

IMPUTABILITAS E IMPUTATIO

Texto provisional

Carlos Pérez del Valle
Catedrático de derecho penal
Universitat Abat Oliba, Barcelona
perezdelvalle@uao.es

1. Imputación como aspecto nuclear en el derecho penal

Desde fines del S. XVIII, la teoría del derecho penal intenta presentarse con claridad como una coherente teoría de la imputación; en un sentido kantiano, imputación es el juicio por el que alguien es considerado autor -en el sentido más causal: Urheber (*causa libera*)- de una acción que se denomina hecho (*factum*) y queda bajo la ley¹. En ese mismo texto, la referencia de Kant a la *imputabilitas* es directamente capacidad de imputación, aunque no puede dejarse de lado que esta alusión a la imputabilidad lo es a un grado –por tanto, a algo susceptible de ser medido cuantitativamente- y este grado es concebido como subjetivo². Esta acepción, aunque muy similar a la que es comúnmente aceptada en la teoría moderna del derecho penal, presenta ciertas dificultades en su relación con el concepto de culpabilidad, y no sólo por razones de tipo conceptual, sino también vinculadas a la prueba de su existencia. No es extraño,

¹ Kant, *Metaphysik der Sitten*, Teoría del derecho-Introducción en la *Metafísica de la Moral* IV, p. 63 (227). Sobre esta cuestión, véase la exposición de Sánchez-Ostiz, en *Imputación y teoría del delito*, Buenos Aires-Montevideo, 2009, pp. 78 y ss. De esta obra puede consultarse también mi recensión en *Indret penal (Revista para el análisis del derecho)* 2010/2; <http://www.indret.com/pdf/723.pdf>).

² Kant, *Metaphysik der Sitten*, Teoría del derecho-Introducción en la *Metafísica de la Moral* IV, p. 64 (228).

en este sentido, que pueda pensarse en una presunción de la imputabilidad como capacidad de imputación en sentido estricto, lo que podría ser más discutido en otros aspectos relacionados con la culpabilidad³.

Es discutible que, en todo caso, la visión de que toda teoría del delito constituye una teoría de la imputación se haya desarrollado siempre de forma correcta⁴; pero en todo caso constituye la pretensión de fijar las condiciones que permiten atribuir el ilícito penal a un sujeto como “su” hecho y, por tanto, la contradicción objetivo-subjetiva a la vigencia, al derecho “como derecho”, si se entiende esto como una característica propia del derecho penal y diferente de las medidas que exigen

³ Cfr. a modo de ejemplo, las reflexiones de Stuckenberg sobre el canon 1321-§ 3 del Código de derecho canónico, y la presunción de imputabilidad (Untersuchungen zur Unschuldvermutung, Berlín, 1997, pp. 431-432); especialmente las indicaciones en p. 432 (nota 14) sobre la distinción entre imputabilitas moralis y la imputabilitas poenalis, y la reducción de ésta última en la doctrina canonista al dolo y la culpa. Desde luego, y en el sentido del texto, parece adecuada la solución de De Paolis (De sanctionibus in Ecclesiae, p. 58) sobre la presunción de imputabilidad moral, como presunción de un comportamiento libre y con capacidad de discernimiento, aunque existen opiniones diferentes, y no sin ausencia de fundamento. Habla de imputabilidad moral y jurídica de forma conjunta Andrea D’Auria, L’imputabilità nel diritto penale canonico, Roma, 1997, p. 147. Véase este concepto amplio, por ejemplo, en el texto del art. 1735 del Catecismo de la Iglesia Católica: “*Imputabilitas* et responsabilitas cuiusdam actionis minui possunt atque adeo supprimi propter ignorantiam, inadvertentiam, violentiam, metum, consuetudines, affectiones immoderatas et alias psychicas vel sociales causas”.

⁴ Aunque, como destaca Sánchez-Ostiz, no siempre lo haya conseguido de un modo correcto (...). Es cierto que la visión de Sánchez-Ostiz, como la de Hruschka, se trata de ceñir a un concepto kantiano de la imputación jurídica, y que ello puede ser discutido (cfr. mi recensión...); pero no cabe duda de que la afirmación es correcta: no siempre la teoría del delito ha sido una teoría de la imputación en sentido estricto.

el derecho civil o el derecho administrativo⁵. Esta concepción amplia de la imputación es frecuente en la doctrina, y resulta evidente cuando, antes del análisis de la teoría de la acción, se afirma que “la teoría de la imputación desarrolla los conceptos aplicados: comportamiento del sujeto, infracción de la norma, culpabilidad”⁶.

La razón por la que el concepto de imputación se extiende es evidente: la operación por la que se imputan hechos a sujetos no es exclusiva del derecho, ni del derecho penal; en realidad, el jurista, y muy especialmente el penalista, utiliza categorías morales⁷ que tienen, además un uso social más amplio, que lo es también en lo positivo: se atribuye una obra a su autor, o sus consecuencias, no sólo en un sentido negativo⁸. No es casualidad, por ello, que, aunque el derecho penal si se fija exclusivamente en las consecuencias de “malas” conductas⁹, periódicamente la doctrina penal vuelva a fijar los ojos en la ética aristotélica¹⁰.

⁵ En ese sentido, Köhler, *Strafrecht-AT*, p. 349.

⁶ Jakobs, *Strafrecht-AT*, 2ª edic, 6/1.

⁷ En este punto es preciso destacar otra cuestión: la relevancia metodológica del derecho canónico como elemento que ha permitido establecer un puente entre imputación de la teología moral e imputación del derecho penal.

⁸ Cfr. Hruschka/Joerden, en ASRSP 73 (1987), pp. 93 y ss.

⁹ Köhler, *Strafrecht-AT*, p. 348; a sensu contrario, destaca este aspecto Jakobs, *Strafrecht-AT*, 2ª edic, 6/2.

¹⁰ Por el contexto doctrinal en el que se produce, al vez en ese sentido es paradigmático el estudio de Richard Loening, *Die Zurechnung des Aristoteles*, publicado en 1906. En la actualidad, es de especial interés el planteamiento de Köhler, *Strafrecht-AT*, ya citado. Cfr. en ese sentido, Pérez del Valle, “Un ensayo sobre la teoría del derecho penal en Aristóteles”, en Caro (dir.), Homenaje al Prof. Polaino Navarrete, Lima (en prensa)-

Sin embargo, el uso técnico jurídico de la palabra imputación se ha reducido, básicamente, a la consideración de la atribución del comportamiento típico. La explicación podría venir de dos vías: por un lado, la creciente relevancia que se ha reconocido a la teoría de la imputación objetiva como correctora e incluso como sucedáneo adecuado de las teorías de la causalidad, lo que ha provocado que, en las exposiciones sobre la teoría del delito y, sobre todo, en la jurisprudencia, el uso de la palabra imputación se reduzca en muchas ocasiones a este aspecto¹¹; por otro, la separación entre dolo e imprudencia y culpabilidad, que fue característica de la teoría finalista de la acción y que es asumida como un claro avance en las concepciones personales de lo ilícito, ha sido causa –de forma muy acentuada¹²- de que el tipo subjetivo (esto es: dolo y culpa) sea asumido como la única “imputación subjetiva”¹³.

A esto se añade la doble vía del derecho penal como obstáculo a una consideración de la imputabilidad como exigencia previa de la responsabilidad penal. Una teoría del delito que estableciera como primer paso la determinación de si el sujeto al que se juzga es imputable o no, que fue característica en la doctrina clásica (Carrara, Rossi) y consustancial a la

¹¹ Esto es explicable por los propios orígenes de la teoría de la imputación objetiva en el derecho civil y, sobre todo, en Karl Larenz.....

¹² En la doctrina española es frecuente la referencia a la imputabilidad, en un sentido negativo, como lo que la doctrina alemana ha denominado capacidad de culpabilidad (Schuldfähigkeit) o, más directamente, capacidad de imputación (Zurechnungsfähigkeit); el uso de la expresión se vincula directamente con el significado más genuino de la *imputabilitas* y es, en ese sentido, correcto, pero permite explicar algunas confusiones como las que se señalan en el texto.

concepción del derecho penal de los autores hegelianos (Abegg, Berner, Köstlin; en este aspecto, sólo parcialmente Hälschner), quedaría reducida a un mero enunciado teórico si se considera la aceptación de la doble vía del derecho penal y, por tanto, la imposición de medidas de seguridad para el sujeto inimputable una vez que el juez ha comprobado –en el mismo procedimiento que sería aplicable a un sujeto imputable- que a aquél podría atribuirse la autoría del hecho punible. La contraposición entre *imputabilitas*, entendida como capacidad del sujeto para que le sea atribuido un hecho punible, e *imputatio*, es aquí evidente: es posible la “imputación” de un hecho a un “inimputable”, bien es verdad que de forma condicionada, porque se entiende que la imputación es posible tanto para la imposición de penas, como para la imposición de medidas. Esta desvinculación del derecho penal respecto del concepto de culpabilidad como el genuino del derecho penal ha condicionado, sin duda, el hecho de que la teoría de la acción fuese durante mucho tiempo el factor decisivo en la doctrina. Las razones por las que esto ha sucedido pueden estar relacionadas, a mi juicio, con los criterios que, inicialmente, habían condicionado esta teoría de la imputación y, muy especialmente, con una separación en el inicio –esto es, en Kant- entre la imputación a la acción como *causa libera*- y la punibilidad de la conducta.

2. ¿Imputabilitas del inculpabile o del impunibile?

Estas referencias al sistema de la teoría del delito me permiten un regreso ahora al concepto de *imputabilitas* en Kant: como ha

señalado Sánchez-Ostiz, designa posibilidad de atribución concreta de la acción y del hecho como un juicio que sigue a la valoración del hecho¹⁴. Si es posibilidad, significa también capacidad y, por tanto, la consideración de la imputabilidad, en un sentido negativo, como la referencia a las alteraciones que implican incapacidad de ser sujeto de *imputación* en el derecho penal. En ese sentido, adquieren especial relevancia algunas reflexiones de Kant en torno al *ius necessitatis*, en las que explícitamente alude al riesgo para la vida que no procede de quien me agrede (denn es ist hier nicht von einem ungerechter Angreifer auf mein Leben). Es el conocido caso de Karneades, del naufrago que priva al otro superviviente de la única tabla que permite la salvación, y que Kant resuelve con una crítica evidente a los juristas de la época: “el acto de supervivencia (de autoconservación) no puede ser juzgado como no sujeto a pena (unsträflich, *inculpabile*), sino como no susceptible de ser penado (unstrafbar, *impunibile*); esta impunidad subjetiva es objeto de una sorprendente confusión con una impunidad objetiva (conforme a la ley) por parte los profesores de derecho”¹⁵.

Una lectura detenida del pasaje lleva a coincidir en principio con Hruschka, cuando intenta traducir estas afirmaciones a las categorías de la dogmática moderna: para

¹⁴ Imputación y teoría del delito, pp. 135-136.

¹⁵ Kant, *Metaphysik der Sitten*, Teoría del derecho-Introducción en la teoría del derecho, anexo II, p. 73 (235-236).

Kant, *inculpabile* es justificado e *impunibile* es excusado¹⁶. Ciertamente, la cuestión aparece clara desde el punto de vista de la justificación, sobre todo en la diferenciación entre el la legítima defensa y el *ius necessitatis* cuando existe peligro para la vida. El problema es, sin embargo, distinto, cuando se intenta explicar lo *impunibile* en Kant y, muy especialmente, en este pasaje; la exclusión “subjetiva” de la pena que no exime de la infracción del derecho, del carácter antijurídico del comportamiento, aunque se trata de un comportamiento de un agente libre. El debate originado en torno al concepto normativo de la culpabilidad¹⁷, precisamente por quienes eran deudores evidentes del neokantismo, está directamente relacionado con esta cuestión.

De hecho, uno de los aspectos esenciales de la teoría normativa de la culpabilidad desarrollada por Goldschmidt en su concepto del estado de necesidad disculpante es la existencia de un elemento normativo de la culpabilidad distinto del hecho psíquico del dolo o de la imprudencia, en torno al cuál se explica la inexigibilidad, como análogo a la justificación, pero en sede de culpabilidad¹⁸: se trata de una situación en la que no puede

¹⁶ Cfr. Hruschka, “Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe: Das Brett des Carneades bei Gentz und Kant”, *Goldammer's Archiv-1991*, pp. 1 y ss.

¹⁷ Una exposición sucinta pero extraordinariamente ilustrativa sobre las diferentes visiones del concepto desde la extensión de Frank o Radbruch a Mezger, con explicación también de las posiciones de Goldschmidt, Freudenthal y Eb. Schmidt, en Jakobs, AT, 2ª edic., 17/7 y ss. En particular con el aspecto de la inexigibilidad y con referencias también a Sauer o M.E. Mayer, en Pérez del Valle, “La discusión actual sobre la delincuencia por convicción”, en *Cuadernos de Política Criminal-1999*.

¹⁸ Goldschmidt, “Der Nostand. Ein Schuldproblem”, *Österreichische Zeitschrift für Strafrecht-1913*, pp. 129 y ss, 224 y ss, especialmente en p. 162.

exigirse al autor motivarse de acuerdo con el deber, porque este contexto implica un motivo aceptado y predominantemente subjetivo¹⁹. Goldschmidt acepta que se trata de una motivación “anormal”: es sujeto culpable quien, no siendo inimputable, tenía una “motivación normal”; en cambio, a quien -en esas mismas circunstancias respecto a la imputabilidad que implicaban la posibilidad de ser destinatario de las normas jurídicas- tenía una “motivación anormal”, le era inexigible el seguimiento de las normas jurídicas y, por ello, el derecho penal debería considerarle no culpable²⁰.

En la perspectiva filosófica neokantiana, y especialmente en la órbita de la escuela de Marburgo, la cuestión de las excepciones había sido indicada por Stammler al señalar particularmente su positivización²¹ en la consecución del derecho justo, aunque ésta no es necesaria. Es más: claramente indica que no es una exigencia del “derecho correcto” (das richtige Recht) la renuncia a dejar sin efecto ciertas amenazas de pena que se han sucedido históricamente y que son injustas²². Y esto es posible –que haya leyes penales que no caben en el “derecho correcto”- porque la regulación jurídica es una forma

¹⁹ Goldschmidt, “Der Nostand”, p. 160.

²⁰ Cfr. Goldschmidt, “Normativer Schuldbegriff”, en Hegler (dir.), *Festgabe für Reinhard von Frank*, Tübingen, 1930, pp. 428 y ss, en particular p. 447 : “la ‘motivación normal’ no es la única exigencia de la exigibilidad y de la reprochabilidad ; sin embargo, la ‘motivación anormal’ es la única exigencia de la inexigibilidad”.

²¹ Stammler, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1922, p. 97, aunque en este aspecto de determinación en el derecho positivo de las excepciones a la prohibición, sin diferenciación entre legítima defensa necesaria y los excesos no punibles, porque han sido motivados por miedo.

²² Stammler, *Lehre von dem richtigen Rechte*, 1902, p. 490.

más de regulación social²³; la contraposición del “derecho correcto” de Stammler al iusnaturalismo –que de forma muy aguda sitúa en el tomismo²⁴- abunda en ese sentido, porque lo que caracteriza la teoría del derecho correcto es que se trata tan sólo del método de determinación de lo justo en un determinado derecho²⁵, que incluso defiende como justificación del acto individualizado en ejercicio del derecho de gracia, aunque el último fundamento y garantía se encuentra en el deber moral²⁶. En otras palabras: la tarea de determinación del derecho justo, que es en realidad una labor interpretativa dentro del mismo orden jurídico, explica una configuración del derecho correcto que no ha de coincidir con las previsiones de pena que resultarían de una interpretación gramatical de la ley.

Es interesante comprobar si en la escuela sudoccidental el posicionamiento es similar. Emil Lask se sitúa de un modo crítico: dice explícitamente que el “derecho en sentido subjetivo” no puede resolver sin más las deficiencias de una mera relación en abstracto entre derecho y realidad prejurídica

²³ Stammler, *Lehre*, p. 112.

²⁴ En Stammler no hay debate con el iusnaturalismo racionalista, porque correctamente sitúa el derecho natural en el lado del iusnaturalismo tomista y, de forma muy especial, en Cathrein (*Lehre*, p. 113 y ss). A mi juicio, Stammler entiende que su concepción del derecho justo supera –sin embargo, ocupa el mismo espacio- que el iusnaturalismo racionalista; su explícito apoyo a una concepción contractualista del derecho, aunque sólo cita a Rousseau (cfr. *Lehre*, p. 112), respaldaría esta consideración.

²⁵ Stammler, *Lehre*, p. 114.

²⁶ Stammler, *Lehre*, p. 144-145; especialmente en p. 144: “la gracia es la activación del derecho justo sin coacción jurídica, meramente sobre el fundamento del deber moral”. En p. 145, cuando explica que el fundamento de la institución está vinculado a razones sociales, explica que la moral es, precisamente, la única garantía del derecho de gracia.

y, en la perspectiva del método, intenta resolver el problema del enlace entre la significación jurídica y el substrato real en el caso particular²⁷. Como Lask no cree que este enlace entre el mundo del ser y el mundo de la vigencia dependa de una referencia al derecho en un sentido objetivo, ni tan siquiera de la relación entre separación entre derecho objetivo y subjetivo²⁸, En su opinión, la compenetración del mundo del derecho concretizado y la realidad viva debería precaverse de malentendidos, propone de forma general un tratamiento teleológico de la psicología y en conceptos vinculados a la ética como actividad de la voluntad contraria al deber, dolo, responsabilidad o libertad de voluntad la cuestión de lo “prejurídico” residiría en los valores y lo metodológico en la comparación entre conceptos filosóficos y empíricos²⁹.

Un elemento común a Stammler y a Lask: en ningún caso se hace referencia al “derecho en un sentido subjetivo” tal como lo refiere Kant para el caso de necesidad, mientras ambos se apoyan en un desarrollo teleológico de los conceptos. Que Stammler se refiere al mismo tema cuando alude a la corrección de eximir de pena cuando la sanción parece injusta –lo hace en referencia también el estado de necesidad como excepción- si esto se pone en relación con el deber moral como garantía de una concepción de la institución de la gracia que sirve para la

²⁷ Lask, “Rechtsphilosophie”, en *Die Philosophie im Beginn des 20. Jahrhunderts-Festschrift für Kuno Fischer*, 2.Bd. (Separata), Heidelberg, 1925, pp- 1y ss, pp. 37-38.

²⁸ Lask, “Rechtsphilosophie”, pp. 39-40.

²⁹ Lask, “Rechtsphilosophie”, p. 42.

corrección del derecho, no me parece dudoso. Que Lask engloba en la comparación de conceptos filosóficos y empíricos ese mismo tema, en tanto afecta a la responsabilidad como aspecto tangente a la ética y al derecho, me parece posible; y que evidentemente trata de huir de la terminología de Kant respecto a lo subjetivo, es evidente. Me parece, entonces, que debe avanzarse una conclusión parcial: lo “subjetivo” que Kant propone como criterio de solución en torno a la imposibilidad de ser penado (*impunibilitas*) es entendido por los neokantianos como un condicionamiento de desarrollo del derecho –en sentido objetivo y subjetivo- derivado del método teleológico.

Pero entonces queda abierta la consideración de, en qué medida para Kant, la imputabilidad es “subjetiva”: “subjetivo es el grado de capacidad de imputación (*imputabilitas*) de las acciones según la dimensión de los impedimentos a ponderar, que por tanto han debido ser superados – “Cuanto mayor es el impedimento natural (derivado de los sentidos), menor es el obstáculo moral (del deber), y por ello más se atribuye el hecho bueno como mérito (...) Por el contrario: cuanto menor es el impedimento natural, mayor el impedimento por causa del deber, y por ello más es imputada la infracción (como culpabilidad)”³⁰. Es llamativo, en este sentido, que Kant aluda a lo subjetivo como elemento de cuantificación; es subjetivo el grado de capacidad de imputación que puede determinarse cuantitativamente y que puede ser medido. Por este motivo, este último pasaje es interpretado correctamente cuando se indica

³⁰ Ver nota 2.

que Kant alude a direcciones de los sentidos o a la motivación³¹; y esto deja en evidencia que Kant alude, porque lo hace en términos cuantitativos, a la motivación; en particular, en el derecho, a una motivación exterior y, en el derecho penal, a una mayor o menor posibilidad de motivación del autor por la amenaza de la pena³². *Imputabilitas* Y este sentido es el mismo que Kant atribuye a la *impunibilitas* y esto no es contrario a la visión de Stammler o Lask: su visión se corresponde con el hecho de que lo subjetivo

Este concepto es, desde mi punto de vista, coincidente con “el derecho en un sentido subjetivo” de quien actúa en forma *impunibile*, y que los neokantianos tradujeron huyendo de esa terminología. Kant alude a lo “subjetivo” en un sentido crítico-trascendental, en la medida que es dependiente de las funciones del sujeto cognoscente, sin relación con lo que ella es en sí; y las funciones del sujeto cognoscente son los sentidos, el entendimiento y la razón³³. De una forma muy intensa queda asimilado lo subjetivo a lo interno y lo objetivo a lo externo, lo que facilita a Kant su comprensión del derecho en un traslado de la articulación del imperativo categórico a la regulación puramente exterior³⁴. Podría discutirse entonces sobre la

³¹ Sharon Byrd (“On Getting the Reasonable Person out the Courtroom”, *Ohio State Journal on Criminal Law* 2-2005, p. 571 y ss, p. 576).

³² Byrd (“On Getting”, p. 576) diferencia claramente en términos kantianos la motivación por el mero deber que corresponde a la moral y la motivación externa propia del derecho.

³³ Rudolf Eisler, *Kant-Lexicon* (1930), “Subjektiv”: esto implica que no es subjetivo en el sentido más sencillo (“lo relativo al sujeto”), que Eisler no descarta en Kant, pero que no es el significado kantiano en sentido estricto.

³⁴

posibilidad de medición –claramente en el caso de la *imputabilitas*- de algo que es subjetivo como interno; pero esta visión crítico-trascendental de lo subjetivo, para Kant, no significa que no sea simultáneamente objetivo como fenómeno, esto es, como determinación necesaria de objeto de la experiencia³⁵, y precisamente en ese sentido es posible su medición.

Pero de esta forma deja de lado Kant la definición de lo que es, en realidad, la imputabilidad: *imputabilitas*, de todos modos, no puede ser otra cosa que una cualidad que se predica del sujeto, a partir de la cuál es posible considerarle responsable del hecho y, por ello, susceptible de imputación. El interés de esta cuestión es radical, a mi juicio: si se puede afirmar esto de forma tajante, es posible diferenciar entre sujetos de quienes puede ser predicada una imputación jurídica y aquellos sujetos sobre los cuáles es imposible hacer recaer esta imputación. No se trata de una cualidad del acto, sino de una cualidad del sujeto, que no es medible: o se es imputable o no se es y, si se quiere ser más determinante en las expresiones, o se es capaz de ser culpable o no se es.

En todo caso, en el texto de Kant sobre la *imputabilitas* hay un aspecto todavía a considerar: la relación inversa entre obstáculos naturales y obstáculos morales. En la forma en que intento desarrollar la cuestión, debería alcanzarse sin dificultad

³⁵ Rudolf Eisler, Kant-Lexicon, “Subjektiv” (loc.cit.), indica como ejemplo el espacio y el tiempo: para Kant son subjetivos, aunque permiten la ordenación de lo sensible de acuerdo con determinadas leyes; el espacio, expresado de forma muy clara, tiene “realidad empírica”, pero “idealidad trascendental”.

la conclusión de que existen “obstáculos naturales” que convierten al sujeto en inimputable y cuya desaparición cae fuera de las competencias y de las posibilidades del mismo sujeto; pero podría también inferirse que la desconsideración de obstáculos morales depende en ocasiones del propio sujeto, en la medida que la inexistencia de “obstáculos naturales” permite tenerlos en cuenta. Interesa ahora clarificar esta segunda afirmación: el sujeto imputable es aquél en quien no existen “obstáculos naturales” que impidan la actuación del deber moral, si se sigue la expresión empleada por Kant en el pasaje comentado, aunque, como se ha indicado, en un sentido totalmente distinto. En todo caso, se podría indicar que Kant, al utilizar estas palabras, está aludiendo a la imputación moral; pero aunque ello no se niegue, puede mantenerse que no es posible la imputación jurídica para quien no lo es la imputación moral. En otras palabras: al derecho penal le es imposible reconocer la capacidad de culpabilidad penal de quien, sin duda, no puede ser considerado responsable moral de sus hechos; aunque, pese al reconocimiento de la responsabilidad moral, el derecho pueda admitir ausencia de capacidad de culpabilidad. Esta capacidad de imputación moral es, según creo, una dimensión subjetiva, en tanto que referida al sujeto de forma exclusiva. En ese sentido, la responsabilidad del sujeto no podría prescindir de su comportamiento pasado, de sus tendencias o de sus hábitos, pues de otro modo dejaría de ser genuinamente subjetiva.

3. Derivaciones del estudio: a modo de hipótesis

De las reflexiones precedentes, que evidentemente no implican sino algunos de los pasos en una determinada línea de reflexión, creo que podrían derivarse algunas hipótesis que pueden ser sometidas a discusión:

1ª El debate sobre la culpabilidad debe centrarse en la referencia a la capacidad de culpabilidad (imputabilidad), pues quien no es capaz de ser culpable no puede ser castigado con una pena; por tanto, quien sí lo es, reúne las características propias para que le sea imputado un hecho punible.

*A la objeción que surgiría de considerar otras funciones de la culpabilidad, como la culpabilidad entendida como “medida de la pena”, debe responderse que sólo puede llegarse a estas funciones si se concretan cuáles son las exigencias básicas de imputabilidad y el principio al que responden.

2ª El principio que determina la concurrencia de estas características es, tan sólo, el fundamento moral de la culpabilidad: únicamente es capaz de culpabilidad (imputable) en el derecho penal quien tiene la capacidad moral para asumir la responsabilidad de sus actos (por tanto, libertad). Cualquier otra explicación no supone en realidad un fundamento de la culpabilidad, sino simplemente explicaciones de sus consecuencias: éste es el planteamiento, a mi juicio erróneo, de concepciones de la culpabilidad que intentan apoyarse en la prevención. Un ejemplo: los partidarios de la prevención general positiva defienden una clara limitación de la defensa respecto de

agresiones de inimputables (menores, enfermos mentales) - admiten que, en estos casos, no hay en realidad una agresión como infracción del orden jurídico; esto es razonable, porque el inimputable, en realidad, no agrede de forma culpable, y la base de esta afirmación es el hecho de que en el inimputable no concurre de forma indiscutible el fundamento moral que la culpabilidad exige.

*A la objeción de que un orden jurídico que reconoce pluralidad de concepciones morales no puede encontrar un fundamento moral admisible para todos, debe responderse que se trata ahora de responder tan sólo si el sujeto es imputable y, por ello, de si puede afirmarse que el sujeto, al infringir el derecho, despreciaba de forma explícita (dolo) o implícita (imprudencia) la cimentación de la vigencia de las normas, y esto no admite pluralidad.

3ªMientras que el fundamento de la imputabilidad es moral, la afirmación o negación en el proceso debe responder a ciertos criterios, y pueden adelantarse algunos: la imputabilidad debe presumirse en el proceso y ha de ser negada con criterios normativos, esto es, valorativos. Los límites clásicos de la imputabilidad (enfermedades mentales, menor edad) son considerados siempre normativamente (respectivamente: mediante los estudios de especialistas y la limitación de la aplicación de la ley penal a una determinada edad); el límite – más tardíamente aceptado en el derecho, no en la moral- del desconocimiento invencible de la norma jurídica debe también ser concretado a través de elementos normativos y no por la

apreciación directa del juez sobre la esfera interna del autor (esto sería una valoración psicológica).

*A las objeción de que existe derecho penal que se aplica a los inimputables, debe responderse que ni el derecho de medidas ni el derecho de menores son derecho penal: el derecho de medidas es una fórmula jurídica para imponer tratamientos a sujetos incapaces en una vía distinta del derecho civil; y el juez de menores es un juez moral, no penal, que ha de aplicar lo que Berner denominada el “castigo pedagógico”.

4ªEl fundamento moral de la culpabilidad, en la medida que es subjetivo, presupone la responsabilidad del autor como agente del hecho que se juzga, pero como sujeto que con el hecho mantiene su identidad, la identidad de su historia personal. La crisis del principio del hecho como punto central del análisis jurídico-penal que prescinde de la historia del autor es, en ese sentido, evidente, y parece necesario analizar la responsabilidad del autor como agente de la acción, pero también del momento en el que se convierte en agente de la acción juzgada.

*A la objeción de que tan sólo juzga el derecho penal los hechos y que otra forma de entender el derecho penal es hoy generalmente rechazada debe responderse que prácticamente toda la evolución de la teoría de la individualización de la pena, que es esencial en estos momentos, se apoya en elementos personales del sujeto.

5ªResta por citar también el problema de lo cuantificable en la culpabilidad: la determinación de la pena como castigo depende,

también, del grado de culpabilidad que no sólo es el correspondiente a la bipartición entre desprecio explícito (dolo) e implícito (imprudencia) del fundamento de vigencia del derecho. Aunque no es el tema a considerar en este momento, el método de determinación de esta dimensión (tal vez sea más bien un problema de exigibilidad, que se resuelve por la analogía con los casos de imputabilidad) debe ser coherente con el fundamento moral de la culpabilidad.