berlin, 2002.
- HABERMAS, J., «Das Sprachspiels del verantwortlicher Urheberschaft und das Problem der Willensfreiheit. Wie lässt sich der epistemische Dualismus mit einem ontologischen Monismus versöhnen?», en Krüger (ed.), *Hirn als Subjekt?*, 2007, pp. 263 ss.
- HACKER, P.M.S., «Sanction Theories of Duty», en A. Simpson (ed.), *Oxford Essays on Jurisprudence (Second Series)*, Oxford, 1973, pp. 131 ss.
- HAFFKE, B., «El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal El significado de la distinción» (trad. Silva Sánchez), en Silva Sánchez (ed.) *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal. LH-Roxin*, Barcelona, 1995, pp. 129 ss.
- HARDWIG, W., *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, Hamburg, 1957.
- HARE, R.M., *El lenguaje de la moral* (trad. a cargo de G.R. Carrió y E.A. Rabossi), 1975.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*, 2ª ed., Oxford, 1994.
- EL MISMO, «The Ascription of Responsibility and Rights», en *Proceedings of the Aristotelian Society*, 49, (1948/49), pp. 175 ss.
 - EL MISMO, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 2ª ed., Oxford, 1970.
 - EL MISMO, «¿Hay derechos naturales?», en Hart, *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis* (trad. G. Carrió), Buenos Aires, 1962.
 - EL MISMO, «Legal Duty and Obligation», en *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, 1982, pp. 132 ss.
 - EL MISMO, «Self-referring Laws», *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, reimp., 1983, pp. 170 ss.
- HEGEL, G.W.F., *Principios de la Filosofía del Derecho*, (trad. Vernal), Barcelona, 1988.
- HEINE, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken*, Baden-Baden, 1995.
- HELLMANN, «Willfully Blind for Good Reason», *Crime, Law and Philosophy*, (3) 2009.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, 1986.
- EL MISMO, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, 2ª ed., Madrid, 2002.
- HERZBERG, R.D., *Willensunfreiheit und Schuldvorwurf*, Tübingen, 2010.
- HETTINGER, M., «Actio libera in causa», en el mismo (ed.), *Reform des Sanktionenrechts*, vol. 1, 2001, pp. 298 ss.
- HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, J., *Problemas del análisis del lenguaje moral*, Madrid, 1970.
- HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona, 2003.
- HIRSCH, H.J., «Zur actio libera in causa», en Eser (ed.), *FS-Nishihara*, Baden-Baden, 1998, pp. 88 ss.
- HOBBS, *Leviatán*, Cap. XXI, Opera, vol. III, Madrid, 2003.

- HOERSTER, N., «Ética jurídica sin metafísica», en Rodolfo Vázquez (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, 1998, pp. 214 ss.
- HOHFELD, W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, (trad. a cargo de G. Carrió), (1909), Buenos Aires, 1968.
- HOLD VON FERNECK, A., *Die Rechtswidrigkeit. Vol. I: Der Begriff der Rechtswidrigkeit*, Jena, 1903.
- HORN, E., «Actio libera in causa - eine notwendige, eine zulässige Rechtsfigur?», *GA* (1969), pp. 289 ss.
- HÖRNLE, T., «Die Obliegenheit, sich selbst zu schützen, und ihre Bedeutung für das Strafrecht», *GA* (2009), pp. 626 ss.
- LA MISMA, «Subsidiariedad como principio limitador. Autoprotección», (trad. Montaner Fernández) en Hirsch/Seelmann/Wohlens (ed. alemana), Robles Planas (ed. española), *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*, 2012.
- HOYER, A., *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann. Lebendiges und Totes in Kaufmanns Normentheorie*, Berlin, 1997.
- HRUSCHKA, J., *Strukturen der Zurechnung*, Berlin, 1976.
- EL MISMO, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., Berlin, 1988.
 - EL MISMO, «Die Unterscheidung von Pflicht und Obliegenheit», en Matt. Kaufmann (ed.) *Recht auf Rausch und Selbstverlust durch Sucht. Vom Umgang mit Drogen in der liberalen Gesellschaft*, Frankfurt a.M., 2003, pp. 291 ss.
 - EL MISMO, «Die actio libera in causa bei Vorsatztaten und bei Fahrlässigkeitstaten», *JZ* 1 (1997), pp. 22 ss.
 - EL MISMO, «Die actio libera in causa – speziell bei § 20 StGB mit zwei Vorschlägen für die Gesetzgebung», *JZ*, (1996), pp. 64 ss.
 - EL MISMO, «La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf. Sobre la historia y el significado de la diferencia entre *actio libera in se* y *actio libera in sua causa*» (trad. Pastor Muñoz), en el mismo, *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, (ed. a cargo de Sánchez-Ostiz), Pamplona, 2005, pp. 55 ss.
 - EL MISMO, «Pflichtenkollisionen und Pflichtenkonkurrenzen», en Canaris/Diederichsen (eds.), *FS-Larenz*, 1983, pp. 257 ss.
 - EL MISMO, «Reglas de comportamiento y reglas de imputación» (trad. Baldó Lavilla), en el mismo, *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, 2ª ed. (a cargo de Sánchez-Ostiz), Montevideo/Buenos Aires, 2009, pp. 27 ss.
 - EL MISMO, «Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen», *ZStW* 110 (1998), pp. 581 ss.
 - EL MISMO, «Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln», *Rechtstheorie* 22 (1991), pp. 449 ss.
 - EL MISMO, «Das Strafrecht neu durchdenken! Überlegungen aus Anlaß des Buches von George P. Fletcher, Rethinking Criminal Law», *GA* (1981), pp. 237 ss.

- EL MISMO, «Imputation», en *Brigham Young University Law Review (BYULRev)*, 3 (1986), pp. 669 ss.
- EL MISMO, «Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit», en Arthur Kaufmann (ed.) *FS-Bockelmann*, München, 1979, pp. 421 ss.
- EL MISMO, «Der Einfluss des Aristoteles und der Aristoteles Rezeptionen auf die Bildung heutiger Rechtsbegriffe am Beispiel der “actio libera in causa”», en H. de Wall/Germann (eds.) *FS-Link*, Tübingen, 2003, pp. 687 ss.
- EL MISMO, «Drei Vorschläge Kants zur Reform des Strafrechts», en Jahn/Kudlich/Streng (eds.), *FS-Stöckel*, Berlin, 2010, pp. 88 s.

HRUSCHKA, J./JOERDEN, J., «Supererogation: Von deontologischen Sescheck zum deontologischen Zehneck», *ARSP* 73 (1987), pp. 93 ss.

HÜBNER, Ch., *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung*, Berlin, 2004.

HUERTA TOCILDO, S., *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Madrid, 1984.

JAKOBS, G., *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin, 1972.

- EL MISMO, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (AT)*, 2ª ed., Berlin, 1991.
- EL MISMO, «Culpabilidad y prevención», (trad. Suárez González), en el mismo, *Estudios de Derecho penal*, (estudio preliminar a cargo de Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá), Madrid, 1997, pp. 73 ss.
- EL MISMO, «Comportamiento evitable y sistema del Derecho penal», (trad. Cancio Meliá), en el mismo, *Estudios de Derecho penal*, (estudio preliminar a cargo de Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá), Madrid, 1997, pp. 147 ss.
- EL MISMO, «Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern», *ZStW* 101 (1989), pp. 516 ss.
- EL MISMO, «El concepto jurídico-penal de acción», (trad. Cancio Meliá), en el mismo, *Estudios de Derecho penal*, (estudio preliminar a cargo de Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá), Madrid, 1997, pp. 101 ss.
- EL MISMO, en Feijoo Sánchez (ed.), *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, (trad. a cargo de Cancio Meliá), Madrid, 2003.
- EL MISMO, «Gleichgültigkeit als dolus indirectus», en *ZStW* 114 (2002), pp. 584 ss.
- EL MISMO, «Dolus malus», en Rogall (ed.), *FS-Rudolphi*, Neuwied, 2004, pp. 107 ss.
- EL MISMO, «Individuum und Person. Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung», *ZStW* 117 (2005), pp. 247 ss.
- EL MISMO, «¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juricidad», en Cancio/Feijoo (eds.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Pamplona, 2008, pp. 23 ss.
- EL MISMO, *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 1ª ed., Berlin, 1997; y 3ª ed., Berlin, 2011.

- EL MISMO, *Rechtswang und Personalität*, Paderborn, 2008.
 - EL MISMO, *Theorie der Beteiligung*, Tübingen, 2014.
 - EL MISMO, «Bemerkungen zu einigen Modelle des Vorverschuldens», en Saliger *et al.* (eds.) *FS-Neumann*, Heidelberg, 2017, pp. 899 ss.
- JESCHECK, H.-H., *Lehrbuch des Srafrecht: Allgemeiner Teil (AT)*, 4ª ed., Berlin, 1988.
- JESCHECK H.-H./WEIGEND, Th., *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil (AT)*, 5ª ed., Berlin, 1996.
- JOECKS, W., «§ 17», en Joecks/Miebach (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2ª ed., 2011.
- JOERDEN, J., *Strukturen der strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*, Berlin, 1988.
- EL MISMO, *Logik im Recht*, 2ª ed., Berlin, 2010.
- JOSHI JUBERT, U., *La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho penal. Ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto*, Barcelona, 1992.
- LA MISMA, «Normas de conducta y juicios de imputación», *LH-Gimbernat*, pp. 1080 ss.
- KAHRS, H.J., *Das Vermeidbarkeitsprinzip und die Conditio-Sine-Qua-Non-Formel im Strafrecht*, Berlin, 1968.
- KANT, I., *Crítica a la razón pura*, (trad. a cargo de García Morente), Madrid, 2004.
- EL MISMO, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, (trad. Rodríguez Aramayo), 2ª ed., 2012.
 - EL MISMO, *La Metafísica de las Costumbres*, (trad. a cargo de Cortina Orts y Conill Sancho), 4ª ed. 2005.
- KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und totes in Bindings Normentheorie*, 1954.
- KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2ª ed., Heidelberg, 1976.
- KELSEN, H., Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Wien, 1960.
- EL MISMO, *Teoría pura del derecho*, (trad. de la 2ª ed. alemana por R.J. Vernengo), México 1982.
 - EL MISMO, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, 1979.
- KINDHÄUSER, U.K., *Intentionale Handlung. Sprachphilosophische Untersuchungen zum Verständnis von Handlung im Strafrecht*, Berlin, 1980.
- EL MISMO, *Gefährdung als Straftat. Rechts-theoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt a.M., 1989.
 - EL MISMO, «Personalität, Schuld und Vergeltung. Zur rechtsethischen Legitimation und Begrenzung der Kriminalstrafe», *GA (1989)*, pp. 493 ss.
 - EL MISMO, «Zur Unterscheidung von Tat- und Rechtsirrtum», *GA (1990)*, pp. 407 ss.
 - EL MISMO, «Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht», en *JRE (1994)*, pp. 339 ss.

- EL MISMO, «Zur Logik des Verbrechensaufbaus», en Koch (ed.) *Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten auf neue Fragen?*, Berlin, 1997, pp. 77 ss.
 - EL MISMO, «Gleichgültigkeit als Vorsatz?», en Arnold *et al.* (eds.), *FS-Eser*, München, 2005, pp. 345 ss.
 - EL MISMO, «¿Indiferencia como dolo?», (trad. a cargo de García Cavero), en *Cuestiones actuales de Derecho penal general y patrimonial*, 2005, pp. 33 ss.
 - EL MISMO, «La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad», (trad. a cargo de J.P. Mañalich), en Kindhäuser/Mañalich, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Montevideo/Buenos Aires, 2011, pp. 68 ss.
 - EL MISMO, «Culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de derecho», (trad. a cargo de J.P. Mañalich), en Kindhäuser/Mañalich, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Montevideo/Buenos Aires, 2011, pp. 211 ss.
 - EL MISMO, «Reflexiones de teoría de las normas acerca del consentimiento en el Derecho Penal», (trad. J.P. Mañalich), en del mismo, *Teoría de las normas y sistemática del delito*, 2008, pp. 26 ss.
 - EL MISMO, «El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica de la teoría de la imputación objetiva», *InDret Penal 4/2008* (trad. a cargo de J.P. Mañalich).
 - EL MISMO, «Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff», en Paeffgen *at al.* (eds.), *FS-Puppe*, Berlin, pp. 39 ss.
 - EL MISMO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil (AT)*, 6ª ed., Baden-Baden, 2013.
 - EL MISMO, «Zur Funktion von Sorgfaltsnormen», en Hefendehl/Hörnle/Greco (eds.), *FS-Schünemann*, Berlin, 2014.
 - EL MISMO, «Acerca de la fundamentación de las exigencias de cuidado», (trad. a cargo de J.P. Mañalich), en *REJ 22 (2015)*, pp. 15 ss.
 - EL MISMO, «¿Qué es la imprudencia?», (trad. a cargo de J.P. Mañalich), en Mañalich (ed.), *La ciencia penal en la Universidad de Chile*, pp. 217 ss.
- KÖHLER, M., *Die bewusste Fahrlässigkeit. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg, 1982.
- EL MISMO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil (AT)*, Berlin, 1997.
- KRÜMPELMANN, J., «Schuldzurechnung unter Affekt und alkoholisch bedingter Schuldunfähigkeit», *ZStW 99 (1987)*, pp. 191 ss.
- KUDLICH, H., «Die Verletzung gesetzlicher Sondernormen und ihre Bedeutung für die Bestimmung der Sorgfaltspflichtverletzung», en Dannecker *et al.* (eds.), *FS-Otto*, Köln, 2007, pp. 373 ss.
- EL MISMO, «Objektives und subjektives Handlungsunrecht beim Vorsatzdelikt – zugleich Überlegungen zum Verhältnis zwischen Vorsatz- und Fahrlässigkeitsunrecht», en Kotsalis *et al.* (eds.), *FS-Benakis*, Atenas, 2008, pp. 265 ss.
- KUHLEN, L., «Besprechung von Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat*», *GA (1990)*, pp. 477 ss.

- KÜHL, K., «Die Bedeutung der Kantischen Unterscheidungen von Legalität und Moralität sowie von Rechtspflichten und Tugendpflichten für das Strafrecht – ein Problemaufriss», en Jung/Müller-Dietz/Neumann (eds.), **Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung**, Baden-Baden, 1991, pp. 139 ss.
- KUHN-PÄBST, G., *Die Problematik der actio libera in causa*, Mannheim, 1984.
- KÜPER, W., «Überlegungen zum sogenannten Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Fahrlässigkeitsdelikt», en Küper/Puppe/Tenckhoff (eds.), **FS-Lackner**, Berlin, 1987, pp. 247 ss.
- LACEY, N., «The Resurgence of Character: Responsibility in the Context of Criminalization», en Duff/Green (eds.), **Philosophical Foundations of Criminal Law**, Oxford, 2011, pp. 151 ss.
- LAMPE, E.-J., *Das personale Unrecht*, Berlin, 1967.
- LARENZ, K., **Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung**, (1927), Aalen, 1970.
- LENCKNER, Th., «§ 20», en Schönke/Schröder-StGB, nm. 33 ss.
- LESCH, H.H., «Unrechtseinsicht und Erscheinungsformen des Verbotsirrtum», **JA (1996)**, pp. 504 ss.
- EL MISMO, «Dolus directus, indirectus und eventualis», **JA (1997)**, pp. 802 ss.
 - EL MISMO, *Das Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln, 1999.
- LEUPOLD, H., *Die Tathandlung der reinen Erfolgsdelikte und das Tatbestandsmodell der „actio libera in causa“ im Lichte verfassungsrechtlicher Schranken*, Berlin, 2005.
- LIPPOLD, R., *Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin*, Wien, 1989.
- LOCKE, J., *Ensayo sobre el gobierno civil*, (trad. a cargo de Rodríguez Arana), 1981.
- LÜDERSSEN, K., «Erfolgszurechnung und Kriminalisierung», en Arthur Kaufmann (ed.), **FS-Bockelmann**, München, 1979, pp. 181 ss.
- LUZÓN PEÑA, D.-M., *Lecciones de Derecho penal. Parte General (PG)*, 3ª ed., Valencia, 2016.
- MACKIE, J.L., «Responsibility and Lenguaje», en el mismo, **Persons and Values. Selected Papers**, vol. II, 1985, pp. 28 ss.
- EL MISMO, **Ethics. Inventing Right and Wrong**, London, 1990.
- MALEM SEÑA, «La obediencia al Derecho», en Laporta/Garzón Valdés (coords.), **El derecho y la justicia**, Vol. 2, 1996, pp. 521 ss.
- MANSO PORTO, T., *Normunkenntnis aus belastenden Gründen*, Baden-Baden, 2009.
- MAÑALICH RAFFO, J.P., **Nötigung und Verantwortung. Rechtstheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht**, Baden-Baden, 2009.
- EL MISMO, «Determinismo, autonomía y responsabilidad penal», en Kindhäuser/Mañalich, **Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho**, Montevideo/Buenos Aires, 2011, pp. 181 ss.

- EL MISMO, «Norma e imputación como categorías del hecho punible», en *REJ* **12**, (2010), pp. 169 ss.
 - EL MISMO, «Pena y ciudadanía», en Kindhäuser/Mañalich, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Montevideo/Buenos Aires, 2011, pp. 116 ss.
 - EL MISMO, «El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno», en *RD* **1** (2011), pp. 87 ss.
 - EL MISMO, «Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno», en *RChD* **38-2** (2011), pp. 279 ss.
 - EL MISMO, «Reglas primarias de obligación. Las “reglas del derecho penal” en el concepto de derecho de H.L.A. Hart», *ZIS* **11/2012**.
 - EL MISMO, «El concepto de acción y el lenguaje de la imputación», en *Doxa* **35** (2012), pp. 663 ss.
 - EL MISMO, «La exculpación como categoría del razonamiento práctico», *InDret Penal* **1/2013**.
 - EL MISMO, «La permisibilidad del aborto como problema ontológico», *Derecho y Humanidades*, 23, 2014, pp. 305 ss.
 - EL MISMO, «Normas permisivas y deberes de tolerancia», *RChD*, **41** (2014), pp. 473 ss.
 - EL MISMO, *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros*, Madrid, 2014.
 - EL MISMO, «La imprudencia como estructura de imputación», en *RCP*, **3** (2015), pp. 13 ss.
 - EL MISMO, «Responsabilidad, autoridad y democracia. Una exploración crítica de la filosofía del derecho penal de Antony Duff», *Discusiones XVII*, 17, 1/2016, pp. 167 ss.
 - EL MISMO, «La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica», en *RChD* **44** (2017), pp. 461 ss.
- MARING, M., «Verantwortung und Korporationen», en Wieland (ed.), *Die moralische Verantwortung kollektiver Akteure*, Berlin, 2013, pp. 126 ss.
- MARTÍN LORENZO, M., *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, Valencia, 2009.
- MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal. Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Valencia, 2005.
- MAURACH, R., «Fragen der actio libera in causa», *JuS*, **1961**, pp. 373 ss.
- MENDOCA, D., *Introducción al análisis normativo*, Madrid, 1992.
- MEZGER, E., «Die Straftat als Ganzes», *ZStW* (1938), pp. 688 ss.
- MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., Barcelona, 1982.
- EL MISMO, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994.
 - EL MISMO, «Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal», en *ADPCP*, (1994), pp. 5 ss.
 - EL MISMO, *Derecho Penal. Parte General (PG)*, 4ª ed., Barcelona, 1996.

- EL MISMO, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed. reimp., Montevideo/Buenos Aires, 2003.
 - EL MISMO, «Norma de determinación, valoración de la norma y tipo penal», en García Valdés *et al.* (coords.) *LH-Gimbernat*, Madrid, 2008, pp. 1307 ss.
 - EL MISMO, *Derecho penal. Parte General (PG)*, 10ª ed., Barcelona, 2015.
- MIRÓ LLINARES, F., *Conocimiento e imputación en la participación delictiva: aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, Barcelona, 2009.
- EL MISMO, «Dolo y Derecho penal empresarial: debates eternos, problemas modernos», en *CPC 113 (2014)*, pp. 201 ss.
- MITSCHE, W., *Rechtfertigung und Opferverhalten*, Hamburg, 2004.
- MOHR, G., «Welche Freiheit braucht das Strafrecht?», en Lampe/Pauen/Roth (eds.), *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*, Frankfurt a.M., 2008, pp. 72 ss.
- EL MISMO, «Rechtskultur, Demokratie und Menschheit in unserer Person. Von der Pflicht gegen uns selbst zur Selbstgesetzgebung», en Dhouib (ed.) *Demokratie, Pluralismus, Menschenrechte. Transkulturelle Perspektiven*, Weilerswist, 2014, pp. 27 ss.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema de la teoría del delito*, Barcelona, 2001.
- EL MISMO, «Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)», *AFDUAM 4 (2000)*, pp. 57 ss.
 - EL MISMO, «Cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal», en *LH-Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005.
- MONTIEL, J.P., «Sobre la relevancia de la distinción entre incumbencias y deberes en la dogmática jurídico-penal. A su vez, reflexiones a propósito del *Vorverschulden*», en Carnevali (ed.) *Derecho, sanción y justicia penal*, Montevideo/Buenos Aires, 2017, pp. 3 ss.
- EL MISMO, «Vorverschulden als Pflichtverletzung. Zur strafrechtlichen Relevanz der Unterscheidung von Pflichten und Obliegenheiten», Safferling *et al.* (eds.), *FS-Streng*, Heidelberg, 2017, pp. 101 ss.
- MOORE, M.S., *Placing Blame. A Theory of the Criminal Law*, Oxford, (1997), 2012.
- EL MISMO, «Prima Facie Moral Culpability», *Boston University Law Review*, vol. 76, pp. 320 ss.
- MORESO, J.J./VILAJOSANA, J.M., *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, 2004.
- MURMANN, U., «Zur Berücksichtigung besonderer Kenntnisse, Fähigkeiten und Absichten bei der Verhaltensnormkonturierung», en Putzke *et al.* (eds.), *FS-Herzberg*, Tübingen, 2008, pp. 123 ss.
- EL MISMO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3ª ed., München, 2015.
- MÜSSIG, B., «Zurechnungsformen als gesellschaftliche Praxis», en Pawlik/Zaczyk (eds.), *FS-Jakobs*, Berlin, 2008, pp. 405 ss.
- NAGLER, J., «Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit», *FS-Binding*, vol. 2, (reimpr. de la edición de Leipzig 1911), Aalen, 1974.

- NAVARRO LÓPEZ, P.E., *La eficacia del Derecho. Una investigación sobre la existencia y funcionamiento de los sistemas jurídicos*, Madrid, 1990.
- EL MISMO, «Validez y eficacia de las normas jurídicas», en Garzón Valdés/Laporta (eds.), *El derecho y la justicia*, Barcelona, 2000, pp. 209 ss.
- NEUMANN, U., *Zurechnung und „Vorverschulden“. Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin, 1985.
- EL MISMO, «Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit», *ZStW* 99 (1987).
 - EL MISMO, «Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung», en *GA* (1985), pp. 389 ss.
 - EL MISMO, «Konstruktion und Argument in der neueren Diskussion zur actio libera in causa», en *FS-Arthur Kaufmann*, 1993, pp. 581 ss.
 - EL MISMO, «Ontologische, funktionale und sozialetische Deutung des strafrechtlichen Schuldprinzips» en Lüderssen (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, vol. 1: Legitimationen*, 1998, pp. 391 ss.
 - EL MISMO, «§ 17» en Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4ª ed., Baden-Baden, 2014.
- NIETO MARTÍN, A., *El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*, Barcelona, 1999.
- EL MISMO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008.
- NINO, C.S., «¿Son prescripciones los juicios de valor?», en el mismo, *La validez del derecho*, Buenos Aires, 1985.
- OLAIZOLA NOGALES, I., *El error de prohibición: especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, Madrid, 2007.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., *La excusa del positivismo. La presunta superación del «positivismo» y el «formalismo» por la dogmática penal contemporánea*, Pamplona, 2007.
- EL MISMO, «¿Dolo como reproche? Observaciones sobre método y axiología en la propuesta de abandono de la idea de dolo como estado mental», en *Pensar en derecho*, 2, (2013), pp. 357 ss.
- OTTO, H., «Vorverschulden und Rechtsmissbrauch», en Freund *et al.* (eds.), *FS-Frisch*, Berlin, 2013, pp. 589 ss.
- PAWLIK, M., *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation der Strafe*, Berlin, 2004.
- EL MISMO, «Selbstgesetzgebung der Regierten: Glanz und Elend einer Legitimationsfigur», en *Recht und Politik. ARSP* 93, 2004, pp. 115 ss.
 - EL MISMO, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, 2012.

- EL MISMO, «Solidarität als strafrechtliche Legitimationskategorie: das Beispiel des rechtfertigenden Aggressivnotstandes», en Hruschka/Joerden (eds.), *Grund und Grenzen der Solidarität in Recht und Ethik*, Berlin, 2014, pp. 137 ss.
 - EL MISMO, «Vom Nutzen der Philosophie für die Allgemeine Verbrechenslehre», *GA* (2014), pp. 369 ss.
 - EL MISMO, *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, (trad. a cargo de Robles Planas, Pastor Muñoz, Coca Vila, García de la Torre), Barcelona, 2016.
- PEÑARANDA RAMOS, E., «Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del Derecho penal», en *RPDJP* 2 (2001), pp. 401
- PÉREZ DEL VALLE, C., *La imprudencia en el Derecho penal. El tipo subjetivo del delito imprudente*, Barcelona, 2014.
- PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid, 1990.
- PERRON, W., «Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im System der Strafbarkeitsvoraussetzungen», en Eser/Nishihara (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, vol. IV, Freiburg, pp. 67 ss.
- PHILIPPS, L., *Der Handlungsspielraum. Untersuchungen über das Verhältnis von Norm und Handlung im Strafrecht*, Frankfurt a.M., 1974.
- PÍO XII, *Discurso de S. S. Pío XII al VI Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal. (En Castelgandolfo el 3 de octubre de 1953)*. Texto íntegro disponible en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1953-30044300458 (trad. por Quintano Ripollés).
- PUPPE, I., «Grundzüge der *actio libera in causa*», en *JuS* (1980), pp. 346 ss.
- LA MISMA, *Vorsatz und Zurechnung*, Hiedelberg, 1992.
 - LA MISMA, «§ 15», en Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch (NK)*, 5ª ed., Baden-Baden, 2017.
- QUANTE, M., *Person*, 2ª ed., Berlin, 2012.
- EL MISMO, *Personales Leben und menschlicher Tod. Personale Identität als Prinzip der biomedizinischen Ethik*, Frankfurt a.M., 2002.
 - EL MISMO, *Einführung in die Ethik*, 5ª ed., Darmstadt, 2013.
 - EL MISMO, «Being Identical by Being (Treated as) Responsible», en Kühler/Jelinek (eds.), *Autonomy and the Self*, Heidelberg/New York/London, 2013.
- RADBRUCH, G., *Der Mensch im Recht*, Göttingen, 1957.
- EL MISMO, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem: Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*, 1967.
- RAGUÉS I VALLÈS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 1999.

- EL MISMO, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Barcelona, 2007.
- RAWLS, J., «Legal Obligation and the Duty of Fair Play», en Hook (ed.), *Law and Philosophy*, 1964, pp. 3 ss.
- RAZ, J., *The Concept of a Legal System*, Oxford, 1970.
- EL MISMO, *Practical Reason and Norms*, 2ª ed. (*Postscript*), Oxford, 1990.
- EL MISMO, *Razón práctica y normas*, (trad. a cargo de Ruiz Manero), Madrid, 1991.
- EL MISMO, *From Normativity to Responsibility*, Oxford, 2011.
- RENZIKOWSKI, J., *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen, 1997.
- EL MISMO, «Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtstheorie», en Dölling/Erb (eds.), *FS-Gössel*, 2002, pp. 3 ss.
- EL MISMO, «Pflichten und Rechte. Rechtsverhältnis und Zurechnung», en *GA (2007)*, pp. 561 ss.
- EL MISMO, «Straftheorie bei Hobbes und Bentham –zur Unterscheidung zwischen Verhaltens- und Sanktionsnormen», en *Leipziger Juristisches Jahrbuch* 7, 2010/11, pp. 26 ss.
- EL MISMO, «Vor § 13», en *Matt/Renzikowski, StGB-Kommentar*, München, 2013, pp. 91 ss.
- EL MISMO, «Gegenstand der Norm», en Borowski/Paulson/Sieckmann (eds.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System*, Tübingen, 2017, pp. 631 ss.
- REYES ROMERO, Í., «Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva», *Revista Ius et Praxis*, 2015, pp. 137 ss.
- EL MISMO, «Una aproximación a la imputación a título de imprudencia en el Código penal chileno», *RDPUCV*, 2016, pp. 245 ss.
- ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003,
- EL MISMO, «Balance y perspectiva propia», en Frisch/Robles (autores), *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, 2ª ed., Montevideo/Buenos Aires, 2006.
- EL MISMO, «El “hecho propio” de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008», en *InDret Penal* 2/2009.
- EL MISMO, «La identidad de la dogmática jurídico-penal», *ZIS* 2/2010, pp. 132 ss.
- EL MISMO, «La “teoría de la imputación objetiva”: algunas consideraciones sobre sus orígenes y futuro», en Frisch (autor), *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*, (trad. a cargo de Coca Vila), 2015, pp. 33 ss.
- RÖDIG, J., «Zur Problematik des Verbrechensaufbaus», en Warda *et al.* (eds.), *FS-Lange*, Berlin, 1976, pp. 39 ss.
- RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., «Responsabilidad penal y contagio de Ébola. Reflexiones desde la doctrina de la imputación», *RDPC*, 16, (2014).

- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994.
- ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia* (trad. Genaro Carrió), 1963.
- ROSTALSKI, F., «Normentheorie und Fahrlässigkeit. Zur Fahrlässigkeit als Grundform des Verhaltensnormverstoßes», *GA* (2016), pp. 74 ss.
- ROTH, G., *Fühlen, Denken, Handeln. Wie das Gehirn unser Verhalten steuert*, Frankfurt a.M., 2001.
- ROXIN, C., *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre (AT)*, 4ª ed., München, 2006.
- EL MISMO, «Observaciones sobre la “actio libera in causa”», *ADPCP* (1988), pp. 21 ss.
- RUDOLPH, T., *Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht.: Der Vorrang von ex-ante-Betrachtungen gegenüber ex-post-Betrachtungen bei der strafrechtlichen Zurechnung*, Berlin, 2006.
- RUDOLPHI, H.-J., *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtum*, Göttingen, 1969.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, Montevideo/Buenos Aires, 2008.
- EL MISMO, «Repercusiones de la doctrina de la imputación en las teorías del delito de la actualidad», en *La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, Barcelona, 2014, pp. 41 ss.
 - EL MISMO, «La teoría jurídico-penal del delito y la doctrina clásica de la imputación», en *La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, Barcelona, 2014, pp. 49 ss.
 - EL MISMO, «Casos difíciles, teoría del delito y doctrina de la imputación. Un análisis desde la diferenciación entre reglas de conducta y reglas de imputación», en *La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, Barcelona, 2014, pp. 77 ss.
 - EL MISMO, «¿En qué medida imputa y es objetiva la “imputación objetiva”?», en *La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, Barcelona, 2014, pp. 105 ss.
 - EL MISMO, «La imputación al sujeto de sus defectos de imputación», en *La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, 2014, pp. 119 ss.
 - EL MISMO, «Teoría del delito, imputación extraordinaria e incumbencias», en *La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, Barcelona, 2014, pp. 139 ss.
 - EL MISMO, «La libertad del Derecho penal: ¿de qué hablamos cuando decimos libertad?», en *La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, Barcelona, 2014, pp. 179 ss.
 - EL MISMO, «Las incumbencias como normas de conducta», en Silar/Schwember (eds.), *Racionalidad práctica. Intencionalidad, normatividad y reflexividad. Comunicaciones a las*

- XLV Reuniones Filosóficas*. Cuadernos de Anuario Filosófico. Serie universitaria, nº 212 (2009).
- EL MISMO, «Por qué atenuar la pena en casos de imprudencia», *DJP* 20 (2014), pp. 33 ss.
 - EL MISMO, «¿Incumbencias en Derecho penal? Depende», en *InDret Penal* 1/2015.
 - EL MISMO, «Strafrechtliche Obliegenheiten und Zurechnung», en Safferling *et al* (eds.), *FS-Streng*, Heidelberg, 2017, pp. 137 ss.
 - EL MISMO, *Fundamentos de Política criminal. Un retorno a los principios*, Madrid, 2012.
- SCANLON, T.M., *Moral Dimensions: permissibility, meaning, blame*, Cambridge- Massachusetts, 2008.
- SCHMIDHÄUSER, E., *Form und Gehalt der Strafgesetze*, Göttingen, 1988.
- SCHREIBER, H.-L., *Der Begriff der Rechtspflicht. Quellenstudien zu seiner Geschichte*, Berlin, 1966.
- SCHUMANN, H./SCHUMANN, A., «Objektive Zurechnung auf der Grundlage der personalen Unrechtslehre?», en Hettinger *et al.* (eds.), *FS-Küper*, Heidelberg, 2007, pp. 543 ss.
- SCHÜNEMANN, B., «Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?», en Grünwald *et al.* (eds.), *FS-Schaffstein*, pp. 159 ss.
- EL MISMO, «Die Zukunft der Viktimo-Dogmatik: Die viktimologische Maxime als regulatives Prinzip zur Tatbestandseinschränkung im Strafrecht», en *FS-Hans Faller*, 1984, pp. 357 ss.
 - EL MISMO, «La función de delimitación de injusto y culpabilidad», (trad. a cargo de Suárez González), en Silva Sánchez (ed.) *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal. LH-Roxin*, Barcelona LH-Roxin, 1995.
- SEARLE, J.R., *La construcción de la realidad social*, (trad. a cargo de Antoni Domènech), 3ª reimpr., Barcelona, 2012.
- EL MISMO, *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*, Oxford, 2010.
- SEELMANN, K., «Paradojas de la orientación hacia la víctima en el Derecho penal», (trad. Nuñez Ojeda/Vogt Geisse) en Montiel (ed.), Seelmann (autor), *Estudios sobre Filosofía del Derecho*, Madrid, 2013, pp. 191 ss.
- EL MISMO, «¿Es el respeto un deber jurídico?», (trad. a cargo de G. Noemí Jugo y J.P. Montiel), en Montiel (ed.), Seelmann (autor), *Estudios sobre Filosofía del Derecho*, Madrid, 2013, pp. 39 ss.
 - EL MISMO, «¿Existen deberes de solidaridad en el Derecho penal?», en Montiel (ed.), Seelmann (autor), *Estudios sobre Filosofía del Derecho*, Madrid, 2013, pp. 73 ss.
- SHAPIRO, S., *Legalidad*, Madrid, 2014.
- SILVA OLIVARES, G.A., «Normas, razones y motivos. El rol de los motivos en el derecho penal», en Ormeño Karzulovic (ed.), *Acciones, razones y agentes. Ensayos sobre teoría de la acción e imputabilidad jurídica y moral*, Santiago de Chile, 2016, pp. 327 ss.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª ed., Montevideo/Buenos Aires, 2010.

- EL MISMO, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., Montevideo/Buenos Aires, 2010.
- EL MISMO, «Observaciones sobre el conocimiento “eventual” de la antijuridicidad», en *ADPCP (1987)*, pp. 647 ss.
- EL MISMO, «¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas», en el mismo, *Normas y acciones en Derecho penal*, Buenos Aires, 2003.
- EL MISMO, «Introducción: dimensiones de la sistematicidad en la teoría del delito», en Wolter/Freund (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Madrid/Barcelona, 2004.
- EL MISMO, «Prólogo», en Frisch/Robles Planas (autores), *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, 2ª ed., 2006, pp. XI ss.
- EL MISMO, «“Honeste vivere”», *InDret Penal 3/2010* (editorial).
- EL MISMO, «Prólogo», en Kindhäuser/Mañalich (autores), *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, 2011, pp. XIII ss.
- EL MISMO, «Mandato de determinación e imprudencia», *InDret Penal, 2/2012* (editorial).
- EL MISMO, «Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal», en Fernández Teruelo/González Tascón/Villa Sieiro (coords.), *LH-Suárez Montes*, 2013, pp. 715 ss.
- EL MISMO, *Medio siglo de dogmática penal alemana. (Un punto de vista iberoamericano)*, Bogotá, 2013.
- EL MISMO, «Teoría del delito y Derecho penal económico-empresarial», en Silva Sánchez/Miró Llinares (dirs.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Madrid, 2013.
- EL MISMO, «¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad», *InDret Penal 3/2014*.
- EL MISMO, *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, Buenos Aires, 2015.
- EL MISMO, «A vueltas con la *actio libera in causa*», *InDret Penal 4/2016* (editorial).
- EL MISMO, «Deberes de vigilancia y compliance empresarial», en el mismo, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2ª ed., 2016.
- EL MISMO, «La eximente de los “modelos de prevención de delitos”. Fundamento y bases para una dogmática», en el mismo, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2ª ed., 2016.
- EL MISMO, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: la discusión político-criminal y los modelos teóricos», en el mismo, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2ª ed., 2016.
- EL MISMO, «Sobre la construcción del hecho punible en la obra de Santiago Mir Puig», en Silva/Castiñeira/Corcoy/Queralt (eds.), *LH-Mir Puig*, 2018, pp. 877 ss.

- SIMMONS, A.J., *Moral Principles and Political Obligation*, 1974.
- STAMMLER, R., *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Berlin, 1922.
- STERNBERG-LIEBEN, D., «Grenzen fahrlässiger actio libera in causa», en Duttge *et al.* (eds.), **GS-Schlüchter**, Köln, pp. 217 ss.
- STOPPENBRINK, K., *Verantwortung für unabsichtliches Handeln. Rechtsphilosophische und handlungstheoretische Grundlagen der Fahrlässigkeit*, Baden-Baden, 2016.
- STRATENWERTH, G., «Vermeidbarer Schuldausschluß», en Dornseifer/Horn (eds.), **GS-Armin Kaufmann**, Köln-Berlin-Bonn, 1989, pp. 485 ss.
- EL MISMO, *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible (PG)*, (trad. de la 4ª ed. del *Manual* en lengua alemana a cargo Cancio Meliá y Sancinetti), Pamplona, 2005.
- STRENG, F., «Schuld ohne Freiheit? Der funktionale Schuldbegriff auf den Prüfstand», **ZStW 101 (1989)**, pp. 273 ss.
- STRUENSEE, E., «Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts», **JZ (1987)**, pp. 53 ss.
- STUCKENBERG, C.-F., *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht. Versuch einer Elementarlehre für eine übernationale Vorsatzdogmatik*, Berlin, 2007.
- STÜHLER, H., *Die actio libera in causa de lege lata und de lege: Eine Analyse von Rechtsprechung und Literatur verbunden mit einem Gesetzesvorschlag*, Würzburg, 1999.
- STURMA, D., «Person», en Sturma/Heinrichs (eds.), **Handbuch Bioethik**, Stuttgart, 2015, pp. 129 ss.
- SUMNER, L.W., *The Moral Foundations of Rights*, Oxford, 1990.
- TAYLOR, Ch., «Responsibility for Self», en A. O. Rorty (ed.) *The Identities of Persons*, California, 1976, pp. 287 ss.
- THON, A., *Rechtsnorm und subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, (reimpr. de la ed. de Weimar de 1878), Aalen, 1964.
- TOEPEL, F., *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin, 1992.
- TORÍO LÓPEZ, A., «El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos», **ADPCP (1974)**, pp. 25 ss.
- VARELA, L., *Dolo y error. Una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva*, Barcelona, 2016.
- VILAJOSANA, J.M., *El derecho en acción: la dimensión social de las normas jurídicas*, Madrid, 2010.
- VIVES ANTÓN, T.S., *Fundamentos del Sistema Penal. Acción significativa y Derechos Constitucionales*, 2ª ed., Valencia, 2010.
- VOGEL, J., *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikte*, Berlin, 1993.
- EL MISMO, «Normativierung und Objektivierung des Vorsatzes?», **GA (2006)**, pp. 386 ss.

- WALLACE, R. J., *Responsibility and the Moral Sentiments*, Cambridge-Massachusetts, 1996.
- WALTER, T., *Der Kern des Strafrechts. Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum*, Tübingen, 2006.
- WEINBERGER, O., «Der Begriff der Nicht-Erfüllung und die Normenlogik», en el mismo, *Studien zur Normlogik und Rechtsinformatik*, 1974, pp. 245 ss.
- WELZEL, H., «Studien zum System des Strafrechts», *ZStW* (1940), pp. 503 ss.
- EL MISMO, «Persönlichkeit und Schuld», *ZStW* (1941), pp. 457 ss.
 - EL MISMO, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, Göttingen, 1951.
 - EL MISMO, *Deutsches Strafrecht*, 11ª ed., Berlin, 1969.
 - EL MISMO, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, München, 1961.
- WERNER, M.H., «Verantwortung», en Düwell/Hübenthal/Werner (eds.), *Handbuch Ethik*, 3ª ed., 2011, pp. 541 ss.
- WILENMANN, J., *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff. Die Dogmatik des Defensivnotstands im Strafrecht*, Tübingen, 2014.
- WOLTER, J., *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlin, 1981.
- VON WRIGHT, G.H., *Norma y acción. Una investigación lógica*, (1963), (trad. a cargo de García Herrero), Madrid, 1970.
- EL MISMO, *La diversidad de lo bueno*, (1963), (trad. a cargo de González Lagier y Victoria Roca), Madrid, 2010.
 - EL MISMO, *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*, (1968), (trad. a cargo de Garzón Valdés), México, 1976.
 - EL MISMO, *Explicación y comprensión*, (1971), (trad. a cargo de Vega Reñón), Madrid, 1987.
 - EL MISMO, «El determinismo y el estudio del hombre», (trad. a cargo de Vega Reñón), en Manninen/Tuomela (eds.), *Ensayos sobre explicación y comprensión: contribuciones a la filosofía de las ciencias humanas y sociales*, Madrid, 1980, pp. 183 ss.
 - EL MISMO, «Problems and Prospects of Deontic Logic», en Agazzi, Evandro (ed.), *Modern Logic. A Survey*, 1981, pp. 399 ss.
 - EL MISMO, *Practical Reason. Philosophical Papers of G. H. von Wright*, vol. I, Oxford, 1983.
- ZACZYK, R., *Das Unrecht der versuchten Tat*, Berlin, 1989.
- ZAFFARONI, R., *Manual de Derecho penal. Parte General*, 6ª ed., Buenos Aires, 2002.
- ZIEGERT, U., *Vorsatz, Schuld und Vorverschulden*, Berlin, 1987.
- ZIMMERMAN, M.J., «Moral Responsibility and Ignorance», *Ethics*, 107, pp. 410 ss.

- EL MISMO, *Practical Reason. Philosophical Papers of G. H. von Wright*, vol. I, Oxford, 1983.

ZACZYK, R., *Das **Unrecht** der versuchten Tat*, Berlin, 1989.

ZAFFARONI, R., *Manual de Derecho penal. Parte General*, 6ª ed., Buenos Aires, 2002.

ZIEGERT, U., *Vorsatz, Schuld und Vorverschulden*, Berlin, 1987.

ZIMMERMAN, M.J., «Moral Responsibility and Ignorance», *Ethics*, 107, pp. 410 ss.