

APROXIMACIÓN HISTÓRICA AL SURGIMIENTO DEL CONCEPTO DE IMPUTABILIDAD SUBJETIVA EN LA DOCTRINA PENAL ALEMANA*

LUCÍA MARTÍNEZ GARAY

Becaria F.P.U en el Área de Derecho Penal. Universidad de Valencia

SUMARIO

I. Observaciones preliminares II. Antecedentes 1. Introducción A. Los supuestos de inimputabilidad en el Derecho Penal germánico y la Edad Media B. Evolución general de la ciencia del Derecho penal alemana durante los siglos XVI al XVIII 2. La imputabilidad en la doctrina del Derecho penal común hasta 1700 III. La teoría de la imputación 1. La teoría de la imputación en Samuel v. PUFENDORF A. Introducción B. La teoría de la imputación: *imputatio* e *imputativitas* C. Evolución posterior. Distinción entre *imputatio facti* – *iuris* 2. Significado para la ciencia del Derecho penal A. Sistema B. Indeterminismo C. Imputabilidad: *doli vel culpae capacitas* IV. Surgimiento del concepto de imputabilidad subjetiva 1. Contexto sistemático: concepto de imputación o *Zurechnung* A. Significado y niveles B. Ubicación sistemática C. Fundamento 2. Imputabilidad subjetiva o *Zurechnungsfähigkeit* A. Aparición del concepto y consolidación de su sentido subjetivo B.

* Este estudio constituye mi Trabajo de Investigación de Tercer Ciclo que, con el mismo título, fue leído ante tribunal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia el día 16 de julio de 1999. Su realización fue posible gracias a una estancia de investigación en el Institut für Kriminologie und Wirtschaftsstrafrecht de la Universidad de Freiburg i. Br. El trabajo se ha realizado en el seno del Proyecto de Investigación “Los principios de legalidad y culpabilidad en el Código Penal de 1.995” (PB-97-1370) del Programa Sectorial de Promoción General del Conocimiento de la D.G. de Enseñanza Superior e Investigación Científica

Ubicación sistemática C. Contenido y fundamento V. Evolución del concepto durante el siglo XIX 1. Influencia de la filosofía de HEGEL en la doctrina penal A. Concepto de acción B. Imputabilidad subjetiva 2. La imputabilidad subjetiva en otros modelos anteriores al sistema clásico A. GEIB B. MERKEL C. BINDING VI. Conclusiones VII. Bibliografía citada.

I. OBSERVACIONES PRELIMINARES

El presente trabajo constituye un acercamiento, desde una perspectiva histórica, al nacimiento del concepto de imputabilidad subjetiva en la doctrina penal alemana. Antes de acometer la tarea propuesta conviene realizar algunas precisiones, referentes, de una parte, a la terminología empleada y a la delimitación de la materia que va a ser objeto de estudio, y, de otra, encaminadas a establecer el ámbito temporal al que se extiende la investigación.

Por lo que toca al primero de los aspectos mencionados, con el término imputabilidad me refiero al sentido subjetivo de este concepto, esto es, no a las características que ha de reunir una acción para poder ser imputada a un sujeto, sino a las que ha de reunir un sujeto para que le pueda ser imputada una acción. En concreto, a aquellas facultades psíquicas de las que la persona ha de estar en posesión en el momento del hecho para que se le pueda atribuir responsabilidad por el mismo¹.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ se ha referido recientemente² a la incorrección que, desde el punto de vista estrictamente semántico, supone la utilización en sentido subjetivo de este término: efectivamente, la acepción que encontramos en el *Diccionario de la Lengua Española*³ para 'imputabilidad' es "cualidad de imputable". Con arreglo a la misma fuente, 'imputable' significa "que se puede imputar", e 'imputar' es "atribuir a otro una culpa, delito o acción"; de ello se deduce que, en castellano, la imputabilidad es una cualidad

¹ Facultades que se consideran excluidas cuando concurre alguno de los supuestos previstos en los arts. 19 y 20 núms 1º, 2º y 3º del Código penal.

² GONZÁLEZ GONZÁLEZ, J., *La imputabilidad en el Derecho Penal español: Imputabilidad y locura en la España del siglo XIX*, Granada, Comares, 1994, págs. 83 y ss.

³ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, t. II, 21ª ed. (1992), Madrid, Espasa Calpe, 1997, pág. 1149.

de los objetos (“culpa, delito o acción”) que se imputan, y no de la persona a la cual se imputan. Sin embargo, en nuestro Derecho penal, y desde que Luis SILVELA atribuyera por primera vez al término ‘imputabilidad’, además de su sentido objetivo, uno subjetivo referido al autor de la acción⁴, el doble significado se mantuvo y “con el decurso del tiempo se generalizaría una acrítica asunción de que la imputabilidad se refiere tanto a las acciones como a los hombres”⁵.

El lenguaje penal alemán, por el contrario, sí dispone de dos términos diferentes, ambos derivados de la palabra “*Zurechnung*”, que significa ‘imputación’: el término “*Zurechenbarkeit*” tiene un sentido objetivo, es decir, se refiere a la posibilidad de imputar la acción, mientras que las cualidades que necesariamente ha de poseer un sujeto para que ésta le pueda ser imputada, es decir, la imputabilidad subjetiva, se designa con el término “*Zurechnungsfähigkeit*”, cuya traducción literal sería ‘capacidad de imputación’. Existe también otra palabra para referirse a la imputabilidad subjetiva, “*Schuldfähigkeit*” (literalmente: ‘capacidad de culpabilidad’). Ésta es la que aparece en el texto de los párrafos del Código Penal alemán o *Strafgesetzbuch*⁶ que se refieren a las causas de inimputabilidad⁷, y fue introducida en el StGB por la segunda Ley de Reforma del Código Penal de 4. 7. 1969. A pesar de la opción del legislador por esta última voz, la doctrina se sigue sirviendo de ambas en la actualidad. MAURACH/ZIPF, por ejemplo, consideran los dos términos como sinónimos y utilizan con preferencia *Zurechnungsfähigkeit*⁸. JESCHECK/WEIGEND, por el contrario, abogan por la utilización de *Schuldfähigkeit*:

„La denominación habitual ‘*Zurechnungsfähigkeit*’ se refiere a la imputación subjetiva en el sentido de la doctrina penal del siglo XIX. *Zurechnungsfähigkeit* significaba entonces que no existen obstáculos a la imputación subjetiva. La expresión englobaba con ello también la ausencia de error y coacción (...). De acuerdo con el concepto normativo de

⁴ Vid. sobre la introducción por SILVELA de la imputabilidad subjetiva en España, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, en especial págs. 82 y ss.

⁵ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, pág. 85.

⁶ Citado en adelante por sus siglas en alemán, StGB.

⁷ §§ 19, 20, 21 StGB.

⁸ MAURACH/ZIPF, *Strafrecht: Allgemeiner Teil, Teilband 1: Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat*, 8ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1992, págs. 480 y ss.

Utilizan también *Zurechnungsfähigkeit*, por ejemplo, JAKOBS, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*. 2ª ed., Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1991, págs. 517 y ss.; KÖHLER, M., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin-Heidelberg-New York, Springer Verlag, 1997, págs. 353 y ss. y 374 y ss. (aunque al referirse a la regulación legal utiliza ‘*Schuldfähigkeit*’, págs. 388 y ss.).

culpabilidad hoy dominante es, sin embargo, preferible la denominación ‘*Schuldfähigkeit*’ (...).“⁹

Es precisamente esta evolución histórica a la que se refieren JESCHECK/WEIGEND lo que constituye el núcleo del presente trabajo. Se pretende analizar el contexto sistemático en el que se va formando la imputabilidad subjetiva como concepto, examinando su relación con distintas categorías de la teoría del delito, así como el proceso paralelo a través del cual acaba siendo un término en concreto, *Zurechnungsfähigkeit*, el destinado a designar ese concepto. También se intentará mostrar la manera en que el concepto de imputabilidad subjetiva va cambiando según evoluciona la dogmática, y cómo estos cambios influyen también en la terminología empleada para designar el concepto.

De estas precisiones se desprende que el interés primordial de la investigación está centrado en el plano doctrinal. En absoluto se pretende dar cuenta de la evolución de la regulación legal de la imputabilidad y/o de los supuestos particulares que en las distintas épocas se consideraron determinantes de su exclusión. Será necesario, no obstante, hacer en ocasiones referencia a textos legales, pues es sobre estos o al menos en referencia a los mismos como se construye toda elaboración doctrinal; sin embargo, estas remisiones están únicamente al servicio de una mejor comprensión de esta última, y carecen de toda pretensión de exhaustividad.

⁹ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlin, Duncker & Humboldt, 1996, pág. 433, nota 1. Se han mantenido en la traducción de la cita algunos de los términos en alemán por considerarse que resultaba imprescindible para apreciar el sentido de la argumentación de los autores; la existencia en castellano de una sola expresión, ‘imputabilidad subjetiva’, con la que referirse tanto a *Zurechnungsfähigkeit* como a *Schuldfähigkeit* conduce a que la traducción de los términos se enfrentara en este caso a una alternativa con dos soluciones igualmente insatisfactorias: o bien sustituir los dos términos en alemán por ‘imputabilidad subjetiva’, lo que hubiera supuesto la pérdida del sentido de la argumentación, o bien optar por las expresiones ‘capacidad de imputación’ y ‘capacidad de culpabilidad’, que no suelen utilizarse en la doctrina, con lo que se hubiera introducido una complejidad innecesaria en el texto, pues en la propia exposición se ha indicado ya que es éste precisamente el sentido de las expresiones alemanas.

Utilizan también el término *Schuldfähigkeit*, por ejemplo, ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3ª ed., München, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1997, págs. 752 y ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 10ª ed., Bielefeld, Gieseking, 1995, págs. 398 y ss.; SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch*, 2ª ed., Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1984, págs. 192 y ss.; OTTO, H., *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 5ª ed., Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1996, págs. 196 y ss.

La estructura de la exposición es la de una evolución histórica, que abarca el período temporal comprendido entre el siglo XVI y las últimas décadas del XIX. Las razones de esta acotación temporal son las siguientes. Al estar constituido el objeto de la investigación por el análisis del concepto de imputabilidad en la *doctrina*, el inicio del estudio se sitúa en aquel momento histórico en que comienza a poderse hablar de un tratamiento mínimamente científico del Derecho penal, lo cual ocurre, por lo que se refiere a Alemania, a mediados del siglo XVI; no obstante, en un primer epígrafe introductorio se hará una breve referencia al tratamiento de la imputabilidad en épocas anteriores (el Derecho germánico y la Edad Media). Los puntos II y III del trabajo, dedicados al estudio de los siglos XVI al XVIII, se ocupan de los antecedentes de la imputabilidad subjetiva, y es preciso hablar de 'antecedentes' porque ésta, como podrá comprobarse en la exposición, no constituye aún en este período una categoría con entidad propia. La importancia del análisis realizado en esta primera parte del trabajo radica, sin embargo, en que durante ese lapso temporal se sientan las bases sobre las que se construirá el concepto a comienzos del siglo XIX. Es en el tercer capítulo donde se analiza, por lo tanto, el surgimiento de la categoría, mientras que el cuarto está dedicado al estudio de su evolución hasta finales del siglo XIX. La investigación termina, por ello, con el análisis de los últimos autores que pueden considerarse pertenecientes aún al siglo XIX. El estudio de la imputabilidad subjetiva en el sistema clásico y en los que le han seguido en la evolución de la teoría del delito es tarea que por su envergadura requeriría una investigación propia, y a ella queda remitido.

II. ANTECEDENTES

1. *Introducción*

A. Los supuestos de inimputabilidad en el Derecho germánico y la Edad Media

Este primer epígrafe está destinado a ofrecer, a modo de introducción, una breve visión general de la problemática de la imputabilidad en aquellas épocas históricas en las que aún no puede hablarse de la existencia de una reflexión doctrinal sobre el Derecho penal, es decir, anteriores al siglo XVI¹⁰. Al no existir una *doctrina* no cabe tampoco buscar conceptos generales, tales como el de imputabilidad, pues estos

¹⁰ El nacimiento de la ciencia alemana del Derecho penal en esta fecha es objeto de análisis más detallado *infra*, en la letra **B.** de este mismo epígrafe.

no son objeto de regulación directa en los textos legales, sino que se construyen mediante la reflexión que sobre estos últimos se realiza. Ello obliga a reducir la exposición al análisis de los supuestos concretos de exclusión de la responsabilidad penal contemplados en el Derecho positivo, y que se refieran a causas que hoy día englobaríamos en la categoría de la inimputabilidad.

Conviene tener en cuenta, por otra parte, que en el período temporal que corresponde al Derecho germánico y a la Antigüedad tardía, así como en los primeros siglos de la Edad Media, es decir, en las épocas anteriores al siglo XI, no sólo no existe una doctrina penal, sino que resulta problemático incluso el hablar de la existencia de un Derecho propiamente *penal*. La reacción frente a los crímenes no ha estado en todas las épocas y lugares al cuidado de una autoridad pública que impusiera penas por la comisión de los mismos. Por lo que respecta al ámbito territorial alemán, parece que puede afirmarse que con anterioridad al siglo XI la defensa de los individuos frente a las ofensas y ataques de que fueran objeto sus personas o bienes consistía fundamentalmente en una ‘autodefensa’, que, encomendada al cuidado de los propios particulares, se materializaba en instituciones como la venganza privada y la satisfacción al ofendido a través de acuerdos de reparación¹¹. El hecho de que algún tipo de autoridad pública pudiera intervenir, ya en sentido mediador entre las partes, ya para garantizar que la venganza o el acuerdo tuvieran lugar dentro de los plazos y con las condiciones establecidas, no obsta para considerar la solución de los conflictos como algo dependiente de los propios particulares. De esta configuración del Derecho en estas épocas históricas se deriva que lo que se afirme respecto a la exclusión de responsabilidad, en su caso, del inimputable no ha de entenderse necesariamente como referido a una responsabilidad *penal*.

Respecto a las épocas anteriores al siglo XVI se afirma también que el criterio que guiaba la exigencia de responsabilidad, dejando de momento a un lado la cuestión de si cabe calificar a ésta como penal o no, era el de responsabilidad por el resultado, criterio que fue posteriormente sustituido por el de responsabilidad por culpa cuando se exten-

¹¹ Puede encontrarse una exposición más detallada acerca del momento temporal en que comienza a poderse hablar de Derecho penal, así como de las características de la regulación de conflictos en las épocas anteriores a ese momento, cuestiones en las que no es posible abundar en este lugar, en las obras de KROESCHELL, K., *Deutsche Rechtsgeschichte 1 (bis 1250)*, 10ª ed., Opladen, Westdeutscher Verlag, 1992, págs. 43 y ss., 184 y ss., 196 y ss.; y SCHMIDT, E., *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3ª ed., Göttingen, Vanderhoeck & Ruprecht, 1965, págs. 21 a 31, y págs. 46 a 70.

dieron en Europa los principios del Derecho romano a través del fenómeno de la Recepción. La responsabilidad por el resultado se caracteriza porque es el hecho ocurrido, el resultado producido, lo que determina que al causante del mismo se le exija responsabilidad, teniendo una importancia meramente secundaria el que ese resultado se haya producido de manera casual, por descuido del autor, o intencionadamente. La medida concreta en que estos momentos subjetivos eran tomados en consideración es discutida; SCHMIDT, por ejemplo, afirma que el principio de responsabilidad por el resultado no impedía que los hechos causados intencionadamente se consideraran más graves que los ocurridos por casualidad o descuido, aunque, en contra de la opinión de KAUFMANN, niega que de esta circunstancia pueda concluirse la existencia de un Derecho penal de culpabilidad, ya que, al contrario que en éste último, en el Derecho germánico la calificación de un suceso como intencionado no dependía de un análisis de la intención particular del autor, sino que se derivaba, según criterios objetivos, de la propia configuración del hecho¹². No es objeto de este trabajo el análisis de si efectivamente existió, en qué medida, y en qué momentos históricos, responsabilidad por el resultado, baste con el breve apunte realizado para encuadrar en este marco los supuestos de inimputabilidad.

La responsabilidad de los niños y de los locos, tanto en el Derecho germánico como en el altomedieval, era objeto de regulaciones diversas. Por lo que respecta al primero de ellos, parece que en principio respondía por los hechos cometidos por estos individuos la persona a cuyo cargo se encontraban, aunque existían también casos en que éste podía entregar al autor al ofendido¹³. En otros casos, el homicida loco estaba obligado a abandonar el lugar tras su curación, o quedaba libre de responsabilidad pero el ofendido, o, en su caso, su familia o clan, podían matarlo impunemente¹⁴. Muchos derechos germánicos ni siquiera aluden a la cuestión¹⁵. Por lo que toca a la Edad Media, la situación es parecida. En general, a los niños no se les impone pena de muerte ni de mutilación¹⁶, aunque en ocasiones sí se dan casos de ejecuciones¹⁷. Respecto a los locos, se mantiene la responsabilidad de la persona encar-

¹² SCHMIDT, E., *op. cit.*, págs. 31 y ss.; la referencia a KAUFMANN en pág. 32. Siguiendo a SCHMIDT, GSCHWEND, L., *Zur Geschichte der Lehre von der Zurechnungsfähigkeit: Ein Beitrag insbesondere zur Regelung im Schweizerischen Strafrecht*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1996, págs. 119 y ss.

¹³ SCHMIDT, E., *Einführung...*, pág. 36.

¹⁴ *Op. y loc. cit.*

¹⁵ GSCHWEND, L., *Zur Geschichte...*, pág. 119.

¹⁶ Utilizo ahora sí la palabra 'pena', ya que, conforme se ha expuesto, a partir del siglo XI sí comienza a ser posible hablar de Derecho *penal*.

¹⁷ SCHMIDT, E., *op. cit.*, págs. 71 y ss.

gada de su custodia, o se permite la imposición de penas distintas a la de muerte, aunque en ocasiones también ésta tiene lugar¹⁸. Es posible que la aplicación de la pena de muerte o de expulsión del lugar se utilizara también, al menos en parte, con fines preventivos¹⁹.

GSCHWEND interpreta el hecho de que en el Derecho germánico y medieval ciertos supuestos de inimputabilidad determinaran en ocasiones la ausencia o, al menos, la atenuación de la pena como muestra de una toma en consideración, en estas épocas históricas, del momento de la culpabilidad, si bien aún en forma rudimentaria y asistemática²⁰. Sin embargo, si se parte de la afirmación de que en estas épocas regía efectivamente la responsabilidad por el resultado, cabría también extraer una conclusión opuesta a la de GSCHWEND: el que, a pesar del hecho de que la responsabilidad viniera determinada por la producción de un resultado lesivo, algunos supuestos de inimputabilidad excluyeran o atenuaran, no obstante, la pena, podría conducir a pensar que ello obedece a otro tipo de razones, y no a consideraciones relacionadas con la culpabilidad. En todo caso, ambas conclusiones tendrían que ser matizadas a la vista del hecho de que en muchos lugares parece que no existían previsiones especiales relativas a supuestos de inimputabilidad. Por otro lado, y por lo que respecta, sobre todo, a las épocas más antiguas, es decir, el Derecho germánico, son muy pocas las fuentes de que se dispone²¹.

En definitiva, y por no extendernos más en un epígrafe que es meramente introductorio, cabe retener el dato de que la responsabilidad de ciertos sujetos, como niños y locos, ha estado, al parecer, sujeta siempre a determinadas particularidades, con independencia del tipo de sistema penal o de control social que rigiera en cada momento histórico. El que ello obedeciera siempre a consideraciones similares a las que hoy día determinan la ausencia de responsabilidad penal por inimputabilidad es una cuestión cuya respuesta requeriría una investigación más amplia que la que aquí es posible desarrollar, y a la cual, a la vista únicamente de los datos de Derecho positivo expuestos *supra*, no es posible, a mi juicio, responder afirmativamente.

¹⁸ SCHMIDT, E., *op. cit.*, pág. 72; también GSCHWEND, L., *op. cit.*, págs. 122 y ss.

¹⁹ En este sentido, SCHMIDT, E., *op. y loc. cit.*, y GSCHWEND, *op. cit.*, pág. 122.

²⁰ GSCHWEND, L., *op. cit.*, págs. 121 y 123.

²¹ Respecto de las épocas más remotas, en realidad, sólo las narraciones de TÁCI-TO; *vid.* KROESCHELL, K, *Deutsche Rechtsgeschichte...*, pág. 29.

B. Evolución general de la ciencia del Derecho penal alemana durante los siglos XVI al XVIII

Los autores coinciden en señalar la segunda mitad del siglo XVI como el inicio de la Ciencia alemana del Derecho penal²². Este momento temporal constituye también el inicio de una etapa en la evolución del Derecho penal alemán que recibe el nombre de 'Derecho penal común' (*Gemeines Strafrecht*), y que termina con el comienzo de la Ilustración. Tanto el Derecho penal como la doctrina presentan en esta época una configuración muy distinta de la que les es propia en la actualidad. Por esta razón, se ha considerado conveniente ofrecer una breve caracterización de los mismos antes de entrar en el análisis de la problemática de la imputabilidad, al efecto de que ésta pueda ser entendida desde el contexto histórico que la explica.

El estado de la doctrina penal en este período histórico puede ser esbozado a través fundamentalmente de tres notas. En primer lugar, el logro más importante que cabe atribuirle consiste en la progresiva elaboración de una parte general de la disciplina, en la que tratar, previamente al estudio de los diversos delitos, los conceptos fundamentales comunes a todos ellos²³. En segundo lugar, la evolución de la doctrina está marcada, a partir del siglo XVII, por el inicio de un proceso de secularización y otro paralelo de acercamiento a la filosofía, que culminarán en las últimas décadas del siglo XVIII, dando lugar a una nueva etapa en la evolución de la doctrina penal: la Ilustración. El siglo XVI, en efecto, se caracteriza por el hecho de que los movimientos de la Reforma y Contrarreforma habían propiciado un resurgir de la concepción teocrática, según la cual la potestad de castigar del Estado tiene su fundamento en la autoridad divina, y que en CARPZOV, por ejemplo, considerado el penalista más importante de este período²⁴, se pone especialmente de manifiesto: el Estado y su autoridad descansan en la voluntad de Dios; el crimen no es sólo violación de las leyes del Estado, sino también pecado contra Dios, el supremo legislador, y la pena es necesaria porque Dios la quiere²⁵. Sin embargo, en los sistemas fi-

²² Así, entre otros, EISENHARDT, U., *Deutsche Rechtsgeschichte*, 2ª ed., München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1995, pág. 241; SCHMIDT, E., *Einführung...*, pág. 147; SCHAFFSTEIN, F., *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, Berlin, Verlag von Julius Springer, 1930, pág. 1; LUBBERS, F., *Die Geschichte der Zurechnungsfähigkeit: von Carpzow bis zur Gegenwart unter besonderer Berücksichtigung der Doktrin des gemeinen Rechts*, Breslau-Neukirch, Alfred Kuntze, 1938, pág. 1.

²³ SCHAFFSTEIN, F., *Die allgemeinen Lehren...*, pág. 1 y págs. 26 y ss.

²⁴ Vid. sobre este autor *infra*, en el siguiente epígrafe.

²⁵ Vid. SCHMIDT, E., *Einführung...*, págs. 161 y ss; la referencia a CARPZOV en pág. 163.

losóficos de los autores iusracionalistas como GROCIO y PUFENDORF, el fundamento de la pena ya no se encuentra en Dios o en la religión, sino en la propia naturaleza y necesidades del hombre y de la sociedad, y estas ideas irán abriéndose paso poco a poco, y también en la doctrina penal, hasta convertirse en las dominantes a finales del siglo XVIII²⁶.

Por último, la particular configuración del sistema de penas que caracteriza al Derecho penal común, a la que se hará referencia *infra*, conduce a que la cuestión fundamental que se plantea a los tribunales y a la doctrina sea la de determinar la medida de la pena. El carácter crucial de este problema lleva a que sea desde esta perspectiva básica desde la que se aborde la construcción de las distintas categorías doctrinales, lo que influirá también, por tanto, en la problemática de la imputabilidad.

En este proceso de evolución de la doctrina penal en la época del Derecho penal común pueden distinguirse, además, 3 etapas²⁷. La primera de ellas abarca desde mediados del siglo XVI hasta la obra del penalista CARPZOV, en los años 30 del siglo XVII, y está caracterizada por la dependencia de la doctrina penal alemana respecto de la extranjera, fundamentalmente la italiana²⁸, como resultado del paulatino proceso de Recepción a través del cual se extendieron en Alemania durante los siglos XV y XVI las doctrinas elaboradas por los glosadores y posglosadores de los siglos XII al XIV. El contenido de estas doctrinas no se correspondía con el Derecho romano original, tal y como estaba contenido en el *Corpus Iuris*, sino que estaba constituido por la elaboración a la que éste había sido sometido por los juristas italianos para responder a las necesidades prácticas de su entorno, y reflejaba por tanto los derechos particulares de las ciudades italianas, su práctica forense, así como las exigencias político criminales del momento a las que había que dar respuesta²⁹. Hacia finales del siglo XVI, los juristas alemanes empiezan a tratar en sus comentarios a los Digestos e Instituciones, que hasta entonces se habían limitado al De-

²⁶ Vid. SCHMIDT, E., *op. cit.* págs. 164 y ss.; también EISENHARDT, U., *Deutsche Rechtsgeschichte*, págs. 242 y s., y 244 y s.

²⁷ Se sigue la división en tres períodos que realizan SCHAFFSTEIN, F., *Die allgemeinen Lehren...*, pág. 2 y ss., y SCHMIDT, E., *Einführung...*, págs. 148 y ss.

²⁸ Pero también francesa y española, en este último caso a través, sobre todo, de la influencia de la obra de Diego COVARRUBIAS Y LEYVA; *vid.* SCHMIDT, E., *Einführung...*, págs. 148 a 150.

²⁹ ENGELMANN, W., *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung: Eine historisch-dogmatische Darstellung der kriminellen Schuldlehre der italienischen Juristen des Mittelalters seit Accursius*, 2ª ed., Aalen, Scientia Verlag, 1965, págs. 1-5; SCHMIDT, E., *Einführung...*, págs. 107 y s.; SCHAFFSTEIN, F., *Die allgemeinen Lehren...*, pág. 24.

recho civil, también las partes dedicadas a la materia penal; esta circunstancia es la que determina el nacimiento de la ciencia alemana del Derecho penal³⁰. Con el transcurso del tiempo se fueron tomando en consideración, además del *Corpus Iuris*, también los textos legales alemanes, en especial la *Constitutio Criminalis Carolina*. Este cuerpo legal, también conocido como *Peinliche Halsgerichtsordnung Kayser Karl der V.*, y que regula ampliamente materias tanto de Derecho penal material como procesal, fue aprobado en 1532 por las Cortes (*Reichstag*) reunidas en Regensburg, con el propósito de reformar la administración de la justicia penal en el Imperio, y recoge ya en su contenido el espíritu de las ideas de la Recepción, entre ellas el principio de la responsabilidad por culpa. Su vigencia se extendía en principio a todos los territorios del Imperio, si bien contenía una *clausula salvatoria* que reconocía aplicación preferente a los derechos particulares de cada Estado. A pesar de ello, y de la enorme diversidad de estos últimos, SCHMIDT afirma que en general sí se consiguió crear una cierta unidad en cuanto al contenido del Derecho aplicable en el Imperio³¹. A la importancia de ésta y otras fuentes de Derecho existentes en esta época se hará referencia más detallada en el siguiente epígrafe.

Este primer período de la doctrina del Derecho penal común se caracteriza, además, por la utilización del método analítico-exegético propio de la escolástica para exponer la materia penal. La ordenación de las obras seguía el orden de los títulos del Digesto o las Instituciones, o de la *Carolina*, y en el análisis se partía de considerar el texto como autoridad indiscutible, buscando desentrañar todo su posible contenido mediante la técnica de las *distinctiones* y *disputationes*. Desde finales del siglo XV se producen algunos intentos de aplicar a la materia penal un tratamiento más sistemático, dirección de la que es importante exponente Tiberius DECIANUS († 1582). Aunque la obra de este penalista italiano ejerció una influencia fundamental en la doctrina penal alemana, su método, sin embargo, no fue asumido por ésta. Los primeros autores del ámbito alemán cuyas obras seguían una orientación similar son Nicolaus VIGELIUS († 1600) y, sobre todo, Petrus THEODORICUS (1580 - 1640), cuya obra contiene ya

³⁰ SCHAFFSTEIN, F., *op. cit.*, pág. 5.

³¹ Este efecto se debe a la concurrencia de diversos factores: por un lado, a que la *Carolina* sirvió como modelo para legislaciones particulares posteriores, algunas de las cuales la seguían casi literalmente; por otro lado, algunos Estados establecieron expresamente su vigencia. Aún así subsistieron, desde luego, importantes diferencias entre el Derecho aplicable en unos y otros lugares del Imperio; *vid.* sobre todo ello SCHMIDT, E., *Einführung...*, págs. 141 y ss.

una parte general, pero representan excepciones en un panorama dominado en general por el método analítico o *mos italicus*³².

El segundo período de la doctrina penal del derecho común comienza con la obra de Benedict CARPZOV (1595-1666), *Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium*, aparecida en 1635. Su importancia radica en que es considerado el penalista más importante de este período, y también fundador de una ciencia propiamente alemana del derecho penal³³, en razón de que en su obra, además de recoger los resultados a los que había llegado hasta entonces la doctrina penal europea, considera como fuentes del Derecho a tener principalmente en cuenta la *Carolina* y el *usus fori* de los propios tribunales alemanes, por lo que a partir de él la influencia extranjera empieza a declinar. En el plano metodológico comienza a producirse en esta etapa un lento cambio, debido a la influencia de los autores iusracionalistas (GROCIO, PUFENDORF, WOLFF): siguiendo el modelo del método matemático, que empezaba a imponerse en la filosofía (DESCARTES) y en las ciencias naturales (GALILEO, NEWTON), las obras de estos autores están estructuradas ya como sistemas, en los que se deducen las proposiciones particulares de principios generales³⁴. La influencia de esta nueva orientación, sin embargo, tuvo lugar de manera muy progresiva; CARPZOV, por ejemplo, utiliza todavía el método analítico-exegético, y su autoridad hará que éste siga siendo el dominante durante todo el siglo XVII.

Por último, a partir de las primeras décadas del siglo XVIII, el tercer período en la evolución de la doctrina penal en esta etapa histórica está marcado por la influencia creciente del Derecho Natural, y, como consecuencia de ello, por un tratamiento mucho más sistemático de la materia penal.

De acuerdo con la evolución descrita, y por la importancia del Derecho Natural para la problemática que es objeto de estudio en este trabajo, la exposición se realizará según el siguiente orden: a continuación se analiza la imputabilidad por lo que hace al primero y segundo de los períodos evolutivos descritos. El punto III de este trabajo está dedicado a la teoría de la imputación del Derecho Natural, y en él se estudia tam-

³² SCHAFFSTEIN, F., *Die allgemeinen Lehren...*, págs 26 y ss; SCHMIDT, E., *Einführung...*, págs. 150 y ss.

³³ SCHMIDT, E., *Einführung...*, págs. 153 y ss; SCHAFFSTEIN, F., *Die allgemeinen Lehren...*, págs. 10 y s.; LUBBERS, F., *Die Geschichte...*, págs. 1 y s; EISENHARDT, U., *Deutsche Rechtsgeschichte*, pág. 242.

³⁴ WELZEL, H., *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs: Ein Beitrag zur Ideengeschichte des 17. und 18. Jahrhunderts*, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1958 (ed. facsímil 1986), págs. 9 y ss.

bién la influencia que esta teoría tuvo, en el último período de la doctrina del Derecho penal común, en el Derecho penal en general y en la problemática de la imputabilidad en particular.

2. *La imputabilidad en la doctrina del Derecho penal común hasta 1700*

En la doctrina del Derecho penal común no existió un concepto de imputabilidad subjetiva en un sentido similar a aquel en el que actualmente se emplea este término³⁵. Este hecho podría llevar a considerar inútil detenerse en el estudio de este período temporal en un trabajo como éste que está dirigido, precisamente, al análisis de la imputabilidad como concepto en la doctrina penal. Sin embargo, y al contrario de lo que pudiera parecer, considero que ese análisis está justificado por las siguientes razones. En primer lugar, la existencia de una doctrina penal desde mediados del siglo XVI conduce a que los supuestos que hoy englobamos en la categoría de la imputabilidad subjetiva sí sean, a diferencia de lo que ocurría en las épocas históricas a las que ha estado dedicado el primer epígrafe del trabajo, objeto de cierta reflexión teórica, con independencia de que este estudio se realice desde presupuestos metodológicos y materiales distintos a los que hoy día manejamos. Y los frutos a los que conduce esa reflexión sí revisten interés, en tanto constituyen uno de los antecedentes sobre los que se construirá, posteriormente, la imputabilidad subjetiva como concepto. En segundo lugar, aunque sólo se quisiera dar cuenta del tratamiento en la práctica de los supuestos de inimputabilidad, el estudio de la elaboración doctrinal en torno a los mismos sería necesario de todas formas, en razón de las propias características del Derecho material en ésta época histórica, a las que inmediatamente se hará referencia.

Diversas causas relacionadas con lo que hoy designaríamos como inimputabilidad eran conocidas en los textos legales y en la doctrina. La *Carolina* contenía una prescripción general en su Art. 179 referida a “Los malhechores que por edad o alguna otra causa no están en su sano juicio. Si una persona que, a causa de su juventud o de alguna otra debilidad, es notorio que no está en su sano juicio, cometiese un crimen, el asunto será remitido con todas las circunstancias a los lugares e instancias que se mencionan al final de esta ley, y será tratado o cas-

³⁵ Este hecho no es destacado suficientemente, en mi opinión, por algunos autores que se sirven, sin más, del término *Zurechnungsfähigkeit* para analizar el tratamiento que en las diversas épocas históricas recibían los supuestos a los que hoy día se aplica esa categoría - o, mejor, la de inimputabilidad -, lo que puede inducir a suponer que siempre se han concebido como diversas manifestaciones de una misma idea o concepto. Esto ocurre, a mi juicio, en la obra de LUBBERS, F., *Die Geschichte...*, cit.

tigado según el consejo de esos y otros entendidos.”³⁶ También en otros artículos existían disposiciones relativas a supuestos de inimputabilidad³⁷. En general, en ellos no se contenía una regulación positiva de la materia, ya que en lugar de establecer directamente las consecuencias jurídicas que debían derivarse de la apreciación de uno de estos supuestos, se remitía para ello al dictamen de “expertos”³⁸. Con esta indicación de atenerse al ‘consejo’ (*Rath*) de los entendidos se hace referencia, principalmente, a los órganos colegiados compuestos por juristas (*Spruchkollegium*), que existían en las Facultades de Derecho y en algunos tribunales superiores, y cuya función era proponer soluciones a las cuestiones jurídicas que les eran remitidas por tribunales inferiores, autoridades administrativas o particulares³⁹. Esta remisión de autos o *Aktenversendung* originó no sólo un estrecho contacto entre la práctica judicial y la elaboración doctrinal, derivado del hecho de que los *Spruchkollegien* estaban compuestos principalmente por juristas, sino que además dio lugar a que la propia práctica forense se convirtiera *de facto* en fuente de derecho, llamada a cubrir las lagunas de los textos legales. En el Derecho penal común, el *usus fori* era considerado vinculante como derecho consuetudinario, y no sólo para cubrir los casos no regulados, sino hasta el punto de que, en ocasiones, legitimaba incluso prácticas *contra legem*. Este fenómeno ha dado lugar a que este período en la historia del Derecho se considere caracterizado por la arbitrariedad judicial y la inseguridad jurídica⁴⁰. Sin embargo, hay que tener

³⁶ El texto original es el siguiente: “Von übelthättern die jugent oder anderer sachen halb, jre sinn nit haben. Item wirt von jemandt, der jugent oder anderer gebrechlicheyt halben, wissentlich seiner synn nit hett, eyn übelthatt begangen, das soll mit allen vmbstenden, an die orten vnnd enden, wie zu ende diser unser ordnung angezeygt gelangen, vnnd nach radt der selben vnd anderer verstendigen darinn gehandelt oder gestrafft werden.”, en KAUFMANN, A./RADBRUCH, G. (eds.), *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina)*, 4ª ed., Stuttgart, Philipp Reclam jun., 1975.

³⁷ Por ejemplo el Art.164, que regula el robo cometido por menores, o el Art. 150, que se refiere al homicidio y asesinato cometidos por enajenados.

³⁸ Esta técnica se seguía también en la regulación de otras cuestiones fundamentales de parte general, como por ejemplo la tentativa o la participación; *vid.* SCHMIDT, E., *Einführung...*, págs. 119 y ss.

³⁹ *Vid.* las entradas “*Schöffenstuhl*”, “*Spruchkollegium*” y “*Spruchtätigkeit*” en ERLER/KAUFMANN/ WERKMÜLLER, (eds.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, tomo IV., Berlin, Erich Schmidt Verlag, 1990; también SCHMIDT, E., *Einführung...*, págs. 134 y s. Ampliamente sobre la actividad desarrollada por las Facultades de Derecho en este campo la obra de HEGLER, A., *Die Praktische Thätigkeit der Juristenfakultäten des 17. und 18. Jahrhunderts in ihrem Einfluß auf die Entwicklung des deutschen Strafrechts von Carpzov ab*, Tübingen, Druck von H. Laupp Jr., 1899, *passim*.

⁴⁰ Así WÄCHTER, HÄLSCHNER y v. BAR, *cits.* en HEGLER, A., *Die praktische Thätigkeit...*, págs. 16 y s.

en cuenta, de un lado, que el amplio espacio de libertad de que gozaban los jueces y tribunales venía propiciado, en gran medida, por las propias lagunas e insuficiencias de los textos legales⁴¹, y, de otro, que la propia vinculatoriedad del *usus fori* como fuente de Derecho constituía un límite a la actuación del juez o tribunal particular.

Del estado de cosas descrito se deduce que el Derecho que se aplicaba en la práctica no estaba constituido, ni única ni principalmente, por los textos legales escritos, sino, junto a ellos, por todo aquello que la doctrina penal y la práctica judicial, íntimamente unidas, reconocían como fuente de Derecho, y éstas eran las siguientes: el Derecho romano producto de la Recepción, la *Carolina* y las legislaciones particulares de los diversos Estados, la Biblia y el Derecho canónico, la propia práctica judicial y, muy al final del período estudiado, el Derecho Natural⁴². Es por esta razón por lo que resulta inevitable, como se ha advertido al comienzo, atender a las elaboraciones doctrinales si se quiere obtener una visión completa del tratamiento de los supuestos de inimputabilidad en el Derecho penal común.

Por lo que respecta a la primera de las fuentes enumeradas, el Derecho romano, la doctrina penal alemana se encontraba en la época que es objeto de estudio en este epígrafe bajo la influencia de la ciencia penal italiana. Esta última concebía la culpabilidad como defecto de la voluntad: culpabilidad era la voluntad que consciente o inconscientemente realiza un comportamiento contrario a Derecho⁴³. Había determinados estados, que hoy denominaríamos como causas de inimputabilidad, en los cuales se consideraba que esa voluntad quedaba excluida, o bien no era ejercitada con plena consciencia⁴⁴, y constituían por ello causas de exclusión o de atenuación de la pena⁴⁵. Entre ellas se encontraban: edad, enfermedad mental, sordomudez, ebriedad, sonambulismo y acciones realizadas durmiendo, y algunos estados pasionales (*maxima iracundia, furor amoris, immensus dolor*)⁴⁶. Al explicar la ausencia de pena en el ca-

⁴¹ Además de los ejemplos ya aducidos en relación a la imputabilidad y a otras cuestiones de parte general, hay que tener en cuenta que el artículo 105 de la *Carolina* se refería a los 'delitos y penas innominados' (*vnbenanten peinlichen fellen vnnd straffen*), es decir, a los casos que no tuvieran prevista pena en ese texto legal y, sin embargo, se consideraran dignos de castigo, y a los casos en que la pena no estuviera suficientemente especificada. En estos supuestos el juez debía también "solicitar consejo".

⁴² SCHAFFSTEIN, F., *Die allgemeinen Lehren...*, págs. 23 y ss.; SCHMIDT, E., *Einführung...*, págs. 141 a 147.

⁴³ ENGELMANN, W., *Die Schuldlehre...*, págs. 17, 19, 21.

⁴⁴ *Op. cit.*, pág. 27.

⁴⁵ *Op. cit.*, págs. 27 y ss.

⁴⁶ *Op. y loc cit.*

so de los niños se utilizaba la expresión *doli capaces* (capaces de dolo). Respecto a los menores de 7 años se afirmaba que nunca podían considerarse capaces de dolo, por lo que no cabía imponerles pena, mientras que en el caso de los impúberes (entre 7 y 14 años) el juez debía comprobar la capacidad del menor en el caso concreto⁴⁷.

Al igual que en la doctrina italiana, en la alemana la culpabilidad se concebía también como culpabilidad por la voluntad (*Willensschuld*). Los casos en que había de considerarse que la voluntad quedaba total o parcialmente excluida se tomaron también de la doctrina italiana, y se consideraban tales los siguientes: edad, diversos tipos de locura (*furiosi, mentecapti, dementes*), *melancholia*⁴⁸, senectud en ciertos casos, ebriedad, sordomudez⁴⁹, estados pasionales (*ira, furor amoris*), acciones realizadas mientras se duerme⁵⁰.

La doctrina se sirvió, desde CARPZOV, del término *doli capacitas* en el análisis de estos supuestos⁵¹. Sin embargo, y a pesar de lo que pudiera parecer por el tenor literal de la expresión, la llamada *doli capacitas* no constituye una capacidad previa al dolo y claramente separada del mismo. Si esto fuera así, la ausencia de *doli capacitas* determinaría la ausencia de dolo, y, negada la primera, devendría innecesario entrar a analizar la existencia de este último. Sin embargo, CARPZOV se preocupa de afirmar expresamente en todos los casos de *doli incapacitas* que en ellos se encuentra excluido el dolo, e incluso acude en ocasiones

⁴⁷ *Op. cit.*, pág. 28.

⁴⁸ Con este término se designaban, según GSCHWEND, los estados anímicos que corresponderían hoy día a las enfermedades depresivas, pero también otras manifestaciones psicopatológicas que cursan con diversas sensaciones de miedo o angustia (manías persecutorias etc); *vid.* GSCHWEND, L., *Zur Geschichte...*, págs. 151 y ss., donde se reproduce también un caso de infanticidio ocurrido en 1720 en el que se consideró este estado como causa de exclusión de la pena. En general la *melancholia* solía considerarse una forma de locura, así BREHM, A., "Der Begriff der Zurechnungsfähigkeit und seine geschichtliche Entwicklung", *Psychiatrisch-Neurologische Wochenschrift*, tomo 43, 1941, págs 253 y ss. El origen de la *melancholia* como causa de atenuación de la pena se encuentra, según LUBBERS, en la doctrina alemana, pues carece de antecedentes anteriores, *vid.* LUBBERS, F., *Die Geschichte...*, pág. 22.

⁴⁹ La embriaguez y la sordomudez no estaban reguladas en la *Carolina*, y a la sordomudez tampoco hacían referencia el Derecho romano ni el canónico; LUBBERS, F., *Die Geschichte...*, págs. 23 y 24 y ss.

⁵⁰ La enumeración se toma de las obras de BREHM, A., "Der Begriff...", págs. 253 y ss.; LUBBERS, F., *Die Geschichte...*, págs. 9 y ss. (referida exclusivamente a la obra de CARPZOV); SCHAFFSTEIN, F., *Die allgemeinen Lehren...*, págs. 99 y ss.

⁵¹ GSCHWEND, L., *Zur Geschichte...*, pág. 130. La exposición que sigue se realiza con base en la obra de CARPZOV por su cualidad de autor más importante en la época estudiada, cuyas opiniones dominaron en la doctrina penal hasta mediados del siglo XVIII. De los cambios producidos a partir de entonces en la doctrina y en el ámbito de la imputabilidad da cuenta el epígrafe III.2.

directamente a la negación de éste para justificar la ausencia de pena, sin hacer referencia a la *capacitas*⁵².

Por lo que atañe al contenido, la *doli capacitas* se refiere únicamente a las capacidades intelectuales, y su exclusión está determinada por la *carentia intellectus*, la ausencia de *mens, sensus o prudentia*⁵³. Al fundamentar la ausencia de pena se aduce en ocasiones la falta de voluntad, como cuando se afirma que *furiosi nulla est voluntas*⁵⁴, pero con ello se está haciendo referencia a la voluntad en el sentido amplio de ‘culpabilidad’ que se ha expuesto *supra*, y no significa que se requiera algún elemento voluntativo además del conocimiento para poder afirmar la existencia de *doli capacitas*⁵⁶. Consecuentemente con este punto de vista, y puesto que la capacidad intelectual tiene grados, también la *doli capacitas* es graduable, y, en los supuestos en los que no está totalmente excluida, da lugar a una atenuación de la pena. CARPZOV afirma que estos casos, en lugar de delitos dolosos, son constitutivos de culpa.

Cabe concluir de lo expuesto que de la expresión *doli capacitas* no puede deducirse la existencia de un concepto similar al actual de imputabilidad subjetiva. Los supuestos de ausencia o disminución de la *doli capacitas* se confunden tanto con el dolo como con la culpa, y además no forman un conjunto separado del resto de causas de exclusión de la pena. SCHAFFSTEIN señala como razones de este estado de cosas la ausencia de interés en la creación de un concepto general de culpabilidad, por un lado, y el escaso grado de desarrollo en esa época de la Medicina, y especialmente de la Psiquiatría, por otro⁵⁷. Dejando este aspecto médico a un lado, ya que no es objeto de este trabajo, y por lo que respecta a la primera de las razones mencionadas, es cierto que en la época estudiada se daba mucha más importancia al dolo y a la culpa como clases de la culpabilidad que a ésta como concepto general⁵⁸. El dolo era la forma de culpabilidad por excelencia: se concebía como dolo malo (*malitia*), dirigido a la realización de un hecho prohibido⁵⁹. La concepción de la culpabilidad como basada en la voluntad hacía obvia-

⁵² LUBBERS, F., *Die Geschichte...*, págs. 5 y s.

⁵³ LUBBERS, F., *op. cit.*, pág. 5; GSCHWEND, L., *Zur Geschichte...*, pág. 131 y nota 107.

⁵⁴ *Cit.* en LUBBERS, F., *op. cit.*, pág. 8.

⁵⁵ *Op. y loc. cit.*

⁵⁶ “attamen dementes, qui omni intellectu non carent, si non ex dolo, tamen ex culpa obstringuntur”, *cit.* en LUBBERS, F., *op. cit.*, pág. 7.

⁵⁷ SCHAFFSTEIN, F., *Die allgemeinen Lehren...*, pág. 98.

⁵⁸ SCHAFFSTEIN, F., *op. cit.*, pág. 95.

⁵⁹ *Op. cit.*, págs 95 y s.

mente difícil concebir la imprudencia como forma de la misma, pero este problema preocupó en general poco a los penalistas del derecho común⁶⁰.

Sin embargo, esta falta de interés en la elaboración de conceptos generales se encuentra relacionada, a su vez, con dos características del Derecho penal de la época. De una parte, con la utilización del método analítico-exegético propio de la escolástica, que no proporcionaba una base adecuada para la abstracción. Y, de otra, como indica SCHMIDT⁶¹, con el hecho de que las diversas fuentes no contuvieran una regulación suficiente ni de los requisitos necesarios para imponer la pena, ni de los criterios para establecer su cuantía. Conviene detenerse brevemente en las consecuencias que esta configuración del derecho aplicable producía respecto de la elaboración doctrinal.

Ya se ha aludido *supra* al hecho de que la *Carolina* admitía la existencia de delitos no descritos en la ley, y que dejaba en numerosas ocasiones la determinación de la pena a aplicar al arbitrio de los ‘entendidos en Derecho’, por ejemplo, como se ha visto, en los supuestos de inimputabilidad o semiimputabilidad. De otra parte, al fijar los textos legales en muchos casos penas absolutas, el paso del tiempo podía conducir a que dejasen de considerarse adecuadas a las nuevas circunstancias de la vida social, y se considerase necesario imponer una pena diferente a la señalada en la ley. En definitiva, en todos esos casos en que, o bien no había prevista pena, o la existente no se consideraba adecuada, el juez debía imponer una pena no determinada en la ley, a la que se denominaba *poena extraordinaria*. La decisión, por tanto, entre aplicar la pena ordinaria o una extraordinaria era la cuestión esencial que debía solucionar el juez, y la doctrina debía proporcionarle los instrumentos adecuados para decidir en qué casos correspondía una u otra⁶².

Ante este estado de cosas, no se sentía la necesidad de elaborar conceptos superiores que contemplaran presupuestos comunes a ambas clases de pena, ya que lo importante era precisamente distinguir entre la aplicación de una y otra. Por lo que respecta, en concreto, a la cul-

⁶⁰ SCHAFFSTEIN, F., *Die allgemeinen Lehren...*, pág. 96. Según este autor, las vías que se intentaron fueron tres: (1) concebir la imprudencia como voluntad ‘indirecta’ del resultado, siendo directamente querida por el autor sólo la acción; (2) considerar que, como el delito sólo puede consistir en un comportamiento voluntario, los delitos culposos no son verdaderos delitos, sino *quasi-delictum*; (3) separar el dolo como defecto de la voluntad de la imprudencia como defecto del intelecto, y construir un concepto de culpabilidad meramente formal; *vid. op. cit.*, págs. 96 y s.

⁶¹ SCHMIDT, E., *Einführung...*, pág. 166.

⁶² SCHMIDT, E., *op. cit.*, págs. 166 y ss.

pabilidad, era suficiente con distinguir entre el dolo, requisito de la pena ordinaria, y la culpa, que conducía a la extraordinaria.

Este estado de cosas explica también que la utilización de la expresión *doli capacitas* en la explicación de algunos de los supuestos de exclusión de la pena no dé lugar, en realidad, a considerar que los mismos constituyan un grupo diferenciado del resto de causas de exclusión (o, en su caso, atenuación) de la pena. Las mismas razones que dificultaban la creación de conceptos generales conducían a que las causas de exclusión de la pena tampoco se derivaran de ese tipo de categorías superiores, sino que, por el contrario, formaran un conjunto cerrado, en el que las causas que desde un punto de vista actual se calificarían separadamente como de justificación, exclusión de la culpabilidad o ausencia de acción, recibían todas un tratamiento conjunto, porque su característica común, el dar lugar a la ausencia de pena, hacía que hubieran de contraponerse tanto a los presupuestos de la pena ordinaria como a los de la extraordinaria⁶³.

La superación de esta situación requería, en primer lugar, un cambio en el método empleado. Para poder establecer relaciones entre los conceptos por encima de la dicotomía entre pena ordinaria y pena extraordinaria era necesario un cambio en la perspectiva adoptada, que permitiera preguntarse por los principios generales más abstractos de los que se deducen las instituciones particulares y que proporcionan unidad a una materia. Esto empezó a suceder efectivamente conforme aumentaba la influencia del Derecho Natural en la doctrina penal, proceso que será analizado en el epígrafe siguiente. Pero era preciso, también, un cambio de la situación en la que el juez se encontraba respecto de la ley, a través de una transformación de esta última que, al establecer con claridad y completamente los requisitos de la pena y, sobre todo, los criterios para proceder a su atenuación, eliminara la necesidad (y la posibilidad) de la *poena extraordinaria*, y con ella sus consecuencias. Esta exigencia sólo se verá completamente satisfecha cuando el sistema de fuentes propio del Derecho común se vea sustituido, a partir del siglo XIX, por las primeras codificaciones particulares.

⁶³ SCHMIDT, E., *op. cit.*, pág. 167.

III. LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN

1. *La teoría de la imputación en Samuel v. PUFENDORF.*

A. Introducción

Samuel v. PUFENDORF fue el primero en introducir el término ‘imputatio’ como expresión técnica en la Ciencia del Derecho. Con ayuda de ese concepto desarrolló una doctrina sobre los presupuestos de la responsabilidad de las acciones humanas que sirvió de modelo no sólo a los restantes filósofos iusracionalistas, sino también a la doctrina penal hasta FEUERBACH e incluso después de él⁶⁴. Además de las consecuencias que de ella cabe extraer por lo que toca a la cuestión de la imputabilidad, que es en lo que se centrará la presente exposición, la importancia de la teoría de la imputación (en alemán, ‘Zurechnungslehre’ o ‘Imputationslehre’) para el Derecho en general, y para el Derecho penal en particular, consiste fundamentalmente en que supuso proporcionar a la Ciencia del Derecho las bases teóricas y la terminología que permitieron el inicio de un tratamiento sistemático de la disciplina⁶⁵. En este sentido, señala HRUSCHKA que la primera obra que escribió Samuel v. PUFENDORF, *Elementorum Jurisprudentiae Universalis libri duo*⁶⁶, “contiene por primera vez el concepto de una ‘Parte General’; no sólo de una Parte General del Derecho penal, sino de una ‘Parte General’ de la Ciencia del Derecho y, más allá, incluso de la filosofía práctica. También y precisamente sobre la ‘Parte General’ del Derecho penal ejerció la obra su mayor influencia.”⁶⁷

Ahora bien, no puede decirse que Samuel v. PUFENDORF (1632, Dorfchemnitz - 1694, Berlin) fuera, ni exclusiva ni siquiera principalmente, un penalista. El contenido de sus obras se corresponde más bien con el amplio campo del Derecho Natural o iusracionalismo filosófico

⁶⁴ LOENING, R., *Geschichte der strafrechtlichen Zurechnungslehre*, tomo 1: Die Zurechnungslehre des Aristoteles, Jena, Verlag von Gustav Fischer, 1903, págs. X y s.

⁶⁵ Vid. WELZEL, H., *Die Naturrechtslehre...*, pág. 7; SCHMIDT, E., *Einführung...*, pág. 169; HARDWIG, W., *Die Zurechnung: Ein Zentralproblem des Strafrechts*, Hamburg, Cram, de Gruyter & Co., 1957, pág. 35.

⁶⁶ Vid. las ediciones de las obras de PUFENDORF utilizadas en la realización de este trabajo en el punto VII. Bibliografía citada. Pese a que se han utilizado las traducciones inglesas y alemana de las obras, se ha creído conveniente, a efectos de que el lector pueda contrastar la traducción, acompañar el texto original en latín.

⁶⁷ HRUSCHKA, J., “Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf”, *ZStW*, n° 96 (1984), pág 661, nota 1. Subraya también la importancia de PUFENDORF para el nacimiento de una parte general del Derecho penal LANDSBERG, E., *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 3ª parte, vol. 1, München y Leipzig, Druck und Verlag von R. Oldenburg, 1898, pág. 14.

del siglo XVII, y, de hecho, es más conocido por sus facetas como historiador o filósofo del Derecho y del Estado que por aquella parte de su obra que trata materias relacionadas con el Derecho penal⁶⁸. Aun en esos otros campos, incluso, su nombre ha quedado por detrás del de otros grandes pensadores de su época, y así, suele considerarse a GRO-CIO o a LOCKE como padres del Derecho internacional o de la idea de tolerancia, respectivamente, quedando PUFENDORF al nivel únicamente de un importante autor contemporáneo de los mismos⁶⁹. A pesar de ello, en el siglo XVIII sus escritos tuvieron una influencia decisiva, no sólo en el ámbito alemán sino también en el extranjero. WELZEL da cuenta de la alta estima en que le tuvieron autores de la talla de LOCKE y ROUSSEAU, así como de la influencia de su pensamiento político incluso en el proceso de independencia de las colonias americanas⁷⁰. Por otra parte, para él se creó en 1661 en la Universidad de Heidelberg la primera cátedra de Derecho Natural e Internacional y su influencia en la institucionalización de dicha disciplina en las universidades alemanas fue decisiva⁷¹.

En la obra de PUFENDORF se encuentran reflejadas las dos tendencias que caracterizan al iusracionalismo filosófico del siglo XVII, cuales son, de un lado, el problema del método, y con él la aspiración de construir sistemas filosóficos racionales según el modelo de las ciencias naturales, y, de otro, la liberación de la Filosofía respecto de la Teología, que conduce también a una secularización del Derecho⁷². Ambos factores influirán en la evolución de la doctrina penal de la época a través, sobre todo, de la progresiva asunción por parte de la misma de la teoría de la imputación de PUFENDORF.

En su obra principal, *De jure naturae et gentium*, el autor se ocupa del Derecho penal como parte de su teoría del Estado⁷³, y analiza en ese lugar especialmente la potestad estatal de imponer penas, su origen y la fi-

⁶⁸ SAMLOWSKI, E., *Die Strafrechtslehre und die Zurechnungslehre des Samuel Pufendorf*, Greifswald, Hans Adler, 1920, pág. 7.

⁶⁹ HARTUNG, G., "Samuel Pufendorf und die Verbreitung der Naturrechtslehre in Europa", introducción a PUFENDORF, S., *De officio hominis et civis juxta legem civitatem libri duo*, Lund, 1673, en la edición de SCHMIDT-BIGGEMANN, W., *Samuel Pufendorf, Gesammelte Werke*, Berlin, Akademie Verlag, 1997, pág. VII.

⁷⁰ WELZEL, H., *Die Naturrechtslehre...*, págs. 2 y ss.

⁷¹ HARTUNG, G., "Samuel Pufendorf...", págs. VII y ss. La obra de PUFENDORF *De officio...* fue utilizada junto con otras como libro de texto no sólo en las universidades alemanas, sino también en las francesas y escocesas; *vid.* HARTUNG, G., *op. cit.*, pág. 9 y WELZEL, H., *Die Naturrechtslehre ...*, pág. 2, notas 3 y 4a.

⁷² *Vid.* a este respecto WELZEL, H., *op. cit.*, págs. IX y ss.

⁷³ En el Lib. 8, Cap. III: *De potestate summi imperii in vitam ac bona civium ex causa delicti*.

nalidad que éstas deben perseguir. Sin embargo, conceptos fundamentales para el Derecho penal, como la imputación, el estado de necesidad o la legítima defensa, son tratados en los dos primeros capítulos, en el marco del análisis de la acción humana y la ley natural. En ese contexto es en el que desarrolla, por tanto, la teoría de la imputación de las acciones, que es la parte de su obra que va a ser aquí objeto de estudio.

Antes de proceder al mismo, sin embargo, conviene efectuar dos precisiones. Hay que tener en cuenta, en primer lugar, que la terminología utilizada por PUFENDORF no es nueva. WELZEL señala que el concepto de *imputatio* era conocido ya en la teología tanto protestante como católica, en el ámbito de la justificación del ser humano y de la transmisión del pecado original⁷⁴. También HRUSCHKA señala que el vocabulario empleado por el autor que es aquí objeto de estudio proviene de la Escolástica⁷⁵. Por otro lado, el propio contenido de la teoría, los presupuestos y las causas de exclusión de la *imputativitas*, procede en gran medida de ARISTÓTELES, especialmente de su ética. Esta procedencia ha sido señalada por varios autores⁷⁶. LOENING, en concreto, tras resaltar la importancia de la teoría de la imputación de PUFENDORF para la evolución posterior del Derecho penal, afirma que su origen, que no su denominación, está en ARISTÓTELES, “en quien se encuentran las raíces de todo lo que después de él se ha dicho o pensado sobre imputación y culpabilidad subjetiva”⁷⁷.

B. La teoría de la imputación: *imputatio* e *imputativitas*

PUFENDORF no desarrolló una teoría de la imputación a la que él mismo diera ese nombre. Se denomina así a la serie de principios y reglas que según nuestro autor rigen el actuar humano y determinan la responsabilidad que por el mismo corresponde a su autor. Para comprender el análisis que realiza PUFENDORF del comportamiento humano es preciso exponer antes, brevemente, su teoría de los entes morales o *entia moralia*⁷⁸. La realidad para él está constituida por dos tipos

⁷⁴ Vid. WELZEL, H., *Die Naturrechtslehre...*, pág. 84, especialmente nota 4, y las referencias que allí se acompañan.

⁷⁵ HRUSCHKA, J., “Ordentliche ...”, pág. 66, nota 10, también con referencias.

⁷⁶ Así, WELZEL, H., *Die Naturrechtslehre...*, pág. 84 nota 4; GSCHWEND, L., *Zur Geschichte ...*, pág. 140 y nota 147; LOENING, R., *Die Zurechnungslehre...*, pág. XI; HARDWIG, W., *Die Zurechnung...*, pág. 41.

⁷⁷ LOENING, R., *op. cit.*, pág. XII. Pueden compararse a este efecto los supuestos de exclusión de la responsabilidad moral en ARISTÓTELES que enumera y explica LOENING, y los que se encuentran en la obra de PUFENDORF.

⁷⁸ El mismo PUFENDORF sigue este orden: *De jure* comienza con la exposición de la teoría de los *entia moralia* (Lib. 1; Cap. I), a la que sigue el análisis de la acción humana (Lib. 1; Caps. III-IX).

de entidades, los entes físicos o *entia physica* y los entes morales o *entia moralia*⁷⁹. Dentro del mundo de las cosas físicas o naturales todo lo que acontece está regido por las leyes de la naturaleza, es decir, por la ley de la causalidad, que determina el funcionamiento de todas las cosas según las propiedades a cada una asignadas por Dios en el acto de la creación⁸⁰. Pero, además de estas propiedades o atributos naturales, existe otro tipo de atributos de las cosas, que PUFENDORF prefiere designar con el término *modi*⁸¹, y que son los *entia moralia*. Esta otra clase de modos, al contrario que los anteriores, no afectan físicamente a las sustancias ni varían en forma alguna su constitución natural, sino que les añaden significados o valores, y su razón de ser es dirigir y orientar la libertad de los actos voluntarios del hombre y establecer con ello “un cierto orden y decoro en la vida humana”⁸². A diferencia de los entes físicos, los entes morales no surgen por creación sino por otro acto que PUFENDORF denomina ‘imposición’ (*impositio*)⁸³ y del cual son sólo capaces los seres inteligentes, es decir, Dios y el hombre⁸⁴. Este último, en efecto, se diferencia del resto de criaturas de la creación porque dispone de inteligencia, mediante la cual puede comprender, comparar y juzgar sobre las cosas, gracias a lo cual queda liberado de la necesidad de adaptar sus actos a un modo determinado⁸⁵. Por ello, la función de los entes morales consiste en mostrar a los hombres a qué criterio deben ajustar su libertad de acción y en convertirles en posibles

⁷⁹ *De jure*, Lib. 1; cap. I; § 2.

⁸⁰ *Op. y loc cit.*

⁸¹ *De jure*, Lib. 1; Cap. I; § 3: “We use the term *modes*, for the term entity seems more fittingly to be divisible into the two great subdivisions of substance and mode, than into those of substance and accident” / “*Modos* dicimus. Nam concinnius nobis videtur ens latissime dividere in substantiam& modum, quam in substantiam & accidens.” (cursiva en el original).

⁸² *Op. y loc. cit.*: “[...] primarily to direct and temper the freedom of the voluntary acts of man, and thereby to secure a certain orderliness and decorum in civilized life.” / “[...] ad dirigendam potissimum & temperandam libertatem actuum hominis voluntariorum, & ad ordinem aliquem ac decorem vitae humanae conciliandum.”

⁸³ *De jure*, Lib. 1, Cap. I, § 4.

⁸⁴ El término que utiliza PUFENDORF es *homo*, que ha sido traducido en la versión inglesa por *man*. En esta exposición se utiliza, por tanto, en la mayoría de las ocasiones el término castellano *hombre*, en lugar del más amplio *ser humano*, que incluye también a los seres humanos femeninos, por fidelidad al texto manejado y porque, además, de algunos pasajes de la obra de PUFENDORF se desprende que las consideraciones que realiza están dirigidas preferentemente al género masculino, ya que la mujer es equiparada en ocasiones a los niños (*vid.*, por ejemplo, *Elem.*, Lib. 8, Cap. III, § 3).

⁸⁵ *De jure*, Lib. 1, Cap. I, § 2: “But to men there has been given not merely beauty and adaptability of body, but also the distinctive light of intelligence, by the aid of which he can understand things more accurately, compare them with one another, judge the unknown by the known, and decide how things agree upon themselves; so that, as it would seem, not only is he freed from the necessity of confining his actions to any mode, but he can even exert, suspend or moderate them.” / “Ast homini uti praeter insignis corporis habili-

destinatarios de un bien o un mal, así como en hacer posible que puedan dirigir ciertas acciones a otras personas con un determinado efecto⁸⁶. En palabras de WELZEL, “[el] mundo cultural es el mundo de los ‘entia moralia’, que, sobre la base del mundo de los entia physica pero esencialmente distinto de éste, confiere a las acciones libres del hombre dirección y fin, y configura así la vida humana como una realidad dotada de sentido y de valor.”⁸⁷

De esta breve exposición de la teoría de los *entia moralia* se deducen dos ideas, que se encuentran también en la base del análisis de la acción humana. En primer lugar, el hombre ocupa un lugar privilegiado respecto del resto de seres vivos, al estar dotado de intelecto y de libre voluntad. Junto a ello, el comportamiento de los hombres no obedece a unos principios inalterables e inherentes a su naturaleza, sino que se orienta conforme a significados, sentidos y valores, en parte creados por él mismo, según la ley de la libertad.

Una vez aclarado esto, procede entrar ya en el análisis de la teoría de la imputación, en la que, de acuerdo con la división de las cosas en físicas y morales, se distinguirán también en la acción moral diversos elementos.

Como se acaba de exponer, PUFENDORF considera el intelecto y la libertad de la voluntad como aquellas características del ser humano que lo elevan por encima del nivel de los animales⁸⁸. El intelecto cons-

tatem datum est singulare mentis lumen, cujus ope res posset accuraius comprehendere, eas inter se conferre, ex notioribus ignotiora colligere deque rerum convenientia inter se iudicare; nec non ut motus suos non ad eundem semper modum cogeretur exserere, sed eosdem expromere, suspendere, ac moderari valeret, prout videretur.”

⁸⁶ *De jure*, Lib. 1, Cap. I, § 4: “Hence the active force of them [los entes morales] does not consist in their ability to produce any physical motion or change in any thing, but only in this, that it is made clear to men along what line they should govern their liberty of action, and that in a special way men are made capable of receiving some good or evil and of directing certain actions towards other persons with a particular effect.” / “Unde vis operandi quae illis inest, non in hoc consistit, ut intrinseca sua efficacia motum aliquem physicum, aut mutationem in re aliqua immediate producant; sed tum in eo, ut pateat hominibus, qua ratione libertas actionum ipsis sit moderanda; tum ut peculiari-ter reddantur habiles ad commodum vel incommodum aliquod recipiendum, vel etiam ad certas actiones adversus alium cum peculiari effectu exercendas.”

⁸⁷ *Die Naturrechtslehre ...*, pág. 20. WELZEL considera que la teoría de los *entia moralia* convierte a PUFENDORF en el primer filósofo de la cultura, por haber sido el primero en poner de relieve la peculiar esencia del universo cultural frente al físico y haberlo convertido en objeto de investigación científica, *vid. op. cit.*, págs. 19 y ss.

⁸⁸ *De jure*, Lib. 1, Cap. III, § 1: “And for this reason the actions of man are put in a class far above the motions of beasts, which are but a reflex of their senses, without any previous reflection, [...]” / “Sic ut eo nomine actiones humanae longe eminentiori classe censeatur, quam motus brutorum, quos stimuli sensuum citra antegressam fere reflexionem eliciunt, [...]”.

ta de dos facultades, una representativa (*repraesentativa*), mediante la cual presenta a la voluntad las cosas como si de un espejo se tratase, y otra de enjuiciamiento (*judicativa*), que sopesa y compara las razones en pro y en contra de cada cosa y dice a la razón qué, cómo y con qué medios ha de actuar⁸⁹. La facultad representativa es una facultad natural, en el sentido de que no está en poder del hombre percibir las cosas de manera diferente a como se las presenta su intelecto. Sin embargo, la capacidad intelectual del hombre está conformada de tal manera que un hombre adulto y en posesión de su razón nunca será incapaz de comprender al menos los preceptos generales de la ley natural —siempre que ponga en ello un mínimo de interés—, a no ser que su mente esté afectada por alguna enfermedad⁹⁰.

Respecto a la libertad de la voluntad, le ha sido conferida al hombre porque Dios quiso que sus acciones estuvieran gobernadas por leyes y no configuradas según un patrón fijo e inalterable, de donde se deduce que la libre voluntad es el presupuesto de la moralidad de las acciones humanas⁹¹. También en la voluntad se distinguen dos facultades: una es la espontaneidad (*spontaneitas*), por la cual la voluntad actúa según un impulso interno, independientemente de toda determinación externa. Es importante tener en cuenta que en la espontaneidad se encuentra implícito el conocimiento previo⁹², de manera que en toda determinación de la voluntad hay que entender incluida una deliberación previa⁹³. La segunda facultad es la libertad (*libertas*), que consiste en que, dadas una serie de posibilidades de actuación, la voluntad puede decantarse por cualquiera de ellas, o incluso por ningun-

⁸⁹ Vid. sobre todo esto *De Jure*, Lib. 1, Cap. III, especialmente §§ 1-3; *Elem.*, Lib. 2, Obs. I; *De Of.*, Lib. 1, Cap. I, §§ 4-8.

⁹⁰ Vid. el símil que utiliza el mismo PUFENDORF en *De jure*, Lib. 1, Cap. III, § 3: “An ill-shaped mirror, indeed, presents distorted images, [...]” / “Sane speculum male conformatum utique distortas imagines refert; [...]”.

⁹¹ *Elem.*, Lib. 2, Obs. II, § 9: “For, assuredly, an obligation presupposes a natural faculty of action and non-action, which, if a man so determine by some physical necessity, that, after the fashion of natural causes, he be utterly unable to strive towards the diverse, he would destroy all the morality of his own actions, [...]” / “Sane enim obligatio praesupponit naturalem facultatem agendi & non agendi, quam si quis per necessitatem aliquam physicam ita determinet, ut a modum causarum naturalium in diversa prorsus niti nequeat, omnem actionum ipsius moralitatem extingueret; [...]”. Vid. también *De jure*, Lib. 1, Cap. IV, § 3.

⁹² *Elem.*, Lib. 2, Obs. II, § 2: “Now spontaneous actions, which, of course, are undertaken from an internal movement of the will together with previous cognition, [...]” / “Ad actiones autem spontaneas, quae scilicet suscipiuntur ex interno motu voluntaris cum praevia cognitione, [...]”; § 4: “Moreover, just as the spontaneous involves two things, namely, the intrinsic movement of the will, and a previous cognition, [...]” / “Porro quemadmodum spontaneum duo involvit, intrinsecum voluntatis motum, & praeiviam cognitionem, [...]”.

⁹³ HARDWIG, W., *Die Zurechnung ...*, pág. 40.

na. La característica principal de la voluntad es, por tanto, el no estar ligada a una forma predeterminada de actuación; característica a la que PUFENDORF denomina ‘indiferencia’⁹⁴.

Partiendo de los presupuestos explicados, PUFENDORF define la acción moral (*actio moralis*) de la siguiente manera: “Son acciones morales, por lo tanto, las acciones voluntarias del hombre consideradas según la imputación de sus efectos en la vida común”⁹⁵. En esta definición el autor distingue una serie de conceptos. La acción voluntaria es aquella que depende de tal manera de la libre voluntad del hombre, que sin ésta determinación no habría tenido lugar, de manera que la realización o no de la misma estaba en poder del hombre⁹⁶. Toda acción voluntaria contiene, a su vez, dos elementos. El primero es material, y consiste en cualquier movimiento físico⁹⁷, ya sea de la facultad locomotora, de los sentidos externos e internos, del intelecto, e incluso de la voluntad. Cuando sólo se toma en consideración este aspecto de la acción, PUFENDORF prefiere denominarla acto *de la voluntad* en lugar de acto *voluntario*, término que reserva para la acción considerada en sus dos aspectos, material y formal. Éste último consiste en la relación de dependencia que cabe establecer entre el movimiento físico y la determinación de la voluntad, relación en virtud de la cual la acción es considerada como producto de una causa libre⁹⁸. Este elemento formal es lo que PUFENDORF denomina *imputativitas*^{99/100}.

⁹⁴ *De jure*, Lib. 1, Cap. IV, especialmente §§ 1-4; *Elem.*, Lib. 2, Obs. II; *De Of.*, Lib 1, Cap. I, §§ 9-16.

⁹⁵ *Op. y loc. cit.*: “Moral actions are, therefore, the voluntary actions of a man, considered with the imputation of their effects in common life.” / “Sunt igitur actiones morales actiones hominis voluntariae cum imputatione suorum effectuum in vita communi spectatae.”

⁹⁶ *Op. y loc. cit.*.. *Vid.*, para la exposición que sigue, fundamentalmente *De Jure*, Lib. 1, Cap. V, §§ 1-5 y *Elem.*, Lib. 2, Def. 1.

⁹⁷ “Movimiento físico” tiene el sentido de actuación física o psíquica, pues se ha visto ya *supra* que también las facultades psíquicas forman parte del mundo natural. También pueden constituir el elemento material las omisiones, o los movimientos de animales o fuerzas inanimadas, si actúan bajo la dirección de nuestra voluntad; *De jure*, Lib. 1, Cap. V, § 2.

⁹⁸ *De jure*, Lib 1, Cap. V, § 1: “[...]; the second is formal, which is the dependence of that motion or exercise on the decision of the will, according to which dependence the action is regarded as decided by a cause that is free and self-determining.” / “[...]; alterum quasi formale, quod est dependentia ejus motus seu exercitii a decreto voluntatis, secundum quam ut a causa libera, & seipsam determinante, decreta concipiuntur.”

⁹⁹ *Ibid.*, § 3: “The formality of a moral action consists of its ‘imputativity’, so to speak, whereby the effect of a voluntary action can be imputed to an agent, or can be considered as belonging to him in a special way, [...]” / “Formale actionis moralis consistit in imputativitate, ut ita loquar, per quam effectus actionis voluntariae agentis potest imputari, seu tanquam ad ipsum proprie pertinens haberi [...]”.

¹⁰⁰ En su primera obra, *Elementorum Jurisprudentiae Universalis*, PUFENDORF habla de un tercer elemento, al que denomina ‘fundamental’ y en virtud del cual el mo-

Hay que tener en cuenta que hasta este punto del análisis nos estamos moviendo todavía en el mundo natural (físico-psíquico), haciendo abstracción de toda valoración (de toda referencia, por tanto, a los *entia moralia*). HARDWIG ve en este punto una contradicción en el sistema de PUFENDORF: si la voluntad pertenece también al mundo natural, físico, como efectivamente así parece según la descripción del elemento material de la acción, entonces estaría sometida a la ley de la causalidad como todo lo que acontece en ese mundo y no podría ser libre¹⁰¹. Sin embargo, considero más acertada la interpretación de WELZEL, para quien en el mundo físico, haciendo abstracción de todo tipo de valor, existen ya, al contrario que en la interpretación de HARDWIG, dos tipos de determinación: la ley de la causalidad, que gobierna todo el acontecer extrahumano, y parte del humano, y la determinación a través de la libertad, que rige en las acciones de los hombres cuando el origen de éstas se encuentra en el intelecto y en la voluntad¹⁰².

Pues bien, ese acto voluntario, entendido como aquel que contiene tanto el aspecto material como el formal, puede ser considerado de dos maneras. Bien en sí mismo, como movimiento físico realizado en base a una previa decisión de la voluntad, o bien reflexivamente (*reflexive*), teniendo en cuenta el grado en el cual sus efectos pueden ser imputados al hombre. Cuando las acciones voluntarias son consideradas desde este segundo punto de vista, pueden ser denominadas *humanas*. Y puesto que la imputación se realiza de acuerdo con parámetros morales, resulta que las acciones humanas reciben también la denominación de *morales*¹⁰³.

vimiento físico es percibido como producido por la decisión de la voluntad. Para WELZEL, la razón de que desaparezca en *De Jure* es porque está ya incluido en el aspecto material (psíquico) de la acción; WELZEL, H., *Die Naturrechtslehre ...*, pág. 22, nota 9. En el mismo sentido BOLDT, G., *Johann Samuel Friedrich von Böhmer und die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft*, Berlin y Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1936, pág. 152, nota 29.

¹⁰¹ HARDWIG, W., *Die Zurechnung ...*, pág. 39.

¹⁰² WELZEL, H., *Die Naturrechtslehre ...*, pág. 21.

¹⁰³ *De jure*, Lib. 1. Cap. V, § 1: "Furthermore, we may consider a voluntary act either in itself and absolutely, according as some physical motion is undertaken by a previous decision of the will, or reflexively, regarding the degree to which its effects can be imputed to a man. Voluntary actions which have this reflexive feature are by a special usage of the word called 'human'. And from the fact that a man is said to be of good or bad morals, according as he performs those actions well or ill, or according as they do or do not agree with some law as their norm [...], it has come about that human actions themselves are designated by the term moral actions." / "Enimvero actio voluntatis ulterius consideratur, vel in se & absolute, prout est aliquis motus physicus praevisio voluntatis decreto susceptus, vel reflexive; quantum effectus ejus homini imputari possunt. Quam reflexionem complexae actiones voluntariae speciali vocis usu dicuntur humanae. Et quoniam ab istis actionibus, prout bene aut male ab aliquo obeuntur, seu prout ad legem tanquam normam suam congruunt, vel non congruunt [...]; inde factum, ut ipsae actiones humanae moralium vocabulo designentur."

Conviene detenerse brevemente en la explicación de cada uno de estos términos. Cada uno (acción de la voluntad, acción voluntaria, acción humana, acción moral) tiene un significado diferente, pero no todos se refieren a cosas distintas: lo que cambia en cada uno de ellos es, en definitiva, el punto de vista adoptado. Con el ‘acto de la voluntad’ se designa la acción considerada únicamente en su aspecto material. En las otras tres clases de acciones se considera tanto el elemento material como el formal, y, por ello, se considera ya la acción como producto de la libre voluntad. El paso de la acción ‘voluntaria’ a la ‘humana’ consiste en añadir el punto de vista de la posible imputación de sus efectos. Sólomente en la última, en la acción ‘moral’ se da entrada ya a la perspectiva valorativa, porque incluye el punto de vista de los criterios conforme a los cuales se va a realizar la imputación. De hecho, los distintos niveles utilizados en la exposición son posibles sólo si se entienden como una abstracción, ya que en la realidad *existen* de hecho valores morales (*entia moralia*) dirigidos a orientar el comportamiento humano, y las acciones voluntarias del hombre *son* acciones morales¹⁰⁴.

PUFENDORF introduce aún un último término en su planteamiento, las acciones *naturales*¹⁰⁵. Las define como las acciones provenientes de cualquier fuerza en tanto consideradas en sí mismas, es decir, sin tener en cuenta la decisión de la voluntad ni la *imputativitas*, y por ello privadas tanto del fundamento como del elemento formal de la moralidad. Lo interesante es que estas acciones no son sólo las provenientes de las fuerzas necesarias de la naturaleza, sino también las acciones producto de las “fuerzas libres” (es decir, de la libre voluntad del hom-

¹⁰⁴ Vid. WELZEL, H., págs. 23 y ss, y pág. 86.

¹⁰⁵ En *Elem.*, Lib. 1 Def. I, § 7: “In contradistinction from moral actions are natural actions, or actions of any forces whatsoever, in so far as they are considered in their natural essence, as movements produced by powers which are in one by nature, but without respect to the decision of the will and to imputativity, and therefore are deprived of the foundation as well as of the formal element of morality. And such are the actions not merely of the necessary powers which, granted all things requisite for action, cannot help but act, but also those of the free powers which, granted all things requisite for action, can act or not, if, indeed, they be considered in the manner just mentioned. Among these, nevertheless, there is this difference, namely, that the former in themselves and directly are not capable of the foundation of morality, but the latter are.” / “Moralibus actionibus contradistinguuntur *actiones naturales*, seu actiones quarumcunque potentiarum, quatenus considerantur in esse suo naturali, tanquam motus producti a potentiis, quae per naturam insunt citra respectum tum ad decretum voluntatis, tum ad imputativitatem, adeoque praeciso moralitatis tum fundamento tum ratione formali. Et tales sunt actiones non tantum potentiarum necessarium, quae positis omnibus ad agendum requisitis non possunt non agere; verum etiam liberarum, quae positis omnibus ad agendum requisitis possunt agere vel non agere, siquidem considerentur modo jam dicto. Inter quas tamen hoc discriminis est, quod illae in se & immediate non sunt capaces fundamenti moralitatis, hae vero sunt.” (cursiva en el original).

bre) cuando se consideran precisamente sin tener en cuenta esa procedencia. Estas segundas se corresponderían, por tanto, con los actos *de la voluntad* explicados más arriba. La diferencia entre uno y otro tipo de acciones naturales radica en que las primeras por sí mismas no son capaces de proporcionar el fundamento de la moralidad, ya que son producto de las leyes de la causalidad, mientras que las otras sí, porque son producidas por el hombre¹⁰⁶.

En resumen, no todas las acciones del hombre son acciones “humanas”. En un primer momento, todas las acciones del hombre pertenecen, como los demás sucesos del mundo físico, a la clase de las acciones *naturales*. Sólo las acciones del hombre que sean producto de su libre voluntad entran en la clase de las acciones *voluntarias*, que reciben el nombre de *humanas* cuando se considera la posibilidad de la imputación de sus efectos. Y como ésta se produce en relación con parámetros morales (los *entia moralia*), las acciones humanas son acciones *morales*. La verdadera frontera se encuentra, por tanto, entre las acciones voluntarias y las que no lo son, las que provienen del intelecto y la voluntad y las que no. Los demás grupos son sólo acciones voluntarias contempladas desde diferentes puntos de vista.

Esto sentado, podemos pasar a analizar las condiciones bajo las cuales pueden serle imputadas al hombre sus acciones. El término imputación o *imputatio* se refiere al acto por el cual una acción se considera perteneciente a un sujeto de una forma especial, en tanto que tiene su origen en el ejercicio de su libertad de voluntad. Mediante la imputación se atribuyen al hombre los efectos, buenos o malos, que su acción haya producido, y se le considera responsable de los mismos¹⁰⁷. La diferencia entre *imputativitas* e *imputatio* consiste en que no todo lo que es posible imputar a una persona le será imputado necesariamente, puesto que el hacer efectiva la imputación corresponde a la persona a

¹⁰⁶ Me parece que esta consideración de PUFENDORF apoya la posición de WELZEL expuesta más arriba (notas 101 y 102), en detrimento de la opinión de HARDWIG. Al ser acción natural tanto la que es producto de las leyes necesarias de la naturaleza como la que proviene de una fuerza libre, siempre que ésta última se considere desde un determinado punto de vista, considero que tiene razón WELZEL al afirmar que también las acciones que resultan del ejercicio de la libertad de la voluntad corresponden al mundo natural, independientemente de que, además, puedan producir efectos en la esfera moral. Otra cosa es, desde luego, que el afirmar la existencia de dos tipos de determinación en el mundo físico pueda resultar discutible.

¹⁰⁷ *De jure*, Lib. 1, Cap. V, § 3: “[...]; and therefore, whatever its acceptance carried of good or evil must be referred to him, and he must be held responsible for both.” / “[...]; inde sive boni quid fuerit, sive mali, eidem in acceptis sit referendum, sicut pro utroque rationem reddere teneatur.” *Vid.* también *De Of.*, Lib. 1 Cap. I, § 17.

la que interesaba que la acción se produjera o no¹⁰⁸. Aplicado al campo del Derecho penal, por ejemplo, la imputación es la que realiza el juez. Pues bien, si al imputar al hombre una acción se le hace responsable de los efectos que ésta produce, y la imputación se basa en la libertad de la voluntad, se deduce de ello que la responsabilidad del hombre por sus actos tiene su fundamento en el libre albedrío. Así se resume en el primer Axioma de los *Elemetorum* ...: “Una acción cualquiera, susceptible de ser orientada de acuerdo a una norma moral, y que estuvo en poder del hombre realizar o no, puede serle imputada. Y, por el contrario: aquello que ni en sí mismo ni en su causa estuvo en poder del hombre no puede serle imputado [...]”¹⁰⁹.

Una vez establecido el concepto de imputación, procede examinar las causas que la excluyen. Consecuentemente con el fundamento en que se basa la posibilidad de imputar las acciones, será imposible imputar aquellas que no hayan sido realizadas voluntariamente, en el sentido que PUFENDORF atribuye a este término, como comprensivo de conocimiento y libre voluntad¹¹⁰. De esta manera, lo común a todas las causas es que excluyen la *imputativitas*, la posibilidad de imputar. Los

¹⁰⁸ *Elem.*, Lib. 2, Axiom 1, § 4: “For not all actions which can be imputed are also always actually imputed to the agent, or are necessarily to be imputed; but that the imputation be actual, and that effective, rests within him to whose interest it was taht the action take place or not.” / “Non enim omnes actiones, quae imputari possunt, etiam semper actu agentis imputantur, aut necessario imputandae sunt; sed ut fiat actualis imputatio, eaq; [sic] efficax penes illum est, cujus interfuit actionem fieri vel non fieri.”

¹⁰⁹ *Elem.*, Lib 2, Axiom 1: “Any action whatsoever that may be directed according to a moral norm, which is within a man’s power to do or not to do, may be imputed to him. And, on the contrary: That which neither in itself nor in its cause was within a man’s power may not be imputed to him [...]” / “Quaelibet actio ad normam moralem dirigibilis, quam penes aliquem est fieri vel non fieri, potest ipsi imputari. *Et contra*: id quod neque in se neque in sua causa penes aliquem fuit, non potest ipsi imputari, [...]” (cur-siva en el original).

La distinción *neque in se neque in sua causa* hace referencia a las dos formas de imputación que admite PUFENDORF, y se hará referencia a ella en el lugar correspondiente (*vid. infra*, en este mismo epígrafe). Sobre esa distinción y su relación con la *actio libera in causa*, *vid.* HRUSCHKA, J., “Ordentliche...”, *cit.*, *passim*.

¹¹⁰ *Vid. supra*, notas 28 y 29. *Vid.* también *De jure*, Lib. 1, Cap. IV, § 10: “Lastly, since the requirements for a voluntary action are: (1) that the principle of the motion be in the agent, or that the agent move to the deed by the impulse of his own will, and (2) that he know what would be the outcome; it is clear, that, in the absence of either of both of these factors, the action is made involuntary. Aristotle, *Nicomachean Ethics*, Bk. III, chap.i: ‘It is generally admitted taht acts doen under compulsion, or from ignoranc, are involuntary.’” / “Denique cum ad spontaneum requiratur, tum ut principium motus sit in agente, seu ut agens voluntatis suae impulsu ad agendum accesserit, tum ut sciverit, quid agerentur; adparet, ubi alterutrum horum aut utrumque deficit; actionem reddi invitam. [suprimo la repetición de la cita de Aristóteles]”.

supuestos son los siguientes¹¹¹: (1) aquellos sucesos que derivan de necesidades físicas o causas situadas más allá del poder de los hombres, es decir, los procesos naturales¹¹²; (2) los efectos que derivan de los procesos biológicos que tienen lugar en el propio cuerpo¹¹³; (3) las cosas imposibles, es decir, que exceden nuestras fuerzas de manera que no pueden ser evitadas ni conseguidas¹¹⁴; (4) aquello que uno meramente sufre o se ve obligado a realizar bajo coacción¹¹⁵; (5) lo realizado con ignorancia, pues ésta convierte la acción en involuntaria¹¹⁶; (6) las acciones realizadas en los sueños¹¹⁷; (7) los hechos futuros¹¹⁸.

De todas estas causas de exclusión, o mejor, de imposibilidad de realizar la imputación, corresponde aquí examinar únicamente aquellos supuestos más directamente relacionados con el ámbito de la imputabilidad subjetiva.

Dentro del apartado dedicado a la ignorancia, PUFENDORF hace referencia a las acciones de los niños (*infantes*), y a las de los locos (*furiosis & mente motis*). Sus acciones no son susceptibles de imputación, y aclara que los “castigos” que se imponen a los niños han de entenderse únicamente como una corrección¹¹⁹ para evitar tanto que produzcan daños a terceros como que al llegar a la edad adulta cristalicen en malos hábitos. Respecto de los enajenados, afirma que es aplicable el mismo principio, y que “los azotes que puedan darse a es-

¹¹¹ Las enumeraciones contenidas en cada una de las tres obras utilizadas como base para este trabajo no son totalmente idénticas. Aquí se utilizará como guía la correspondiente a *De jure naturae et gentium*, ya que es considerada la obra fundamental del autor, y porque, aunque *De Officio...* es de fecha posterior, es un escrito que tiene el carácter de resumen de las ideas principales de la obra mayor, para facilitar su difusión. Las divergencias que respecto a esta enumeración presentan las otras dos obras y que se consideran relevantes desde el punto de vista de la finalidad de este trabajo se indican en los lugares correspondientes.

¹¹² *De jure*, Lib. 1, Cap. V, § 6.

¹¹³ *Ibid.*, § 7. PUFENDORF las denomina “actions and effects of the vegetative faculties” / “acciones & effectus facultatum vegetabilium”.

¹¹⁴ *Ibid.*, § 8.

¹¹⁵ *Ibid.*, § 9. Mientras que en los *Elementorum ...* PUFENDORF incluía aquí únicamente los casos que actualmente corresponderían a la categoría de *vis absoluta*, en *De jure* considera también como coacción los casos de *vis compulsiva*. PUFENDORF no utiliza, sin embargo, esta denominación. En opinión de HRUSCHKA, la distinción entre *vis absoluta* y *vis compulsiva* surge en el siglo XVIII; *vid.* HRUSCHKA, J., “Ordentliche...”, pág. 669, nota 14.

¹¹⁶ *Ibid.*, § 10.

¹¹⁷ *Ibid.*, § 11.

¹¹⁸ *Ibid.*, § 12.

¹¹⁹ *De jure*, Lib. 1, Cap. V, § 10: “[...], but as a means only of correction, [...]” / “[...], sed per modum nudae emendationis, [...]”.

tas personas no tienen más naturaleza de castigo por una falta que la que tienen los que se propinan a un caballo que cocea para quitarle ese hábito”¹²⁰. En su primera obra, sin embargo, PUFENDORF no incluía estos supuestos dentro de la ignorancia, sino que, tras enumerar como acciones no imputables los sucesos naturales, los actos de las facultades vegetativas, las acciones realizadas bajo coacción y las imposibles, y antes de aludir en sexto lugar a la ignorancia, se refería como un grupo aparte a “las acciones de aquellos que no gozan del uso constante de su razón”¹²¹. Es el caso de los *furiosi*, “cuyas acciones se consideran como moralmente nulas”¹²², y los niños, antes de que su razón comience a poder ser ejercitada con claridad. Tampoco en *De Officio...* se refiere PUFENDORF a los niños y los locos en el mismo apartado que a la ignorancia¹²³, sino en un párrafo posterior¹²⁴, en el que respecto a los niños reitera en parecidos términos las consideraciones efectuadas en *De jure naturae et gentium*, y respecto de los locos añade una interesante aclaración: que sus acciones no pueden ser consideradas como humanas¹²⁵.

Por lo que toca a otros supuestos relacionados también con la imputabilidad subjetiva, como son la ebriedad o las hipótesis de acciones realizadas bajo la influencia de determinados estados de ánimo (es decir, el ámbito del antiguo trastorno mental transitorio (PUFENDORF no admite que excluyan en todo caso la posibilidad de imputación. Reconoce que el hombre no siempre se encuentra en un estado de perfecto equilibrio, sino que muy diversas influencias exteriores pueden in-

¹²⁰ *Ibid.*: “[...]; for any blows given such persons have no more the nature of a punishment for a fault, than have the blows that are given a kicking horse to break him of his habit.” / “His enim si quam verbera infliguntur, non magis rationem poenae delicto respodentis habent, quam quae equo calcitroso impinguntur, ut calces deinceps jactare desistat.”

¹²¹ *Elem.*, Lib. 2 Axiom 1, § 6: “(5) The actions of those who do not enjoy the constant use of their reason, unless they have ruined it by their own fault [...]” / “5. Actiones eorum, qui continuo rationis usu non gaudent nisi sua culpa eam corruperint [...]”. Puede verse cómo también aquí PUFENDORF precisa que no puede deberse a su propia culpa el encontrarse en ese estado, si bien no aclara cuál sería la consecuencia a la que ello llevaría: de acuerdo con lo que ocurre en los demás casos, sería posible la imputación, aunque cabe preguntarse si tendría sentido en una persona que ha perdido definitivamente el uso de su razón. Respecto a los supuestos de ebriedad, ver *infra*, en este mismo epígrafe.

¹²² *Ibid.*: “Such are the mad, whose actions are regarded morally as null; [...]” / “[...]; ut sunt furiosi, quorum actus moraliter habentur pro nullis; [...]”.

¹²³ *De Of.*, Lib. 1, Cap. I, § 20.

¹²⁴ *Ibid.*, § 25.

¹²⁵ *Ibid.*: “[...] kann man auch derer Rasenden/ Un= und Wahnsinnigen Actionen vor menschliche weder halten noch bestrafen/ [...]” / “Sic & furiosorum, mente motorum & delirorum acciones pro humanis non habentur, [...]”.

clinar su voluntad en un sentido u otro¹²⁶, y menciona entre ellas el clima, la edad, la salud, el modo de vida, los hábitos adquiridos y las pasiones. Sin embargo, afirma que no importa lo violentos que puedan ser o la fuerza que puedan llegar a ejercer tales estímulos sobre la voluntad, dado que incluso las personas de espíritu más débil pueden conseguir mantener el control de la voluntad sobre todas estas influencias, siempre que dediquen un esfuerzo suficiente¹²⁷. Por lo que respecta a los hábitos, entiende dicho autor que, aunque la inercia que producen llegara a hacerse prácticamente irresistible, el hecho de que lleguen a alcanzar esta fuerza ha dependido siempre en un primer momento de la voluntad del individuo, porque éste permitió la repetición de los actos que al final desembocó en hábito¹²⁸. En cuanto a la ebriedad, el autor aplica una consideración similar, en el sentido de que, aunque puede llegar a turbar por completo la mente, ello no impedirá la imputación si el sujeto debió prever la posibilidad de que ocurriera el hecho¹²⁹. El tratamiento de estos dos últimos supuestos está en relación con la idea que PUFENDORF expresaba en el primer Axioma de los *Elementorum*... mediante la matización representada por las palabras *'neque in sua causa'*¹³⁰: no sólo se imputan al hombre aquellas cosas que está en su poder realizar o no en el momento de la acción, sino también aquellas respecto de las cuales la facultad de realizarlas o no estuvo en nuestro poder y es responsabilidad nuestra el haberla perdido¹³¹.

Llegados a este punto, corresponde preguntarse cuáles son las conclusiones que cabe extraer de la teoría de la imputación de PUFENDORF por lo que hace a la imputabilidad subjetiva.

¹²⁶ *De jure*, Lib. 1, Cap. IV, §§ 5 y ss.

¹²⁷ *De jure*, Lib. 1, Cap. IV, § 5. LUBBERS explica esta "severidad" relacionándola, por un lado, con el mínimo grado de desarrollo que en aquella época contaban la Psicología y la Medicina como ciencias, lo que contribuía a menospreciar la influencia de los trastornos de la voluntad sobre el comportamiento, pero sobre todo con el espíritu de la época, para la que era decisivo el sentido del deber; vid. LUBBERS, F., *Die Geschichte ...*, pág. 38.

¹²⁸ *De jure*, Lib. 1, Cap. IV, § 6.

¹²⁹ *De jure*, Lib. 1, Cap. IV, § 8.

¹³⁰ Vid. la cita del pasaje *supra*, en este mismo epígrafe.

¹³¹ *Elem.*, Lib. II, Axioma I, § 7: "There can also be imputed not merely those things in which it is in our power at the present moment either to do them or not to do them, but also those, the faculty of performing which was formerly in our power, but has been lost by our own fault; [...]" / "Possunt quoque imputari non ea tantum quae pro praesenti tempore ut fiant vel non fiant in nostra sunt potestate, sed etiam, quorum perficiendorum facultas nobis antea fuit, nostra autem culpa est amissa; [...]". HRUSCHKA denomina a estas dos vías posibles de la imputación 'ordinaria' y 'extraordinaria' y relaciona la segunda con la *actio libera in causa*; vid. sobre todo ello HRUSCHKA, J., "Ordentliche...", *passim*.

En primer lugar, se deduce de lo hasta ahora expuesto que en la construcción de este autor no existe un término equivalente a imputabilidad en sentido subjetivo. La voz *'imputativitas'* es, como se ha visto, un término referido a la acción y no al sujeto, y su significado es el de 'posibilidad de imputar la acción'. Cabría concluir, por tanto, que el término *imputativitas* no es equivalente a *Zurechnungsfähigkeit*, sino a *Zurechenbarkeit*; no se refiere a la imputabilidad subjetiva, sino a la objetiva, y más aún, que los supuestos que corresponderían a una hipotética imputabilidad subjetiva forman parte en la construcción de PUFENDORF de la imputabilidad objetiva. GSCHWEND ve en esto el origen de una confusión conceptual entre *Zurechenbarkeit* y *Zurechnungsfähigkeit* que se prolongaría hasta tiempos muy recientes¹³².

Sin embargo, no me parece acertado utilizar el término "confusión". Es cierto que PUFENDORF no distingue una imputabilidad subjetiva y una objetiva, como también lo es que tal distinción tardaría aún más de un siglo en ser elaborada por la doctrina penal con claridad. Pero considero poco prudente enjuiciar con arreglo a categorías de la dogmática actual sistemas construidos con arreglo a principios completamente diversos. Para PUFENDORF, en realidad, no se plantea el problema de en qué sujetos concurre la capacidad necesaria para que las acciones les puedan ser imputadas porque, por definición, todo hombre la tiene: el intelecto y la libre voluntad, que son a lo que se atribuye la acción cuando se imputa, son precisamente aquellas características que convierten al hombre en lo que es y lo elevan por encima del nivel de los animales. De hecho, se ha mostrado ya cómo las acciones de los inimputables no pueden considerarse propiamente humanas, y cómo reciben un tratamiento que tiene el mismo sentido que el aplicado a animales¹³³. Además de los pasajes ya citados, PUFENDORF reitera esta idea en otro lugar en términos muy claros: "[...] en el caso de aquellos cuya mente está afectada por alguna enfermedad, no hay ya lugar para la razón, ni las acciones de estas personas se consideran como acciones de seres humanos."¹³⁴ En consecuencia, los supuestos de inimputabilidad subjetiva que consisten en características duraderas de la persona hacen que ésta no pueda ser considerada como un ser humano perfecto. Respecto a los supuestos de inimputabilidad transitorios, hay que tener en cuenta, de un lado, que PUFENDORF no distingue en la im-

¹³² GSCHWEND, L., *Zur Geschichte ...*, pág. 140.

¹³³ *Vid. supra*, en este mismo epígrafe.

¹³⁴ *Elem.*, Lib 2, Obs. II, § 6; "But, in the case of those whose mind has been disturbed through disease, there is no longer room for reason, nor are the actions of such persons regarded as the actions of human beings." / "Ast in illis, queis per morbum mens est mota, nec rationii amplius locus datur, nec actiones talium pro humanis censentur."

putación dos niveles, que pudieran denominarse subjetivo y objetivo¹³⁵, y, de otro, que analiza todos los supuestos de no imputación desde una misma perspectiva: la de la exclusión de la libre voluntad, entendida además como comprensiva del momento intelectual. La conclusión a la que llega parece, desde este punto de vista, lógica: la imputación es una y único su presupuesto. Por lo tanto, no es que los supuestos de inimputabilidad subjetiva sean tratados como formando parte de la imputabilidad objetiva, sino que sólo existe una única imputabilidad.

C. Evolución posterior. Distinción entre *imputatio facti-iuris*

Como ha quedado expuesto, la teoría de la imputación es desarrollada por PUFENDORF como elemento de una construcción más amplia, formando parte de su sistema del Derecho Natural, y de conformidad con esta perspectiva está referida a las acciones de los hombres en general, desde el punto de vista de la moralidad de las mismas. Por ello, independientemente de su influencia en la doctrina penal, así como de la evolución que sufrió al ser aplicada a la resolución de los problemas a los que ésta se enfrentaba, lo que será objeto de análisis en el epígrafe siguiente, la teoría de la imputación fue también desarrollada en el ámbito de la Filosofía, por parte de los autores iusracionalistas posteriores a PUFENDORF. A finales del siglo XVIII los penalistas comenzaron a recoger en sus obras los resultados a los que había llegado la Filosofía, de manera que ambas líneas evolutivas se unen en el Derecho penal de la Ilustración. Por esta razón se ha creído conveniente incluir aquí una referencia a ese desarrollo de la teoría de la imputación en el plano filosófico.

Como se recordará, en PUFENDORF la imputación no era un proceso en el que cupiera diferenciar diversos estadios, sino que se agotaba en un único acto. La posibilidad de realizarla (*imputativitas*) desaparecía cuando por alguna razón no cabía referir la acción realizada a una determinación libre de la voluntad del sujeto. En la enumeración de esas circunstancias que hacen imposible la imputación se distinguen, si se parte de las categorías dogmáticas actuales, causas de exclusión de la acción¹³⁶, de exclusión de la antijuridicidad¹³⁷, y de exclusión de la culpabilidad¹³⁸. Sin embargo, en el sistema de nuestro autor reciben todas una misma valoración y un mismo tratamiento, ya que se

¹³⁵ Esto es señalado por HARDWIG, W., *Die Zurechnung...*, pág. 45; HRUSCHKA, J., "Ordentliche...", págs 672 y s.; y SCHMIDT, E., *Einführung ...*, pág. 170.

¹³⁶ *Vis absoluta*.

¹³⁷ Estado de necesidad justificante.

¹³⁸ Los casos de inimputabilidad.

analizan únicamente desde la perspectiva del efecto que producen, que es en todas el mismo: la exclusión de la *imputativitas*.

Pues bien, el logro más importante de los filósofos iusracionalistas posteriores, desde el punto de vista de su futura influencia en la sistemática del Derecho penal, fue la diferenciación de dos planos o niveles en la imputación de las acciones. Según HRUSCHKA, el origen de esta diferenciación se encuentra en la obra de DARIES, *Institutiones Iurisprudentiae Universalis*, cuya primera edición es de 1740¹³⁹. Este autor distingue una *imputatio facti*, que define como “la declaración por la que se considera a alguien como autor de un hecho”¹⁴⁰, y una *imputatio iuris*, que es el “juicio sobre el mérito de un hecho”¹⁴¹. También WOLFF diferencia dos clases de imputación, a las que denomina respectivamente *physica* y *moralis*¹⁴². Ambos autores critican la identificación que era corriente realizar en la época entre *imputatio* y *applicatio legis ad factum*. La imputación, en sus dos niveles, está dirigida al sujeto, y pretende establecer una relación entre él y el acto realizado. La aplicación de la ley, por el contrario, tiene únicamente en cuenta el acto, y su conformidad o no con la norma. La aplicación de la ley a un hecho pone en evidencia que ese suceso era de tales características que se podía imputar a un sujeto como autor del mismo, es decir, presupone la *imputatio facti*. Y, una vez aplicada la ley, se produce la *imputatio iuris*, o juicio por el que se establece el mérito o demérito que por la realización del acto corresponde al autor¹⁴³.

La distinción entre *imputatio facti* e *imputatio iuris* se extendió rápidamente, si bien la terminología utilizada variaba de un autor a

¹³⁹ HRUSCHKA, J., “Ordentliche...”, pág. 692 y ss. En el desarrollo de este apartado se sigue fundamentalmente esta obra.

¹⁴⁰ DARIES, *Institutiones...*, § 213: “declaratio, quod aliquis sit auctor facti”, *cit.* en HRUSCHKA, *op. cit.*, pág. 694. HRUSCHKA advierte que la expresión *imputatio facti* era utilizada ya con anterioridad; el mérito de DARIES consiste en introducir el término *iuris* y diferenciar con ello los dos niveles dentro de la imputación; *vid.* HRUSCHKA, J., *op. y loc. cit.*, nota 81.

¹⁴¹ DARIES, *Institutiones...*, § 218: “iudicium de merito facti”, *cit.* en HRUSCHKA, J., *op. y loc. cit.*

¹⁴² WOLFF, *Philosophica Practica Universalis, Pars Prior*, 1738, § 642; *cit.* en HRUSCHKA, J., *op. cit.*, pág. 696, donde este último autor precisa que no deben equipararse ambos pares de conceptos, puesto que tienen sentidos distintos, y así en la *imp. moralis* de WOLFF estarían incluidas tanto la *imp. facti* como *iuris* de DARIES. Sin embargo, desde la perspectiva de este trabajo interesa únicamente resaltar que a lo largo del siglo XVIII se introdujo una distinción entre niveles de imputación, sin que proceda entrar a desarrollar los conceptos utilizados por cada autor en concreto, lo que excedería con mucho el ámbito de este estudio.

¹⁴³ HRUSCHKA, J., *op. cit.*, págs. 694 y ss.

otro¹⁴⁴, y también el significado que cada uno confería a los conceptos. La evolución llega hasta KANT, para quien la *imputatio* es el juicio por el que se declara que alguien es el causante de una acción, la cual es denominada entonces 'hecho' y sometida a leyes¹⁴⁵. Según HRUSCHKA, con ello desaparece para la Filosofía la categoría de la *imputatio iuris*, que queda identificada con el acto de aplicación de la ley al supuesto¹⁴⁶.

Sin embargo, para entonces la doctrina penal ya había recogido la distinción, y siguió diferenciando una *imputatio facti* de una *imputatio iuris*, con las consecuencias que se examinan en el punto IV. de este trabajo.

2. Significado para la Ciencia del Derecho penal

Corresponde ahora valorar la influencia que la teoría de la imputación de PUFENDORF ejerció, ya desde finales del siglo XVII, en el ámbito estrictamente penal.

A. Sistema

Se ha señalado en el epígrafe II.1.B que el logro fundamental de la doctrina penal en la época del Derecho común consiste en haber desarrollado una parte general de la disciplina, en haber elaborado una serie de conceptos y teorías de aplicación general a todos los delitos. Desde el punto de vista material, el contenido de las obras de mediados del siglo XVIII no difiere excesivamente respecto del de las escritas 150 años antes. Es en la ordenación de la materia, en el sistema, donde cabe apreciar un progreso sustancial. Y es en esta tendencia progresiva a la sistemática donde la influencia de PUFENDORF fue decisiva¹⁴⁷. Al haber estado limitada la exposición en el epígrafe anterior a aquellas partes de la obra de PUFENDORF que más directamente tienen que ver con la problemática de la imputabilidad subjetiva, no es posible apreciar a partir únicamente de esos datos la ordenación de la estructura general de su sistema, en cuyo detalle tampoco es posible entrar aquí. Sin embargo, sí se ha hecho referencia a que la teoría de la imputación, en la que se establecen los principios del actuar humano y los criterios

¹⁴⁴ HRUSCHKA cita los siguientes ejemplos: *imp. facti moralis* - *imp. iuris moralis*; *imp. facti (physica)* - *imp. legis (moralis)*; *imp. facti* - *imp. iuris*; *imp. physica* - *imp. moralis*; vid. HRUSCHKA, J., *op. cit.*, págs. 697 y ss.

¹⁴⁵ KANT, I., *Metaphysik der Sitten - Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1797; cit. en HRUSCHKA, J., *op. cit.*, pág. 698.

¹⁴⁶ *Op. y loc. cit.*

¹⁴⁷ En la siguiente exposición se siguen fundamentalmente las obras de SCHAFFSTEIN, F., *Die allgemeinen Lehren ...* págs. 1 y ss y págs. 26 y ss, y SCHMIDT, E., *Einführung ...*, págs. 150 y ss.

de responsabilidad por las acciones, forma una base, a partir de la cual se deducen después los derechos individuales de cada persona, la ordenación de las relaciones en la familia y en el Estado, donde se trata también la materia relativa al Derecho penal, y, por último, las relaciones entre los Estados.

Ya desde la segunda mitad del siglo XVI aparecen, junto al método analítico-exegético propio de la doctrina italiana, algunos intentos de introducir un tratamiento sistemático de la materia penal. Son muestra de ello las obras de VIGELIUS y THEODORICUS¹⁴⁸. Sin embargo, este tipo de obras constituyen la excepción en un panorama en el que el método analítico aprendido de los italianos y tradicional en la Escolástica es el dominante.

Ya en MATTHÄUS, jurista holandés de gran influencia en la doctrina alemana¹⁴⁹, se aprecia la influencia del Derecho Natural, aunque no de PUFENDORF sino de GROCIO, al que cita frecuentemente. En su obra *De Criminibus*, de 1644, los 4 capítulos del “Prolegomena” que preceden a la exposición de los diversos Títulos del Digesto constituyen una ‘parte general’ más completa y estructurada que las dos mencionadas anteriormente¹⁵⁰. Según SCHAFFSTEIN, el primero en aplicar la teoría de la imputación de PUFENDORF al Derecho penal es CASPAR ZIEGLER, quien en su obra *De Poenis* (1674) intenta combinar la nueva terminología iusracionalista con los conceptos tradicionales del Derecho común¹⁵¹. Ya en la introducción a esa obra señala su autor que “frequens et in omnium fere ore vocabulum imputationis est”¹⁵². En la obra de BERGER, *Electa Jurisprudentiae Criminalis*, 1706, aparece ya una exposición de la parte general en pie de igualdad respecto a la parte especial y no como una mera introducción al tratamiento de cada uno de los delitos como hasta entonces¹⁵³. Sin embargo, la antigua escuela coexiste todavía con la nueva, como lo demuestran las obras de KIRCHGESSNER (*Tribunal Nemesis juste iudicantis*, 1706) y FRÖHLICH von FRÖHLICHSBURG (*Commentarius in Kayser Carl V. und des H. Röm. Reichs Peinliche Halsgerichtsordnung*, 1709), que corresponden ambas aún a la línea metódica de CARPZOV¹⁵⁴.

¹⁴⁸ *Vid. supra*, punto II.1.B.

¹⁴⁹ SCHAFFSTEIN, F., *op. cit.*, pág. 12.

¹⁵⁰ SCHAFFSTEIN, F., *Die allgemeinen Lehren ...*, págs. 13 y 31.

¹⁵¹ *Op. cit.*, pág. 14.

¹⁵² *Cit. en* SCHAFFSTEIN, F., *op. cit.*, pág. 37.

¹⁵³ La parte general forma el *Caput I*, “*De delictis eorumque poenis in genere*”, y la parte especial el *Caput II*, “*De delictis eorumque poenis in specie*”; *cit. en* SCHAFFSTEIN, F., *op. cit.*, pág. 32.

¹⁵⁴ *Vid. supra*, SCHAFFSTEIN, F., *op. cit.*, pág. 15, y SCHMIDT, E., *Einführung ...*, pág. 161.

A partir de 1730, el último periodo en la evolución de la doctrina penal del Derecho común se caracteriza por el triunfo de la sistemática. Aparece un nuevo tipo de libro, el manual, más breve que las voluminosas obras de décadas anteriores, en el que partiendo de una definición de delito se van deduciendo de la misma sus características, pasando de lo más general a lo más concreto¹⁵⁵.

En este panorama de búsqueda de criterios para una ordenación racional de la materia, se encontró en la teoría de la imputación un principio útil para resolver el problema de la medida de la pena, especialmente agudo en la época. Se recordará que, por la particular configuración del Derecho penal, el juez disponía de un margen muy amplio en la determinación de la pena, bien porque la ley no señalara pena a un delito concreto, bien porque, aun cuando sí existiera, se reconocía al juez la potestad de agravarla o aminorarla en función de las circunstancias del hecho¹⁵⁶. Este ámbito de libertad del juez necesitaba de un principio rector que evitase el que acabara desembocando en pura arbitrariedad, principio que se encontró en el concepto de imputación¹⁵⁷. Este concepto aparecía en ocasiones en la propia definición del delito, que se concebía como un hecho que se puede imputar a su autor. A partir de los requisitos necesarios para realizar esa imputación se deducían los presupuestos y las causas de exclusión del delito y del castigo. La teoría de la imputación, cuyo contenido se asumió tal y como había sido elaborado por los autores iusracionalistas, proporcionaba no sólo un criterio para la atenuación de la pena, sino también para determinar la medida de la misma en las penas que lo permitían, lo que sucedía con frecuencia cada vez mayor conforme las penas corporales y de muerte iban siendo sustituidas por penas privativas de libertad. La teoría de la imputación de PUFENDORF se convirtió, en la doctrina penal, en la teoría de la imputación de la pena¹⁵⁸.

En definitiva, los penalistas hacen suyo el método propio del Derecho Natural, que proporciona un instrumento para la exposición ordenada de la materia, pero ésta sigue estando constituida, hasta aproximadamente el último cuarto del siglo XVIII, por el Derecho positivo. Se reconoce la existencia de un sistema de Derecho Natural distinto del

¹⁵⁵ SCHAFFSTEIN, F., *op. cit.*, págs. 16 y ss, 32 y ss, 37 y s.

¹⁵⁶ *Vid. supra*, II.1.B

¹⁵⁷ LOENING, R., "Über geschichtliche und ungeschichtliche Behandlung des deutschen Strafrechts", *ZStW*, tomo 3, 1883, págs. 264 a 272.

¹⁵⁸ LOENING, R., *op. cit.*, págs. 264 y 269. También BOLDT, G., *Johann Samuel...*, págs. 98 y 159, y la cita de BÖHMER (sobre este autor, *vid. infra*, III.2.C) en la pág. 94: "doctrina de imputatione actionum omnes poenas, capitales et arbitrarías, regit et in omnibus delictis coercendis usum habet."

Derecho positivo y que forma la base sobre la que éste último reposa, pero de ello no se deriva la posibilidad de una aplicación directa de sus preceptos en la práctica. El Derecho Natural es una instancia auxiliar, que proporciona una guía para la interpretación de las leyes y un criterio para aplicarlas, pero no es una fuente directa de Derecho¹⁵⁹. La época de la Ilustración en el Derecho penal comienza, precisamente, cuando, en lugar de los preceptos contenidos en los cuerpos legales existentes, la primacía como fuente del Derecho pasa a estar en los dictados de la *recta ratio*, que se convierte en criterio de enjuiciamiento del Derecho positivo, y sólo se considera ya aplicable aquello que esté de acuerdo con ella¹⁶⁰.

B. Indeterminismo

Además de esta tendencia a la sistemática, PUFENDORF introdujo un punto de vista material que sería también decisivo, sobre todo en relación con la problemática de la imputabilidad que aquí interesa. Presupuesto básico de su teoría de la imputación es el libre albedrío del ser humano. Es sobre ese presupuesto sobre el que reposa toda posibilidad de responsabilidad del hombre por sus actos.

HOLZHAUER afirma que durante el siglo XVIII dominó en la ciencia del derecho penal alemana el indeterminismo, y señala la obra de PUFENDORF como factor decisivo en este estado de cosas¹⁶¹. Quizá porque ya la filosofía de la época, representada ante todo por LEIBNIZ y WOLFF, defendía el libre albedrío, los penalistas alemanes no consideraron necesaria una fundamentación de este punto de partida cuando definían en sus obras el crimen como *actio libera* o *actio spontanea*¹⁶².

Siguiendo a HOLZHAUER puede resumirse el significado del libre albedrío en el marco de la teoría de la imputación en dos consecuencias fundamentales¹⁶³. La primera de ellas es de carácter filosófico-jurídico:

¹⁵⁹ Vid. BOLDT, G., *Johann Samuel...*, págs. 27 y ss.

¹⁶⁰ Vid. SCHMIDT, E., *Einführung...*, pág. 212. La evolución y el paso de una época a otra es desde luego progresiva, sin que quepa fijar una fecha determinada como frontera entre una y otra. SCHMIDT por ejemplo señala como comienzo de la etapa ilustrada en la Ciencia del Derecho penal alemana los años 60 del siglo XVIII (*op. cit.*, pág. 219); SCHAFFSTEIN, por su parte apunta a la década de los años 80 de ese mismo siglo (*vid.* en su obra *Die allgemeinen Lehren...*, pág. VII).

¹⁶¹ HOLZHAUER, H., *Willensfreiheit und Strafe: Das Problem der Willensfreiheit in der Strafrechtslehre des 19. Jahrhunderts und seine Bedeutung für den Schulenstreit*, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 1970, pág. 23. Vid. también SCHMIDT, E., *Einführung...*, pág. 171.

¹⁶² HOLZHAUER, H., *op. cit.*, págs. 24 y s.

¹⁶³ Vid. para lo que sigue HOLZHAUER, H., *op. cit.*, págs 26 y s.

la ciencia del derecho penal partía, al fundamentar toda responsabilidad humana en la libertad de la voluntad, de una base fundamentalmente ética. Por otro lado, el libre albedrío se fue convirtiendo a lo largo del siglo XVIII en el fundamento de la medida de la pena. En la medida en que, como se ha expuesto *supra*, el concepto de imputación fue convirtiéndose en el principio sistemático alrededor del cual giraba toda la aplicación del Derecho penal, el libre albedrío se convertía en el fundamento por excelencia de la potestad judicial de modificar las penas fijadas en las leyes, y en el criterio para determinar la medida de la pena.

C. Imputabilidad: *doli vel culpae capacitas*.

Por lo que respecta, en concreto, a la problemática de la imputabilidad subjetiva, pueden distinguirse en este ámbito tres consecuencias de la teoría de la imputación. En primer lugar, y como consecuencia de lo expuesto en el apartado anterior, la libertad se convierte también en el fundamento de la imputabilidad subjetiva: las causas que con terminología actual designaríamos como de inimputabilidad justifican la ausencia de pena porque excluyen el libre albedrío del sujeto.

En segundo lugar, al establecer expresamente la libertad de la voluntad como fundamento de la imputación de las acciones, PUFENDORF contribuyó a resaltar el elemento voluntativo de las mismas, que hasta entonces había quedado en la sombra, por detrás del intelectivo¹⁶⁵. Aunque ya quedó expuesto que para este autor la espontaneidad de la acción incluye el momento cognoscitivo, las causas de exclusión de la *imputativitas* lo son porque hacen imposible hablar de libre albedrío, y en la exposición de las mismas dicho autor, aunque las incluya en los supuestos de ignorancia, enfatiza siempre que lo decisivo es la ausencia de libre voluntad que la ignorancia provoca¹⁶⁶.

Por último, la tendencia a la sistemática provoca el surgimiento de una nueva categoría: *doli vel culpae capacitas*. El autor de esta construcción es Johann Samuel Friedrich v. BÖHMER¹⁶⁷, y la utiliza por primera vez en la tercera edición de su obra *Elementa iurisprudentiae cri-*

¹⁶⁴ HOZHAUER, H., *op. cit.*, pág. 27.; también BOLDT, G., *Johann Samuel...*, págs. 88 y ss. y LOENING, R., "Über geschichtliche...", pág. 265.

¹⁶⁵ *Vid.* lo expuesto en II.2. sobre el concepto de *doli capacitas*.

¹⁶⁶ LUBBERS, F., *Die Geschichte...*, pág. 37.

¹⁶⁷ Este autor es considerado como la figura más representativa del último período de la doctrina penal del Derecho Común; así LUBBERS, F., *Die Geschichte...*, págs. 63 y s; SCHAFFSTEIN, F., *Die allgemeinen Lehren...*, pág. 18; SCHMIDT, E., *Einführung...*, pág. 166.

minalis, en 1743¹⁶⁸. Desde el punto de vista de la imputabilidad subjetiva interesan dos definiciones del concepto de delito que establece este autor. Por un lado, afirma que el objeto del Derecho penal está constituido por la acción humana, que define, remitiéndose expresamente a PUFENDORF, como aquella "quae praelucente intellectu et decernente voluntate suscipitur", y deduce de ello que las acciones nocivas de los animales, los locos y los niños no corresponden a esta disciplina¹⁶⁹. Por otro lado, define también el delito como *actio spontanea* y más tarde deduce de ello que, puesto que no todas las acciones son objeto de las leyes criminales, sino sólo las espontáneas, y puesto que la espontaneidad no puede concebirse sin dolo o culpa, aquellos que no son capaces de actuar con dolo o con culpa (*qui doli vel culpae non est capax*) no pueden cometer un crimen¹⁷⁰.

BOLDT deduce de esto que en el sistema de BÖHMER el concepto de acción *humana* constituiría un primer presupuesto de posibilidad del juicio de culpabilidad, mientras que el concepto de acción *espontánea*, concretado en las formas dolo o culpa, sería la vía a través de la cual este juicio se manifiesta. Cabría distinguir, en definitiva, la cuestión de si la persona es apta para ser sujeto del juicio de imputación, de la cuestión acerca de la efectiva imputación del hecho¹⁷¹. Sin embargo, BÖHMER no da en realidad este paso. La separación que parece establecer entre las formas de imputación (dolo y culpa) y el presupuesto previo a toda imputación no es mantenida después, lo que se comprueba si se tiene en cuenta que los supuestos de comisión de un delito por niños y enajenados, que en principio podrían dar lugar ya a la ausencia de acción humana, vuelven a ser tratados después como formando parte del grupo de causas de exclusión de la *doli vel culpae capacitas*¹⁷².

¹⁶⁸ (Se cita en adelante por *Elem.*) En su monografía sobre BÖHMER, BOLDT se refiere a la cuarta edición, de 1749, como aquella en la que el autor utiliza por primera vez la expresión *doli vel culpae capacitas*, que en las ediciones anteriores era aún la tradicional *doli capacitas*; vid. BOLDT, G., *Johann Samuel...*, pág. 502. Sin embargo, he tenido a mi disposición la tercera edición de la obra y he podido comprobar que en ella aparece ya la expresión: BÖHMER, J. S. F. v., *Elementa iurisprudentiae criminalis: in usum auditorii commoda methodo adornata*, editio tertia auctior et emendatior, Halle & Bernburg, 1743, Sectio I, Cap. II, § XL: "Quum vero non omnes actiones legum criminalium obiectum constituent, sed spontanae (§. XXIX.), spontaneitas vero sine dolo vel culpa concipi nequeat; certissimi iuris est: *qui doli vel culpae non est capax crimen committere nequit [...]*" (cursiva en el original). Por lo demás, en la exposición se sigue fundamentalmente la citada monografía de BOLDT, por lo que las citas lo son de las ediciones utilizadas por este autor.

¹⁶⁹ *Elem.*, S. I, C. I, § 2; cit. en BOLDT; G., *op. cit.*, pág. 157 y 263 y s.

¹⁷⁰ *Elem.*, S. I, C. 2, § 29 y 40; cit. en BOLDT, G., *op. cit.*, pág. 502.

¹⁷¹ BOLDT, G., *op. cit.*, págs. 502 y s.

¹⁷² BOLDT, G., *op. cit.*, págs 506 y ss. El propio BOLDT matiza también su afirmación, vid. *op. cit.*, pág. 503 nota 16.

Por otra parte, el extender la vieja expresión *doli capacitas* para incluir también la capacidad de culpa es consecuente con las exigencias que se derivaban de la tendencia a la sistemática: si toda la imputación ha de ser realizada a título de dolo o culpa¹⁷³, la capacidad para ser sujeto de la misma ha de extenderse a sus dos formas. Ahora bien, esto no da lugar todavía a una separación neta entre la imputación y la capacidad subjetiva necesaria para ser sujeto de la misma. La razón es que el punto de vista determinante para la elaboración del sistema sigue siendo en BÖHMER la cuestión por excelencia de la época: la decisión entre pena ordinaria o extraordinaria. La culpabilidad no existe todavía como categoría del delito y el presupuesto de la pena ordinaria es el dolo; la culpa sigue siendo una forma de comisión del delito menos grave y de hecho está ubicada entre las causas de disminución de la pena que conducen a la imposición de una pena extraordinaria¹⁷⁴. Así, no es que la capacidad de dolo o culpa sea presupuesto o elemento de la culpabilidad, sino que la capacidad de dolo es presupuesto del dolo y de la pena ordinaria¹⁷⁵, y los supuestos que en la actualidad contarían entre las causas de semiimputabilidad dan lugar a un dolo de menor grado, formado por la categoría del *infimus gradus doli*, al que corresponde una pena extraordinaria¹⁷⁶. Y, en ocasiones, siguiendo el proceder tradicional, algunos casos de semiimputabilidad son calificados como culposos¹⁷⁷. Los casos de ausencia de *doli vel culpae capacitas* constituyen para BÖHMER caso fortuito.

Por otro lado, nuestro autor no da ninguna definición positiva de lo que entiende por *doli vel culpae capacitas*. Sin embargo, el contenido de la expresión se deduce de la relación negativa en que se encuentra respecto a la característica de la espontaneidad de la acción, así como del análisis de las causas que la excluyen, para lo cual BÖHMER recurre a la teoría de la imputación del Derecho Natural. En el comentario al Art. 179 de la *Constitutio Criminalis Carolina*¹⁷⁸ en su obra *Meditationes in*

¹⁷³ BOLDT, G., *op. cit.* pág. 150, nota 18: "imputatio extra dolum vel culpam nulla est".

¹⁷⁴ BOLDT, G., *op. cit.* pág. 412.

¹⁷⁵ BOLDT, G., *op. cit.* pág. 160.

¹⁷⁶ BOLDT, G., *op. cit.* págs. 355 y ss. El dolo se divide para BÖHMER en tres grados: el superior corresponde a la premeditación, el grado medio al propósito de delinquir pero sin premeditación, y el inferior es el *infimus gradus doli*, que comprende junto a supuestos de semiimputabilidad (*aetas, iracundia, melancholia, stupiditas* etc.) otros en los el autor considera que los motivos del actuar o las circunstancias que acompañan al hecho merecen una pena menor (por ejemplo, el hurto cometido por un muchacho pobre con el fin de pagar al sacerdote los costes de la boda, o el adulterio realizado con una mujer de vida deshonesta); *vid* sobre todo ello BOLDT, G., *op. cit.*, págs. 170 y 355 y ss.

¹⁷⁷ BOLDT, G., *op. cit.*, pág. 412.

¹⁷⁸ El texto de este artículo está reproducido *supra*, en el punto II.2 y nota 36.

Constitutionem Criminalem Carolinam (1770) el autor afirma que del texto del precepto no puede desprenderse ningún contenido positivo, por lo que ha de ser completado mediante la *recta ratio*: según ésta, y de acuerdo con los principios que rigen la imputación de las acciones, toda norma penal está limitada en cuanto a su ámbito de aplicación por la índole de los sujetos y por el estado en que se encuentran sus facultades mentales¹⁷⁹. La remisión al fundamento de la teoría de la imputación supone aceptar como fundamento de la exclusión o atenuación de la pena en estos supuestos la ausencia o disminución del libre albedrío. Es decir, se ha asumido, en cuanto al fundamento de la imputabilidad subjetiva, el contenido de la teoría de la imputación del Derecho Natural.

En definitiva, en la obra de BÖHMER se aprecia la influencia de la teoría de la imputación del Derecho Natural en los tres sentidos ya señalados. Por un lado, refleja ya una clara tendencia a la sistemática, aunque orientada todavía preferentemente por la cuestión de la pena. En segundo lugar, el fundamento material de la exclusión de la pena se encuentra en la falta de un actuar libre; por lo tanto, también el fundamento material de las causas de inimputabilidad radica en que excluyen el libre albedrío del sujeto. Pero la ubicación sistemática de las mismas es aún prácticamente igual que en los inicios de la Ciencia del Derecho penal alemana en el siglo XVI: todavía no constituyen un presupuesto específico de la imputación subjetiva separado de los demás presupuestos de la pena. Por lo que hace a la terminología, BÖHMER no utiliza el término *imputativitas*¹⁸⁰, aunque sí la expresión *imputatio-nis capax*, pero referida siempre a la acción¹⁸¹, no a los sujetos.

De todo lo expuesto cabe extraer como conclusión respecto a la doctrina penal de los siglos XVI al XVIII que en ella no existe todavía un concepto similar al actual de imputabilidad subjetiva (*Zurechnungsfähigkeit*) con el que designar y tratar unitariamente los presupuestos subjetivos del juicio de imputación. Los supuestos que actualmente constituyen causas de inimputabilidad son allí bien causas de exclusión de la pena, bien de exclusión del dolo¹⁸², o bien son tratados en un apartado dedicado a los posibles sujetos del delito, conjuntamente con los animales y las personas jurídicas¹⁸³. Sin embargo, a lo largo de ese pe-

¹⁷⁹ BOLDT, G., *op. cit.*, págs. 358 y s.

¹⁸⁰ BOLDT, G., *op. cit.*, pág. 158 nota 58.

¹⁸¹ BOLDT, G., *op. cit.*, págs. 150 y 502.

¹⁸² BOLDT, G., pág. 503, nota 16.

¹⁸³ MATTHÄUS, A., *De criminibus* (1.ed. 1644), *cit.* en SCHAFFSTEIN, F., *Die allgemeinen Lehren ...*, págs 12 y 48. En este último lugar alude SCHAFFSTEIN a que esta ubicación de los supuestos de inimputabilidad subjetiva no es una excepción entre los autores de la época del Derecho Común, sobre todo los más antiguos. Sin embargo,

ríodo se ha ido elaborando una parte general del Derecho penal, y éste ha sufrido un proceso de secularización y uno paralelo de acercamiento a los postulados iusracionalistas. El final de esta evolución es una Ciencia del Derecho penal que funda la responsabilidad por los actos en la libertad de la voluntad, fuertemente influida en sus principios generales por la filosofía iusracionalista, y que construye el sistema a partir del concepto central de imputación. La configuración del concepto de imputabilidad subjetiva que surgirá a principios del siglo XIX estará determinada por esta serie de características.

IV. SURGIMIENTO DEL CONCEPTO DE IMPUTABILIDAD SUBJETIVA

Desde el punto de vista material o de contenido, el tratamiento que se daba en el Derecho Penal de finales del siglo XVIII y principios del XIX a la problemática de la imputabilidad no se diferenciaba mucho, en principio, del que el tema había recibido por parte de los autores del último período del Derecho penal común. Esta continuidad se aprecia, de un lado, en los supuestos concretos que dan lugar a la ausencia de pena o a su atenuación, que no varían sustancialmente, y, de otro, en el fundamento que se aduce para justificar estas consecuencias jurídicas, el cual continúa radicando para la mayoría de los autores en el libre albedrío en su calidad de presupuesto de la aplicación del Derecho penal. Tanto en uno como en otro aspecto se producirán, desde luego, cambios a lo largo del siglo que constituye el objeto de estudio en este capítulo: por lo que respecta a los supuestos de hecho que pueden dar lugar a la inimputabilidad, se inicia en este momento histórico la discusión acerca de si han de considerarse tales determinados trastornos del carácter que no implican disminución de la facultad intelectual, discusión que como es sabido aún está abierta en nuestros días. Y en cuanto a la libertad de la voluntad como presupuesto de la irrogación de la pena, será puesta en cuestión por autores de la talla de FEUERBACH o MERKEL, llegando a convertirse en auténtico caballo de batalla con la llegada a finales de siglo de la llamada Lucha de Escuelas.

A todos estos aspectos de la evolución de la problemática de la imputabilidad se hará referencia en los lugares oportunos; sin embargo, el hilo conductor de la exposición estará constituido por el aspecto formal o sistemático. Ello, en primer lugar, en razón de que a este nivel sí tiene

también KOCH mantiene esta sistemática en sus *Institutionis iuris criminalis*, aparecidas en 1758, una fecha en la que el período de la Ilustración estaba a punto de comenzar; *vid.* SCHAFFSTEIN, *op. cit.* pág. 33.

lugar un fenómeno importante en la primera mitad del siglo XIX, cual es el surgimiento de la imputabilidad subjetiva como concepto en la teoría del delito. Pero también porque en la doctrina penal alemana de este siglo se producen otros cambios muy importantes en la sistemática, fundamentalmente el nacimiento de los conceptos de acción y culpabilidad como categorías autónomas. Estos dos fenómenos preparan la llegada de la moderna dogmática penal y por ello se ha considerado conveniente centrar el análisis en las relaciones de la imputabilidad con estas nuevas categorías y su ubicación en este nuevo panorama teórico.

El período de tiempo estudiado en este apartado IV abarca desde finales del siglo XVIII hasta aproximadamente los años 40 del siglo XIX, momento en que, a través de las obras de los penalistas calificados como 'hegelianos', el concepto de acción se introduce en la doctrina penal, pasando a ocupar un lugar central en la teoría del delito. El apartado V comienza analizando la influencia que este proceso y las consecuencias que provocó tuvieron en la categoría de la imputabilidad subjetiva.

1. Contexto sistemático: concepto de imputación o *Zurechnung*

De acuerdo con la perspectiva que, según lo adelantado en las líneas anteriores, va a guiar la explicación de la materia en el presente capítulo, corresponde en este epígrafe centrar la atención en el concepto de imputación o *Zurechnung*, y ello por dos razones. En primer lugar, por su cualidad de concepto básico en la doctrina penal en la época que es ahora objeto de estudio, y, en segundo lugar, porque de él deriva el término alemán con el que a partir de principios de siglo se va a denominar a la imputabilidad subjetiva: *Zurechnungsfähigkeit*.

A. Significado y niveles

El vocablo *Zurechnung* es la traducción al alemán¹⁸⁴ de la voz latina *imputatio*, cuyo origen e importancia para la doctrina penal han sido estudiados en el punto III de este trabajo. A finales del siglo XVIII y principios del XIX se entendía por *Zurechnung*, en general, aquel juicio por el que se establece la existencia de una relación entre un suceso exterior y un determinado sujeto como causante del mismo. Según la definición de KLEIN, por ejemplo, „la imputación del delito consiste en el juicio de

¹⁸⁴ Es a finales del siglo XVIII cuando comienzan a utilizarse las lenguas nacionales en las ciencias y las artes, lo que ocurre también en el ámbito de la doctrina penal, en el que el latín va siendo sustituido también por éstas.

que el efecto antijurídico se explica como consecuencia de la voluntad de un determinado sujeto¹⁸⁵; o, en palabras de HENKE, „por imputación en sentido amplio [...] se entiende el juicio de que alguien sea el causante de un hecho“¹⁸⁶. Sin embargo, y tal como se ha expuesto en el capítulo anterior, a lo largo del siglo XVIII el concepto originario de imputación había sufrido una evolución en el ámbito de la filosofía moral, que había conducido a diferenciar niveles dentro del mismo¹⁸⁷. A finales del siglo XVIII y principios del XIX la doctrina penal recoge estos resultados y los incorpora a su construcción de la teoría del delito, introduciendo la diferenciación entre *imputatio facti* e *imputatio iuris*.

Respecto a esta distinción conviene señalar, en primer lugar, que la importancia que la misma tenía en los sistemas elaborados por los autores de la época era diversa, e incluso puede afirmarse que en general los términos *imputatio facti* y *iuris* se utilizaban más con una finalidad aclaratoria de los conceptos particulares que cada autor elaboraba para construir su sistema que como categorías fundamentales en el análisis. GROLMAN, por ejemplo, cuyo sistema será seguido por numerosos autores posteriores, divide el estudio del delito en el de su configuración objetiva y subjetiva, y alude a la distinción entre *imputatio facti* y *iuris* sólo en nota y únicamente para aclarar que la imputación a la que él se refiere en su obra es equivalente a la segunda¹⁸⁸. Por otro lado, hay que tener también en cuenta que el significado atribuido a cada término no era siempre el mismo¹⁸⁹. En general, y por lo que respecta sobre todo a los autores de principios del siglo XIX, puede decirse que por *imputatio facti* se entendía la relación meramente causal entre el actuar de un sujeto y el resultado producido, mientras que la *imputatio iuris* o imputación en sentido estricto atribuía ese resultado a la voluntad, entendida además como libre¹⁹⁰,

¹⁸⁵ KLEIN, E. F., *Grundsätze des gemeinen deutschen und preussischen peinlichen Rechts*, Halle, Hemmerde und Schwetschke, 1796 (ed. facsímil 1996), § 95.

¹⁸⁶ HENKE, E., *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik, Erster Theil*, Berlin y Stettin, in der Nicolaischen Buchhandlung, 1823, pág. 291.

Parecida definición se encuentra en la obra de GROLMAN, K., *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, 2ª ed., Giessen und Darmstadt, bey Georg Friedrich Heyer, 1805, § 40, nota (a): “En general se entiende por imputar todo juicio a través del cual se designa a un sujeto como causante de un determinado hecho, [...]”.

¹⁸⁷ *Vid.* el punto III.1.C.

¹⁸⁸ GROLMAN, K., *Grundsätze...*, 2ª ed., § 40 nota (a).

¹⁸⁹ Pueden verse distintos significados de la distinción *imputatio facti* – *iuris* en RADBRUCH, G., *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem: Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*, Berlin, J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1904, pág. 98 nota 50.

¹⁹⁰ Salvo, desde luego, en los autores partidarios del determinismo, de los cuales sin embargo en el período temporal aquí estudiado el único representante importante es FEUERBACH.

del sujeto actuante. Este origen del actuar en la libertad de la voluntad era lo que permitía considerar la acción realizada como mérito o demérito del sujeto, y, en este último caso, que es el relevante para el Derecho penal, imponer la pena correspondiente¹⁹¹.

A pesar de todas estas matizaciones, lo que importa señalar es que, con independencia de la terminología que cada autor utilizara, desde finales del siglo XVIII la imputación dejó de considerarse, a diferencia de lo que había venido ocurriendo desde sus orígenes, un fenómeno unitario, y la distinción de niveles dentro de la misma preparaba el terreno para agrupar también las causas de su exclusión en diferentes grupos.

B. Ubicación sistemática

Por lo que se refiere al significado del concepto de imputación en el sistema de la teoría del delito, y siguiendo la clasificación que realiza RADBRUCH¹⁹², puede distinguirse entre aquellos autores que siguen el sistema de GROLMAN y aquellos otros que adoptan el de FEUERBACH. Los primeros se caracterizarían por dividir el estudio del delito en el de su parte subjetiva, en la que se analiza la voluntad (*Wille*), y su parte objetiva, que corresponde al hecho (*That*). En estos sistemas, el concepto de imputación, así como sus presupuestos y efectos, suelen exponerse como un aspecto dentro de la configuración subjetiva del delito. En el modelo de FEUERBACH, por el contrario, el delito se analiza estudiando, por una parte, sus elementos necesarios (reconoscibilidad exterior y contrariedad a Derecho)¹⁹³, y por otra sus diversas formas de aparición¹⁹⁴ (participación, *iter criminis* y dolo y culpa)¹⁹⁵. La imputación se estudia más tarde, formando parte no de la teoría del delito, sino de la aplicación de la ley penal. En los sistemas que siguen el tipo de GROLMAN, la imputación suele estar relacionada con el dolo y la culpa, que se entienden como sus dos formas posibles. En los siste-

¹⁹¹ RADBRUCH, G., *Der Handlungsbegriff...*, pág. 83 nota 24.

Pueden verse definiciones de los términos *imputatio facti* e *imputatio iuris* con el significado que se acaba de exponer por ejemplo en STÜBEL, CH. C., *Über den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Urtheile erforderliche Gewißheit des erstern...*, Wittenberg, bey Samuel Gottfried Zimmermann, 1805, §§ 19, 23, 24; también en MARTIN, CH., *Lehrbuch des Teutschen gemeinen Criminal=Rechts...*, Heidelberg, in der Universitäts=Buchhandlung von Chr. Fr. Winter, § 31; o en la obra citada de HENKE, E., *Handbuch...*, pág. 291.

¹⁹² RADBRUCH, G., *Der Handlungsbegriff...*, págs. 75 y ss.

¹⁹³ Vid. FEUERBACH, P. J. A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 5ª ed., Giessen, bey Georg Friedrich Hayer, 1812, § 32.

¹⁹⁴ O elementos „alternativamente necesarios“, en la formulación de RADBRUCH (*Der Handlungsbegriff...*, pág. 76).

¹⁹⁵ FEUERBACH, P. J. A., *op. cit.*, págs. 42 y ss.

mas elaborados conforme al modelo de FEUERBACH, la imputación es posterior a la afirmación del dolo o de la culpa, y se refiere a la pena¹⁹⁶.

Por otra parte, y como se ha mencionado anteriormente, la imputación no era la única categoría relevante en el análisis del delito. En este período histórico surge otro concepto también fundamental, el de *Thatbestand*. No hay que confundir su significado con el que se le da a este término en la moderna dogmática, a partir fundamentalmente de BELING, y que corresponde al que en castellano tiene el término "tipo". Por el contrario, el término *Thatbestand* tiene su origen en el Derecho procesal; en concreto, proviene del término latino *corpus delicti*, que se utilizaba por la doctrina del Derecho penal común para referirse a la certeza acerca de la comisión de un delito, acerca de su existencia, es decir, en un sentido fundamentalmente procesal. El significado del concepto sufre un proceso de cambio en el cual va perdiendo progresivamente las connotaciones procesales para terminar designando el conjunto de los requisitos necesarios que han de concurrir para que se pueda considerar que una acción es constitutiva de delito. Excedería con mucho los límites de este trabajo entrar a exponer los distintos elementos que cada autor incluye en el concepto y la diversa importancia que cada uno le atribuye en su sistema; en este lugar únicamente se pretende hacer constar la existencia del concepto y su significado en general, con el objeto de dibujar el contexto sistemático global en el que enmarcar las observaciones que se harán en torno a la imputabilidad subjetiva.

C. Fundamento

En cuanto al fundamento de la imputación, se ha hecho referencia ya a que la mayoría de los autores considera que radica en la libertad de la voluntad. Sin embargo, el sentido de esta afirmación no es el mismo que tenía en los siglos XVII y XVIII. Bajo la influencia fundamentalmente de la filosofía kantiana y de los alegatos realizados por FEUERBACH sobre la base de esta última en defensa de la necesidad de separar las esferas de la Moral y del Derecho¹⁹⁸, surge la preocupación entre los penalistas por enfatizar la distinción entre imputación ju-

¹⁹⁶ Vid. sobre todo ello RADBRUCH, G., *Der Handlungsbegriff...*, págs. 75 – 80.

¹⁹⁷ Vid. acerca de todo este proceso HALL, K. A., *Die Lehre vom Corpus Delicti: eine dogmatische Quellenexegese zur Theorie des gemeinen deutschen Inquisitionsprozesses*, Stuttgart, Kohlhammer, 1933, en especial págs. 105 y ss.

¹⁹⁸ GRÜNHUT, M., *Anselm v. Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung*, Hamburg, W. Gente, 1922, págs. 4 y 5. No es este el lugar para entrar a valorar la relación del sistema penal de FEUERBACH con la filosofía de KANT; puede verse sobre ello la obra de HOLZHAUER, H., *Willensfreiheit und Strafe...*, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 1970, Capítulo II y la bibliografía que allí se cita.

rídica y enjuiciamiento moral. La mayor parte de los autores de finales del siglo XVIII y principios del XIX se preocupan de señalar en sus obras que la imputación jurídica no afecta al juicio que pueda merecer el comportamiento del autor desde el punto de vista moral. STÜBEL, por ejemplo, aunque se refiere a la “inmoralidad del delito”, distingue entre la inmoralidad interna o propia, que no es objeto de investigación en los tribunales¹⁹⁹, y la inmoralidad externa o impropia, o civil (*bürgerlich*), que referida a los delitos consiste en “la contradicción entre la intención revelada en el delito por el causante del mismo y la *ley penal* violada conscientemente”²⁰⁰. GROLMAN, por su parte, señala que

“[...] no debe pensarse que con ello [el examen de la intención del autor] la sentencia tuviera que transformarse en un juicio sobre la moralidad, que con ello el juez exterior tuviera que convertirse en juez de la conciencia. La perversidad moral del carácter podrá ser la que se quiera, —a nosotros no nos importa.— No podemos juzgarla y no debemos juzgarla.”²⁰¹

Por esta razón, cuando se afirma que la libertad es requisito para poder realizar la imputación, algunos autores puntualizan que no se trata de la libertad moral o absoluta, que se entiende en el sentido kantiano de sometimiento de las acciones únicamente al dictado de la ley moral, sino sólo de la posibilidad de determinarse por uno mismo a la realización o no realización de la acción, de la capacidad de elegir entre un comportamiento contrario o conforme al Derecho tras sopesar los pros y los contras de cada opción²⁰².

¹⁹⁹ STÜBEL, Ch. C., *System des allgemeinen Peinlichen Rechts mit Anwendung auf die in Chursachsen geltenden Gesetze besonders zum Gebrauche für academische Vorlesungen*, Zweiter Band: von den Verbrechen im Allgemeinen, Leipzig, in der Sommerschen Buchhandlung, 1795, § 232 y ss.

²⁰⁰ (Cursiva propia), *op. cit.*, § 237.

²⁰¹ GROLMAN, K. L., *Über die Begründung des Strafrechts und der Strafgesetzgebung, nebst einer Entwicklung der Lehre von dem Maasstabe der Strafen und der juristischen Imputation*, Giessen, bey Georg Friedrich Heyer, 1799 (ed. facsímil 1996), págs 124 y s.

²⁰² *Vid.* las citas de KANT en STÜBEL, Ch. C., *System...*, págs. 35 y s; *vid.* también HARSCHER von ALMENDINGEN, L., *Darstellung der rechtlichen Imputation*, Giesen, bei Tasché und Müller, 1803, págs. 71 y ss.; GROLMAN, K. L., *Grundsätze...*, 2ª ed., § 42 y nota (a).

2. Imputabilidad subjetiva o *Zurechnungsfähigkeit*

A. Aparición del concepto y consolidación de su sentido subjetivo

En relación con el concepto de *Zurechnung* aparecen en estas mismas fechas dos conceptos derivados del mismo, *Zurechenbarkeit* y *Zurechnungsfähigkeit*. Desde el punto de vista estrictamente semántico no son completamente sinónimos: el primero se traduciría por ‘imputabilidad’²⁰³, y el segundo por ‘capacidad de imputación’²⁰⁴. Al comienzo, la doctrina se servirá de ellos indistintamente para referirse en general a la posibilidad de imputar una acción, pero poco a poco se irá estableciendo una diferenciación entre las dos voces. La primera, *Zurechenbarkeit*, se predicará con preferencia de la acción, para referirse a las características que ésta ha de reunir a fin de poder ser imputada a un sujeto (cualquiera), y, en concreto, a la exigencia de dolo o culpa. El segundo de los vocablos, *Zurechnungsfähigkeit*, se referirá al sujeto, indicando el estado o cualidad del mismo que le hace idóneo para que una acción (cualquiera) le pueda ser imputada.

El punto de arranque de este proceso se encuentra en el antiguo término ‘*imputativitas*’. Algunos autores utilizaron todavía durante algunos años palabras derivadas de la anterior terminología latina; HARSCHER von ALMENDINGEN, por ejemplo, utiliza el adjetivo *imputationsfähig*, es decir, ‘capaz de imputación’, para referirse al hecho, “*imputationsfähige That*”²⁰⁵, o a la violación de la ley, “*imputationsfähige Gesetzesübertretung*”²⁰⁶. El término que utiliza GROLMAN para referirse a la imputabilidad es *Imputabilität*, y lo hace en sentido objetivo también, referida a la acción²⁰⁷. En la cuarta edición de la obra, en 1825, sustituye ya *Imputabilität* por *Zurechenbarkeit*, con el mismo sentido de imputabilidad objetiva²⁰⁸.

KLEINSCHROD utiliza ya el vocablo *Zurechnungsfähigkeit* en 1794 en su manual²⁰⁹, pero sólo de manera esporádica, y sin conferirle nin-

²⁰³ Es una palabra formada por la raíz de ‘*Zurechnung*’ más el sufijo.

²⁰⁴ En este caso se trata de una palabra formada por dos sustantivos, ‘*Zurechnung*’ y ‘*Fähigkeit*’, que significa ‘capacidad’.

²⁰⁵ HARSCHER von ALMENDINGEN, L., *Darstellung...*, pág. 121. Expresiones similares también en las págs. 28 y s., 69 y s. y 182.

²⁰⁶ *Op. y loc. cit.*

²⁰⁷ GROLMAN, K. L., *Grundsätze...*, 2ª ed. (1805), §§ 40 a 43.

²⁰⁸ GROLMAN, K. L., *Grundsätze...*, 4ª ed. (1825), §§ 39 y ss.

²⁰⁹ KLEINSCHROD, G. A., *Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung*, Erlangen, Palm, 1794-1796 (ed. facsímil 1996).

gún valor como concepto ordenador de la materia tratada. Los conceptos centrales son ‘libertad’ (*Freiheit*) e ‘imputación’ (*Zurechnung*). El capítulo quinto de la primera parte está dedicado a “las razones que excluyen, atenúan o agravan la imputación de una acción”²¹⁰ y dentro del mismo se utiliza en alguna ocasión la voz *Zurechnungsfähigkeit* aunque en referencia a la acción²¹¹ o al hecho²¹², es decir, en el sentido de imputabilidad objetiva o posibilidad de imputar la acción.

Los autores que dotarán a la voz *Zurechnungsfähigkeit* definitivamente de un sentido subjetivo serán FEUERBACH y STÜBEL. Por lo que respecta al primero de ellos, y recordando lo que ya se ha indicado *supra* acerca de su sistema de la teoría del delito, la problemática de la imputación es analizada en el capítulo dedicado a la aplicación de la ley penal, una vez comprobada ya la existencia de todos los elementos del delito. Nuestro autor divide los presupuestos de aplicación de la ley penal en dos grupos, los de carácter objetivo y los de carácter subjetivo. Los primeros se resumen en la existencia del *Thatbestand*, en el sentido de que tienen que concurrir en el hecho concreto todos aquellos elementos exigidos por la ley penal aplicable al caso para poder subsumirlo en la misma²¹³. Y por lo que respecta a los presupuestos subjetivos de la punibilidad, afirma FEUERBACH que

“el fundamento subjetivo de toda punibilidad consiste en la disposición anímica (*Gemüthseigenschaft*) del infractor, gracias a la cual existía en él [...] la posibilidad psicológica de la efectividad de la ley penal. La ley penal está dictada para intimidar; por tanto, no puede estar prevista para el caso en que sea imposible e impensable alcanzar ese fin. La disposición anímica que fundamenta la punibilidad de una persona se denomina *Imputativität*.”²¹⁴

La cita es de la 5ª edición del manual, en 1812, pero ya en la primera (1801) puede encontrarse una definición prácticamente igual²¹⁵. El término utilizado es todavía *Imputativität*, sin embargo, en la explicación de la materia en los siguientes parágrafos se utiliza la voz *Zurech-*

²¹⁰ *Op. cit.*, pág. 125.

²¹¹ *Op. cit.*, pág. 127: “[...] entonces existe una razón natural, de por qué la libertad o imputabilidad [*Zurechnungsfähigkeit*] de una acción desaparece completamente o al menos en su mayor parte.”

²¹² *Op. cit.*, pág. 157 y s.: “§ 101. Imputabilidad [*Zurechnungsfähigkeit*] de los hechos que [son cometidos] 1) por enfermos, [...] 2) o por tedio de la vida [...]”

²¹³ FEUERBACH, P. J. A., *Lehrbuch...*, 5ª ed., § 80.

²¹⁴ *Op. cit.*, § 84.

²¹⁵ FEUERBACH, P. J. A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, Giessen, bey Georg Friedrich Heyer, 1801, § 92.

nungsfähigkeit como sinónimo²¹⁶. A partir de la octava edición, en 1823, la relación cambia y es *Zurechnungsfähigkeit* la palabra empleada en la definición del fundamento subjetivo de la punibilidad, apareciendo todavía *Imputativität* pero entre paréntesis²¹⁷. Esta será la terminología que se mantendrá en las sucesivas ediciones²¹⁸. Como puede comprobarse, y a diferencia de los autores citados hasta ahora, en FEUERBACH el término está referido al autor y no al hecho, pues consiste en una característica anímica de la persona.

STÜBEL, por su parte, distingue tres momentos en el análisis del delito²¹⁹. El primero consiste en la determinación de la existencia del *Thatbestand*, lo que para nuestro autor equivale a constatar que la infracción jurídica producida y que se trata de esclarecer tiene su causa en una acción humana, y no en sucesos naturales o acciones de animales²²⁰. El segundo momento consiste en el juicio por el que se establece que determinado sujeto en concreto ha sido el autor de ese resultado; STÜBEL lo denomina *imputatio facti*²²¹. Por último, hay que establecer si a esa persona ha de serle impuesta una pena: es la cuestión de la *imputatio iuris*, o *Zurechnungsfähigkeit*²²². Ésta última se concibe, como en FEUERBACH, en sentido subjetivo, y consiste en aquellas características personales del autor que determinan la posi-

²¹⁶ FEUERBACH, P. J. A., *Lehrbuch...*, 5ª ed. § 87. En la primera edición de la obra (1801) la utilización del término *Nichtzurechnungsfähigkeit* y del adjetivo *zurechnungsfähig* es todavía en sentido objetivo, referidos al delito; *vid. Lehrbuch...* (1801), § 95.

²¹⁷ FEUERBACH, P. J. A., *Lehrbuch...*, 8ª ed., 1823, § 84 y ss. Las ediciones sexta y séptima del *Lehrbuch* no han estado a mi disposición en la elaboración de este trabajo, por lo que es posible que el cambio de terminología señalado en el texto se produjera en alguna de ellas y no en la octava por primera vez.

²¹⁸ *Vid.* en la decimoprimer edición (Giessen, 1832), la última preparada todavía por el propio FEUERBACH, los párrafos 84 y ss., donde únicamente se ha sustituido *Imputativität* por *Imputabilität*.

²¹⁹ En la obra de este autor deben diferenciarse dos períodos: en un primer momento, al que corresponde su obra *System des allgemeinen Peinlichen Rechts...*, *cit.* (1795), fue decidido partidario de las teorías de la prevención especial, de la consideración del delito cometido como síntoma de la peligrosidad del autor y de la intención antijurídica del autor como criterio decisivo para la determinación de la cuantía de la pena. Tras conocer la obra de FEUERBACH abandona sus anteriores doctrinas y se convierte en partidario de este último. A esta segunda época pertenece la obra *Über den Thatbestand der Verbrechen...*, *cit.* (1805), que es la que será tenida en cuenta en la exposición que sigue. Al ser una monografía dedicada a otra problemática, no trata la cuestión de la imputabilidad en extenso; sin embargo, en la redacción de este trabajo no he podido disponer, más que por referencias, de otras obras del autor.

Sobre el cambio experimentado por STÜBEL pueden verse SCHMIDT, E., *Einführung...*, págs. 226 y ss.; GRÜNHUT, M., *Anselm v. Feuerbach...*, págs. 32 y ss. y 55 y s.

²²⁰ STÜBEL, CH. C., *Über den Thatbestand...*, § 19.

²²¹ *Op. y loc. cit.*

²²² *Op. cit.*, §§ 1 y 19.

bilidad de efectividad de la ley penal, y por lo tanto fundamentan la punibilidad subjetiva²²³. La importancia del concepto se pone de manifiesto cuando se considera que STÜBEL define lo que se entiende por *Thatbestand* en forma negativa, como “el conjunto de todos aquellos hechos a los cuales ha de seguir [la aplicación de] la pena determinada en una ley criminal, en tanto en cuanto esos hechos no estén contenidos en la *Zurechnungsfähigkeit*”²²⁴. En este autor encontramos por tanto no sólo una nueva afirmación del sentido subjetivo, relativo al autor, que ha adquirido el término *Zurechnungsfähigkeit*, sino incluso su elevación al rango de categoría sistemática fundamental en el conjunto de la teoría del delito.

La distinción entre una imputabilidad objetiva como cualidad de la acción y una imputabilidad subjetiva como característica del sujeto se irá abriendo paso poco a poco en la doctrina. Sin embargo, conviene distinguir, sobre todo en esta primera mitad del siglo XIX, la evolución a nivel conceptual de la meramente terminológica: al final del proceso se consolidará la línea iniciada por FEUERBACH y STÜBEL, y será la palabra *Zurechnungsfähigkeit* la que se impondrá para expresar la posibilidad personal de ser sujeto pasivo de la imputación, pero tras una evolución a lo largo de la cual ciertos autores habrán utilizado ese término con otro significado, mientras que otros penalistas habrán expresado la idea de imputabilidad subjetiva con términos distintos del de *Zurechnungsfähigkeit*. Puede decirse que es a partir de los años 40 y 50 cuando diversos autores insisten en la necesidad de diferenciar entre los términos *Zurechnungsfähigkeit* y *Zurechenbarkeit* en el sentido indicado *supra*, como se verá en el último apartado de este trabajo.

B. Ubicación sistemática

A la hora de analizar la ubicación sistemática de la imputabilidad subjetiva como categoría en el análisis del delito conviene tener presentes dos consideraciones. Por un lado, que la imputación a la que se refiere es la *imputatio iuris*, es decir, aquella que atribuye el resultado a la voluntad libre del autor. Por otro, que a consecuencia de la relación en que se encuentra respecto al concepto de imputación, el lugar que ocupa la imputabilidad subjetiva en el sistema depende del que le esté reservado a la primera.

Por lo general, en aquellos sistemas en que la imputación forma parte de la configuración subjetiva del delito y consiste en imputar el

²²³ HALL, K. A., *Die Lehre...*, pág. 139.

²²⁴ STÜBEL, Ch. C., *Über den Thatbestand...*, § 1.

resultado al sujeto bien a título de dolo o bien a título de culpa, la imputabilidad es considerada primer presupuesto de toda imputación, ya que de su afirmación o negación depende el que exista un sujeto idóneo al que poder referir los resultados acaecidos. En estos casos, la imputabilidad es presupuesto de dolo y culpa. Este sentido es el más parecido al de la antigua expresión *doli vel culpae capacitas*, si bien en un contexto muy diferente. Pueden citarse como autores en cuyas obras se sigue este sistema²²⁵ a GROLMAN²²⁶, MARTIN²²⁷, JARCKE²²⁸, HENKE²²⁹, ROßHIRT²³⁰.

En el párrafo anterior se ha utilizado conscientemente la palabra ‘imputabilidad’, sin el adjetivo ‘subjetiva’, porque no todos los autores distinguen aún entre estos dos aspectos. Este hecho, que se pone de manifiesto en la diversidad de supuestos que excluyen la imputación, obliga a realizar la siguiente matización: puede afirmarse que la imputabilidad *subjetiva* es en estos sistemas presupuesto de dolo y culpa, siempre y cuando se tenga presente que no es el único presupuesto, pues junto a las exigencias que ésta por sí misma comporta referentes a las facultades o estados internos del autor del hecho concurren otras, como se verá en el apartado que analiza el contenido de la imputabilidad subjetiva.

Por lo que respecta a los autores que, siguiendo el modelo de FEUERBACH, tratan de la imputación en la teoría de la pena, la imputabilidad se convierte en estos sistemas, lógicamente, en presupuesto de la punibilidad, y no del dolo. Sin embargo, no todos los penalistas que

²²⁵ Se ha considerado innecesaria la exposición de los diversos sistemas particulares de cada autor a la vista del carácter de este trabajo, que es el de ofrecer una visión global de la evolución del concepto de imputabilidad subjetiva, con independencia, además, de que ello alargaría enormemente la exposición. Pueden encontrarse referencias al sistema de varios autores en las obras de BRINKMANN, F., *Die Begriffsbestimmung...*, págs. 21 y ss., y LUBBERS, F., *Die Geschichte...*, págs. 130 y ss.

²²⁶ *Grundsätze...*, cit.

²²⁷ *Lehrbuch...*, cit. La estructura de la teoría del delito de este autor, pese a constarse, según RADBRUCH (*Der Handlungsbegriff...*, pág. 76), entre los seguidores del sistema de GROLMAN (vid. sobre esta distinción *supra*, punto IV.1.B), presenta ciertas particularidades. La mayor parte del apartado dedicado a la teoría de la ley penal consiste en el análisis del *Thatbestand*, en el que se ocupa no sólo de la imputabilidad, sino de casi todo lo que se considera propio de la teoría del delito (justificación, relación de causalidad...) dejando para el apartado dedicado al delito prácticamente sólo la cuestión de la participación.

²²⁸ *Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts...*, vol I, Berlin, bei Ferdinand Dümmler, 1827.

²²⁹ *Handbuch...*, cit.

²³⁰ *Lehrbuch des Criminalrechts...*, Heidelberg, bei Mohr und Winter, 1821 (ed. facsímil 1996).

toman de FEUERBACH la división del estudio del delito en sus elementos necesarios y sus formas de aparición sitúan también la imputación en la teoría de la aplicación de la ley penal; RADBRUCH cita en este último sentido sólo a BAUER y GEIB²³¹.

Existe otro autor que, pese a no poder ser calificado como seguidor del sistema de FEUERBACH, da un tratamiento sistemático a la imputabilidad subjetiva que, en mi opinión, lo hace susceptible de ser incluido en este grupo; me refiero con ello a LUDEN²³². En la sistemática de este autor, el *Thatbestand* está constituido por “el conjunto de características en virtud de las cuales una acción ha de ser considerada como la punible y prohibida o como la incluida en una ley penal”²³³. Para que ello pueda tener lugar, son necesarios dos requisitos: de un lado, que la acción tenga su origen en una determinación de la voluntad que pueda calificarse como criminal²³⁴, es decir, como dolosa o culposa; de otro, que su configuración exterior sea tal que permita afirmar que ha tenido que proceder de una determinación criminal de la voluntad. Es decir, el dolo y la culpa forman parte del *Thatbestand*, que tiene, así, un elemento subjetivo y otro objetivo. La necesidad de considerar la cuestión de la imputabilidad una vez ya comprobada la concurrencia de todos estos requisitos deriva para nuestro autor de la esencia del concepto de imputación²³⁵. Lo que se imputa es el delito, éste es el objeto del juicio de imputación. La imputabilidad subjetiva (*Zurechnungsfähigkeit*), por el contrario, y como estado del sujeto que es, constituye el presupuesto para que la acción, calificada ya como contraria a Derecho, pueda ser imputada. LUDEN diferencia, por tanto, entre objeto y presupuesto de la imputación²³⁶; la imputabilidad subjetiva es lo que constituye este último y no debe confundirse nunca con el objeto. Más aún, sólo puede entrarse en la cuestión de si existe o no imputabilidad sub-

²³¹ RADBRUCH, G., *Der Handlungsbegriff...*, pág. 79.

²³² Este autor no mantuvo la misma sistemática en todas sus obras. Mientras que en *Über den Thatbestand des Verbrechens...*, Göttingen, Vanderhoeck und Ruprecht, 1840, había diseñado un análisis del delito en tres momentos, acción, antijuridicidad, y dolo y culpa, que anticipa la sistemática clásica, en el *Handbuch des teutschen gemeinen und particularen Strafrechtes*, vol. I (único), Jena, Friedrich Luden, 1842 (ed. facsímil 1996) sigue un sistema parecido al de GROLMAN, con la división del *Thatbestand* del delito en una parte objetiva y una subjetiva. A pesar de la diferente estructura adoptada en cada una de las dos obras, LUDEN mantuvo siempre la necesidad de tratar la problemática de la imputabilidad una vez ya analizado el *Thatbestand*, con lo que a efectos de la presente exposición el cambio general no se refleja en un tratamiento diferente de la cuestión que aquí interesa.

²³³ *Handbuch...*, págs. 226 y s.

²³⁴ *Op. cit.*, pág. 228. El adjetivo que traduzco por ‘criminal’ es „verbrecherisch“.

²³⁵ *Über den Thatbestand...*, págs. 74 y ss.

²³⁶ *Op. cit.*, págs. 78 y ss.

jetiva una vez que ya ha sido afirmada la existencia del delito, pues en caso contrario no hay nada que imputar. Como el dolo y la culpa forman parte del delito, su afirmación es, en consecuencia, previa al análisis de la imputabilidad, y ésta, por tanto, no puede ser presupuesto de dolo y culpa²³⁷. Las consecuencias que la sistemática de LUDEN tiene respecto del contenido de la imputabilidad serán analizadas en el siguiente apartado.

C. Contenido y fundamento

Por lo que respecta al fundamento de la imputabilidad subjetiva, éste consiste para los autores partidarios del punto de vista indeterminista, que son mayoría, en la posibilidad de referir el hecho ocurrido a la voluntad libre del sujeto. Los requisitos en que se concreta esta exigencia general son resumidos por HENKE en las siguientes palabras:

„Condición de la imputación es, por tanto, que el sujeto al que se le ha de imputar la acción tuviera la capacidad, no sólo de comprender la configuración de su acción, sobre todo de las consecuencias que ésta era apta para producir según las leyes de la naturaleza, y de confrontarla con la ley que debería constituir la norma para sus acciones, sino también de determinarse voluntariamente a la realización u omisión de la misma.“²³⁸

Es decir, las capacidades concretas que se exigen en el sujeto son, de un lado, capacidad intelectual, que ha de referirse tanto al mundo material como también al contexto normativo, y, de otro lado, capacidad de autodeterminación. Por voluntad 'libre' se entiende no sólo la capacidad de elegir entre una serie de opciones, sino, además, el que sea posible ejercitar esa capacidad siendo correctamente consciente de las posibilidades de comportamiento existentes²³⁹. Por ello, se requiere por parte del sujeto la posesión y el ejercicio no perturbado de las facultades intelectivas y volitivas, pero también la normalidad de las circunstancias en que esas facultades son ejercidas. Lo que esto supone para la imputabilidad se aprecia más claramente desde el punto de vista de las causas que la excluyen: éstas no consisten sólo en la infancia, las enfermedades

²³⁷ *Op. cit.*, pág. 82 y s. Su posición en la estructura de la teoría del delito queda, sin embargo, poco clara, pues del *Handbuch...* apareció publicado únicamente el primer volumen, dedicado fundamentalmente al estudio del *Thatbestand*, por lo que falta el apartado correspondiente a la imputabilidad. Lo mismo cabe decir de su obra *Über den Thatbestand...*, que al ser una monografía dedicada a otro tema sólo trata la cuestión que aquí interesa para excluirla de ese ámbito, pero sin dedicarle un análisis pormenorizado.

²³⁸ HENKE, E., *Handbuch...*, pág. 305.

²³⁹ RADBRUCH, G., *Der Handlungsbegriff...*, págs. 82 – 83.

mentales, la sordomudez de nacimiento, la ebriedad u otras semejantes, como estados en los que las facultades del sujeto no se han desarrollado (aún) correctamente o se encuentran temporalmente alteradas, sino que también excluyen la imputabilidad circunstancias como la coacción, el error o el estado de necesidad, que no son propiamente internas al sujeto, aunque sí influyen en la 'libertad' de la determinación de la voluntad si se entiende ésta en el sentido expuesto *supra*.

Ahora bien, una comprensión correcta del contenido de la imputabilidad subjetiva exige ponerla en relación con la posición sistemática que ocupa, y con las observaciones que se realizaron al tratar aquel punto, de las que cabe recordar ahora tres ideas: en primer lugar, que los autores utilizan términos diferentes para referirse en general a la posibilidad de realizar la imputación; por otro lado, que la distinción entre imputabilidad subjetiva y objetiva está en ciernes pero aún no es mantenida con claridad por todos los autores, y, en último lugar, que la clasificación en grupos de las causas que excluyen la imputación dista de ser uniforme. En general puede decirse que la problemática de la imputabilidad (en el sentido amplio de posibilidad de imputación) se contempla más desde el punto de vista de las consecuencias que desde el de las causas: toda circunstancia que elimine esa posibilidad de referir la actuación a la voluntad libre en que consiste el presupuesto de la imputación forma parte del amplio grupo de 'causas de exclusión de la imputación', dentro del cual se realizan posteriores clasificaciones, esta vez sí atendiendo a la causa concreta que impide la imputación. Según que el término *Zurechnungsfähigkeit* se haya utilizado como categoría genérica para referirse a todas las causas o sólo a un grupo de ellas, su significado será más o menos amplio.

De acuerdo con el planteamiento de este trabajo, que pretende ser un estudio de la evolución general de un concepto y no de cada una de sus manifestaciones particulares, se expondrá a título de ejemplo la clasificación de las causas de exclusión de la imputación en el sistema de dos autores, indicando con ayuda de ellos los rasgos comunes que cabe apreciar al menos en la mayoría de los modelos.

JARCKE²⁴⁰ divide los distintos casos en los que no es posible realizar la imputación (a los que denomina en general casos de "ausencia de imputación" (*Zurechnungslosigkeit*) (en tres grupos. En el primero de ellos ésta se encuentra excluida porque falta la voluntad antijurídica, y comprende los casos de error, legítima defensa y obediencia debida; en el segundo, falta la libertad de la voluntad, y se re-

²⁴⁰ JARCKE, C. E., *Handbuch...*, págs. 135 y ss.

fiere a las causas de inimputabilidad en sentido actual; por último, el tercero de los grupos comprende los casos de coacción²⁴¹. Utiliza el término *Zurechnungsfähigkeit* al analizar las causas de ausencia de imputación por falta de libertad de voluntad, pero ocasionalmente y no como categoría principal²⁴².

Parecida estructura cabe encontrar en la obra de HENKE, que se refiere en general a las causas de ausencia de imputación con el mismo término que JARCKE, *Zurechnungslosigkeit*, aunque la división que realiza de las mismas no es idéntica a la de este autor. HENKE se refiere en primer lugar de manera particularizada a la coacción, y después distingue dos grupos de supuestos²⁴³, el primero trata del „estado de capacidad de raciocinio aún no desarrollada“, en el que se incluyen los supuestos de infancia, defectos de los sentidos (sordomudez, ceguera, sordera), debilidad del entendimiento, falta absoluta de educación²⁴⁴. El segundo grupo se refiere al „estado de pérdida de la libertad“ y se ocupa entre otros casos de las enfermedades mentales, ebriedad, sonambulismo, error, estado de necesidad²⁴⁵. La voz *Zurechnungsfähigkeit* se utiliza ocasionalmente en relación con el primero de los grupos²⁴⁶.

En primer lugar, cabe señalar que las causas que hoy conocemos como de justificación —legítima defensa, consentimiento, obediencia debida²⁴⁷— comienzan a recibir un tratamiento separado. Puede observarse cómo en HENKE ya no aparecen mencionadas como causas de exclusión de la imputación. A diferencia de lo que ocurría en los orígenes de la teoría de la imputación, van dejando de considerarse pertenecientes a esta materia, para pasar a ubicarse bien en el estudio de la parte objetiva del delito, en los sistemas que siguen el modelo de GROLMAN, bien en el análisis de la contrariedad a Derecho como elemento necesario del mismo, en aquellos que adoptan el de FEUERBACH²⁴⁸.

Por lo que respecta a la coacción, suele mencionarse como causa de exclusión de la imputación, pero normalmente se le dedica un subpartado propio, señalándose que en este caso no es que falte la libertad

²⁴¹ *Op. y loc. cit.*

²⁴² *Op. cit.*, pág. 160 nota 5), págs. 162, 168 y 169.

²⁴³ HENKE, E., *Handbuch...*, págs. 306 y ss.

²⁴⁴ *Op. y loc. cit.*

²⁴⁵ *Op. cit.*, págs. 315 y ss.

²⁴⁶ *Op. cit.*, págs. 308 y s.

²⁴⁷ Se citan, sin pretensión alguna de exhaustividad, aquellas en las que parecen coincidir la mayoría de los autores.

²⁴⁸ *Vid.*, por ejemplo, FEUERBACH, P.J.A., *Lehrbuch...*, 5ª ed., §§ 33 y ss., MARTIN, CH., *Lehrbuch...*, §§ 44 y ss., GROLMAN, K., *Grundsätze...*, 2ª ed., §§ 20 y ss.

de la voluntad, sino que se halla ausente la voluntad misma, actuando el sujeto como mero instrumento de la voluntad de otro o, en su caso, de las fuerzas de la naturaleza²⁴⁹.

El error, tanto de hecho como de derecho, suele ser tratado como un supuesto de inimputabilidad. Ello es consecuencia del concepto de voluntad libre que se ha indicado al inicio, el cual, como presupuesto último de la imputación, requiere la posibilidad de representarse correctamente el estado de cosas respecto al cual se actúa.

Por lo que respecta a los supuestos de inimputabilidad en sentido estricto, entendiendo por tales aquellos a los que actualmente se aplica el concepto, su tratamiento no ha variado esencialmente desde el siglo XVIII, por lo que no serán aquí objeto de un análisis detallado. El punto más conflictivo en la doctrina en esta época era el relativo a las monomanías, o trastornos del carácter que cursan sin afectar a la facultad intelectual o de representación de la realidad. Su aceptación como causa de exclusión de la imputación es discutida en la doctrina penal, siendo mayoritarios los autores que se inclinan por la respuesta negativa²⁵⁰.

Un caso especial en cuanto al contenido de la imputabilidad lo constituye la obra de LUDEN. Tal y como ya ha sido expuesto, este autor considera que la imputabilidad subjetiva es una materia a tratar una vez comprobada la existencia del *Thatbestand*, es decir, después de haber sido establecido que la acción fue cometida con dolo o culpa, puesto que ambos forman parte de aquel. En consecuencia, los supuestos que hacen imposible el surgimiento de una determinación criminal de la voluntad en alguna de sus dos formas, dolo o culpa, no pueden ser causas que excluyan la imputabilidad, puesto que precisamente hacen ya imposible entrar en el examen de ésta. Ahora bien, para poder hablar de dolo o culpa es necesario que el autor pudiera representarse correctamente su entorno y las consecuencias que en él produce la acción que va a realizar, de manera que todas las causas que hagan imposible esta representación se-

²⁴⁹ MARTIN, por ejemplo, distingue dentro de las causas que eliminan la imputación entre las que afectan a la libertad externa ("*äußere Willkür*"), que es la coacción, y las que afectan a la libertad interna ("*innere Willkür*"), donde trata el resto de supuestos de inimputabilidad divididos a su vez en grupos; *vid.* MARTIN, CH., *Lehrbuch...*, § 37. *Vid.* también ROßHIRT, C. K. E. F., *Lehrbuch...*, § 25 donde trata la coacción dentro del grupo de causas de exclusión de la imputación "por imposibilidad física", aunque conjuntamente con el estado de necesidad. También GROLMAN y FEUERBACH analizan la coacción dentro de la imputabilidad, pero en un subapartado propio, *vid.* GROLMAN, K., *Grundsätze...*, 2ª ed., §§ 41 y 42; FEUERBACH, P. J. A., *Lehrbuch...*, 5ª ed., § 89, conjuntamente con el estado de necesidad.

²⁵⁰ Pueden verse distintas posiciones en torno a esta problemática en LUBBERS, F., *Die Geschichte...*, págs. 130 y ss.

rán causas de exclusión de la voluntad criminal, no de la imputabilidad²⁵¹. Como la minoría de edad, la enfermedad mental, la embriaguez o el error son causas que hacen imposible la mencionada representación, excluyen la posibilidad de dolo o culpa, por lo que no pueden ser considerados en sede de imputabilidad. Esta última es definida por LUDEN como la capacidad de dirigir la voluntad a las acciones no prohibidas²⁵², y considera que únicamente se ve excluida cuando un estado interno morbosos obliga al autor a dirigir su voluntad a la realización de una acción prohibida²⁵³. Por lo tanto, el contenido de la inimputabilidad se ve reducido a aquellos supuestos en que una enfermedad mental, que es lo que entiende LUDEN por ‘estado interno morbosos’, fue la causa de la acción antijurídica del sujeto²⁵⁴. El resultado al que llega LUDEN es, en definitiva, una drástica reducción del contenido de la imputabilidad, pues ésta queda limitada a las enfermedades mentales. Mientras que otros autores coinciden con él en oponerse a la consideración de la imputabilidad como presupuesto de dolo y culpa, ninguno comparte, sin embargo, las consecuencias que LUDEN extrae en cuanto al contenido.

Por último, hay que hacer alusión al fundamento y contenido de la imputabilidad en los autores que niegan la libertad de la voluntad. A lo largo de la exposición, y a pesar de que el texto se refería hasta ahora a las tesis de los autores defensores del libre albedrío, se ha estado citando a FEUERBACH, el más radical de los partidarios del determinismo en el ámbito penal en este momento histórico. Ello es posible porque, a pesar de la diferente fundamentación de la exclusión de la responsabilidad penal, los requisitos exigidos para poder afirmarla y las causas que la excluyen son muy similares en la obra de este autor a los de sus oponentes indeterministas.

FEUERBACH concibe la imputabilidad, desde un punto de vista formal, como capacidad de pena, y, materialmente, como intimidabilidad. Por lo que toca al aspecto formal, ha sido ya objeto de consideración; respecto al contenido de la imputabilidad, el mismo deriva de su concepción de la pena, conocida como teoría de la coacción psicológica: la pena es „un mal sensible, amenazado previamente por una ley penal, impuesto por el Estado como consecuencia de la comisión de una infracción jurídica“²⁵⁵. Puesto que el ser humano se ve determinado a la comisión del

²⁵¹ LUDEN, H., *Über den Thatbestand...*, págs. 536 y s.

²⁵² LUDEN, H., *Handbuch...*, pág. 20.

²⁵³ *Op. cit.*, pág. 21.

²⁵⁴ LUDEN, H., *Über den Thatbestand...*, págs. 540 y ss.

²⁵⁵ FEUERBACH, P. J. A., *Revision der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des positiven peinlichen Rechts*, Teil I, Erfurt, Henningsche Buchhandlung, 1799 (ed. facsímil 1966), pág. 56.

delito por una serie de impulsos que le hacen desear el resultado que se derivará de su acción, la pena ha de constituir un impulso contrario de suficiente entidad como para contrarrestar la eficacia de los primeros. Si la persona sabe que la realización de la acción delictiva llevará aparejado un mal (la pena) de entidad superior al que representa la no consecución del objeto o resultado deseado, se abstendrá de la realización del delito.

La imposición de la pena, presupone, de acuerdo con lo expuesto, que ese efecto intimidatorio haya podido tener lugar²⁵⁶. Para ello nuestro autor exige los siguientes requisitos: (1) conocimiento de la antijuridicidad, es decir, conocimiento de la ley penal y subsunción bajo la misma de la acción que se realiza, y (2) origen del comportamiento en la determinación de la voluntad del sujeto, unido a la posibilidad de que la representación de la penalidad actuara sobre la misma²⁵⁷. En la exigencia relativa a la capacidad intelectual coincide, pues, con los autores indeterministas. Pero tampoco el segundo presupuesto produce, a pesar de que, lógicamente, no se exija que la voluntad sea libre, consecuencias diferentes a las que se derivan de una fundamentación indeterminista de la imputabilidad: ello se pone de manifiesto en el análisis de los supuestos que la excluyen.

En la quinta edición del *Lehrbuch* estos supuestos se dividen en dos grupos: “I. *todo [...] estado anímico, que hace imposible el conocimiento de la punibilidad del hecho* (la representación de la ley o la subsunción bajo la misma)”, en el que se enumeran entre otros la menor edad, sordomudez de nacimiento sin instrucción, oligofrenia, enfermedades mentales, ebriedad, sonambulismo, error etc., y “II. *Todo [...] estado de la persona, en el que la influencia de la ley penal para la evitación del hecho resulta imposible bien psicológica o bien físicamente*”, apartado al que corresponden el estado de necesidad y la coacción. En la undécima edición se habla de tres grupos de supuestos. Uno comprende aquellos en los que “la violación de la ley se produjo sin intervención alguna de la voluntad”, al que corresponde la coacción²⁵⁸. El segundo grupo engloba los casos en que no existió posibilidad de conocimiento de la punibilidad, que no han variado respecto a la edición citada anteriormente. El último se refiere al estado en el que a pesar de existir conocimiento de la ley penal “se encontraba excluida la posible efectividad del mismo sobre la voluntad”²⁵⁹, grupo en el que se trata el estado de necesidad y la *vis compulsiva*²⁶⁰.

²⁵⁶ FEUERBACH, P. J. A., *Lehrbuch...*, 5ª ed., § 84.

²⁵⁷ FEUERBACH, P. J. A., *Lehrbuch...*, eds. 5ª, 8ª, 11ª, § 85.

²⁵⁸ *Lehrbuch...*, 5ª ed., §§ 88 y s. (cursivas en el original).

²⁵⁹ *Lehrbuch...*, 11ª ed., § 89.

²⁶⁰ *Op. cit.*, § 91.

En definitiva, puede comprobarse cómo de posiciones teóricas enfrentadas en cuanto al fundamento de la imputabilidad se derivan consecuencias prácticas muy similares, y cómo, en particular, el determinismo de FEUERBACH no obliga a prescindir de la categoría de la imputabilidad.

V. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DURANTE EL SIGLO XIX

1. *Influencia de la filosofía de HEGEL en la doctrina penal*

El motivo de dedicar este apartado al estudio de los penalistas que asumieron en sus obras las ideas fundamentales de la filosofía de HEGEL estriba en que a través de esta concepción teórica se introdujo la acción como categoría fundamental en la teoría del delito. Aunque el significado y contenido atribuidos al concepto de acción por estos autores fuera superado posteriormente por el sistema clásico, primero, y por el finalismo, después, la concepción de la acción acuñada por los mismos se impuso en la doctrina penal del siglo XIX, pudiendo considerarse como la dominante hasta los años 80 del mismo²⁶¹. El presente apartado está dedicado al estudio de la imputabilidad subjetiva en este nuevo panorama doctrinal.

Considero, siguiendo a BUBNOFF²⁶², como autores directamente influidos por la filosofía de HEGEL, a los que en adelante denominaré en general 'hegelianos', a ABEGG, KÖSTLIN, HÄLSCHNER y BERGER. Ellos constituirán la referencia principal en la exposición que sigue. El significado de los conceptos utilizados por estos autores, así como la propia terminología empleada, está en estrecha relación con las ideas fundamentales de la filosofía del Derecho en HEGEL; sin embargo, en este trabajo se pretende estudiar el significado y la importancia sistemática del concepto de imputabilidad subjetiva únicamente en su consideración como categoría jurídico penal, por lo que las referencias al trasfondo filosófico de los distintos conceptos en la obra de los autores estudiados se reducirán a aquellas que resulten imprescindibles para una correcta comprensión de las ideas a desarrollar en este trabajo.

²⁶¹ BUBNOFF, E., *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule*, Heidelberg, Carl Winter Universitätsverlag, 1966, pág. 36; RADBRUCH, G., *Der Handlungsbegriff...*, págs. 85 y s.; en la nota 32 de la pág. 86 se incluye una relación de los autores partidarios de este concepto de acción.

²⁶² BUBNOFF, E., *Die Entwicklung...*, pág. 52.

A. Concepto de acción

No es el término ‘acción’ (*Handlung*) lo que surge por primera vez en los manuales de Derecho penal con la obra de ABEGG, el primero de los penalistas que elabora su sistema a partir de la filosofía hegeliana. Por el contrario, es frecuente encontrar esta palabra en la doctrina penal desde que ésta comienza a escribir en alemán a principios del siglo XIX. Sin embargo, el vocablo ‘acción’ se había empleado hasta entonces como un término prejurídico, proveniente del lenguaje común, sin un significado especial en el seno de la teoría del delito. En el análisis del concepto de delito se estudiaban los elementos o características que convertían a una acción en delictiva; el concepto de acción en sí mismo quedaba con ello fuera de la consideración. Ello, a juicio de RADBRUCH, no porque fuera irrelevante, sino porque se estimaba demasiado abstracto o demasiado evidente como para merecer mayor atención²⁶³.

La entrada de la acción como categoría sistemática en la doctrina penal se produjo a través del concepto de imputación. La relación entre ambos es expresada por KÖSTLIN con las siguientes palabras:

“El objeto de la imputación formal es la relación entre la modificación producida en el mundo del ser objetivo, lo ocurrido externamente, y la voluntad, lo interno subjetivo como principio. [...] La imputación formal consiste por tanto en el juicio acerca de si lo ocurrido objetivamente *es o no una acción*. Ha de ocuparse por tanto de tres momentos, 1) del momento del hecho, 2) del momento de lo querido, 3) del momento de la relación entre esos dos momentos, la cual es afirmada como existente o como no existente a través del juicio de imputación.”²⁶⁴

BERNER afirma que „[e]l concepto de acción agota toda la esencia de la imputación. Por tanto, podemos afirmar sencillamente: imputación consiste en el juicio de que estamos ante una verdadera acción”²⁶⁵.

La imputación no es algo que se añade externamente a la acción. Esta última es aquello en que la imputación consiste, aquello cuya existencia se afirma a través del juicio de imputación. En realidad, ambos conceptos se superponen como círculos concéntricos, ya que se componen de los mismos tres elementos: el hecho ocurrido, la voluntad del sujeto actuante, y la relación que existe entre ambos. Para los sistemas

²⁶³ RADBRUCH, G., *Der Handlungsbegriff...*, págs. 76 y s.

²⁶⁴ KÖSTLIN, CH. R., *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, Tübingen, Verlag der Laupp'schen Buchhandlung, 1854, pág. 148 (cursiva propia).

²⁶⁵ BERNER, A. F., *Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre*, Berlin, bei Ferdinand Dümmler, pág. 41.

que dividían el estudio del delito en el de los elementos 'hecho' y 'voluntad', el concepto de acción pasa a constituir el elemento superior que los engloba, pues en ella se incluyen ambos, y, además, la relación que los une. Respecto del modelo de FEUERBACH, la diferencia consiste en que la problemática de la imputación no se aborda al estudiar la aplicación de la ley penal, sino que forma parte de la teoría del delito: la relación que se afirma entre el sujeto y el hecho mediante el juicio de imputación deja de ser algo que establece el que imputa, para pasar a ser algo cuya existencia, expresada en la acción, se constata, pues, a diferencia de la imputación, la acción no consiste en un mero juicio, sino que constituye el hecho mismo en el que ese juicio se expresa²⁶⁶.

Como consecuencia de esta identificación, el contenido del concepto de acción en la sistemática hegeliana se encuentra en función de aquel que se atribuya al de imputación. Para los autores que entienden por imputar el atribuir al sujeto tanto el resultado material producido, a título de dolo o culpa, como la contrariedad a Derecho de su actuar²⁶⁷, la acción recibe un contenido muy amplio. Expresándolo en categorías modernas, en el concepto de acción estarían incluidas ya la antijuridicidad y la culpabilidad, por lo que la acción se convierte prácticamente en sinónimo del concepto de delito, y pierde por ello la aptitud de servir como categoría en el análisis de éste; su lugar en la teoría del delito se limita a ser el de un concepto genérico, sin relevancia sistemática²⁶⁸.

Otros autores consideran que el juicio de imputación pone en relación únicamente la voluntad del sujeto con el suceso externo ocurrido, siendo la conformidad o contrariedad a derecho de la acción objeto de

²⁶⁶ RADBRUCH, G., *Der Handlungsbegriff...*, pág. 81. BERNER expresa esta idea con las siguientes palabras: "La imputación es por tanto un juicio; el concepto que se encuentra en la base del mismo es el de la acción." *Vid. Grundlinien...*, pág. 39.

²⁶⁷ De los autores hegelianos cabe incluir en este grupo a ABEGG y a BERNER, éste último por lo que respecta a su segunda época, *vid.* BUBNOFF, *Die Entwicklung...*, págs. 54 y 71 y s. En contra de la clasificación de ABEGG como perteneciente a este grupo se pronuncia RADBRUCH, en *Der Handlungsbegriff...*, págs. 92 y ss. Es cierto, como indica este segundo autor, que ABEGG distingue entre 'acción' y 'acción criminal', pero la separación que establece entre ambos conceptos dista de ser clara, y las afirmaciones que realiza sobre la imputación me obligan a inclinarme por la interpretación de BUBNOFF; valga de ejemplo la siguiente cita: „La imputación comprende por tanto la relación de la voluntad respecto al hecho y respecto al resultado y de la voluntad respecto al Derecho y a la ley“, en ABEGG, J. F. H., *Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft*, Neustadt a. d. Orla, Druck und Verlag von J. K. G. Wagner, 1836, pág. 125.

RADBRUCH (*op. cit.*, págs. 87 y ss.) considera defensor de este concepto amplio de acción también a BINDING, cuya obra, sin embargo, no es analizada en este apartado en razón del criterio cronológico que lo inspira, sino en el último epígrafe de este apartado.

²⁶⁸ BUBNOFF, E., *Die Entwicklung...*, pág. 53.

un análisis separado. Este es el caso de los demás hegelianos. En este modelo, la imputación —o, si se quiere, la acción, puesto que como ya se ha visto el contenido de ambas es idéntico— consiste en afirmar que lo querido por el sujeto se ha producido en el mundo exterior, o, a la inversa, que lo ocurrido se corresponde con lo previamente querido²⁶⁹. En este sentido, los autores se refieren a que la acción es ‘acción culpable’ (“*schuldhafte Handlung*”). No debe entenderse esta expresión en el sentido que se le atribuye en la dogmática actual, pues en la sistemática hegeliana la culpabilidad no existe aún como categoría autónoma en la teoría del delito. La palabra ‘culpa’ (*Schuld, Verschuldung*) venía siendo utilizada ya con anterioridad por la doctrina, aunque no con un significado unívoco; generalmente, para referirse a la culpa en el sentido de imprudencia. A lo largo del siglo XIX, sin embargo, y en particular a partir de la década de los años cuarenta, ‘*Schuld*’ se va imponiendo como término con el que designar el presupuesto fáctico de la imputación, es decir, la existencia de dolo o culpa²⁷⁰. Culpable significa en este contexto tanto como imputable, y ‘*Schuld*’ servía, por tanto, como sinónimo de ‘*Zurechenbarkeit*’, o imputabilidad objetiva. Mientras el concepto de imputación fue el dominante en el sistema de la teoría del delito ambos términos, *Schuld* y *Zurechenbarkeit*, se utilizaron indistintamente. ‘Acción culpable’ significa por ello tanto como ‘acción imputable’, y, si se parte, como hacen los hegelianos, de que los conceptos de acción e imputación se superponen, toda acción es imputable y, en consecuencia, toda acción es acción culpable.

De esta concepción de la acción se derivan una serie de consecuencias, de las cuales aquí se resaltarán dos, por la importancia que tienen en relación con la problemática de la imputabilidad subjetiva.

En primer lugar, los hegelianos rechazan la distinción entre *imputatio facti* e *imputatio iuris*²⁷¹. La relación meramente causal entre el resultado producido y la voluntad del sujeto, sin tener en cuenta el contenido de esa voluntad, que era lo que constituía el contenido de la *imputatio facti*, al no dar lugar todavía a una acción en el sentido en que

²⁶⁹ „En la medida en que lo interno se ha exteriorizado, lo ocurrido ha sido querido, lo denominamos: acción“, en BERNER, A. F., *Grundlinien...*, pág. 40. Respecto a las matizaciones que esta caracterización de la acción obliga a introducir en los casos en que esta identidad entre lo querido y lo ocurrido no es completa, es decir, en la imprudencia y en la tentativa, puede verse la citada obra de BUBNOFF, E., *Die Entwicklung...*, capítulo II.

²⁷⁰ ACHENBACH, H., *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin, J. Schweitzer Verlag, 1974, págs. 20 y s.

²⁷¹ RADBRUCH, G., *Der Handlungsbegriff...*, págs 97 y s. y notas 49 y 50; BUBNOFF, E., *Die Entwicklung...*, pág. 49.

ésta es concebida por estos autores, queda fuera del ámbito de atención de la teoría del delito²⁷².

Sin embargo, y en segundo lugar, esto no quiere decir que no se diferencien estadios o niveles en la imputación. KÖSTLIN y HÄLSCHNER distinguen una imputación formal de una material²⁷³, y un sentido parecido tiene la separación que establece BERNER entre acción y punibilidad²⁷⁴. A través de la imputación *formal* se afirma la existencia de la acción, con el significado que ha sido expuesto, es decir, realizada con conocimiento y voluntad, y esta acción constituye la forma necesaria que todo delito ha de revestir²⁷⁵. Sin embargo, para dar lugar a responsabilidad penal, ha de tener, además, un *contenido* determinado. Este contenido consiste en general en su contrariedad a Derecho, y recibe una configuración algo diferente en cada autor²⁷⁶. En general, y dado que en este punto de la evolución de la teoría del delito no se distingue aún netamente entre antijuridicidad y culpabilidad²⁷⁷, en estos requisitos de contenido necesarios para que la acción constituya un delito se mezclan elementos de ambas categorías, y se analiza por ejemplo tanto la concurrencia de causas de justificación como la conciencia de la an-

²⁷² En palabras de KÖSTLIN, „[...] si se entiende por la primera [*imputatio facti*], como generalmente ocurre y únicamente tiene sentido, el juicio de que alguien ha sido el causante físico de cierto resultado contrario al derecho, entonces este concepto es cuando menos carente de valor [*wertlos*], ya que esta clase de causalidad puede ser predicada igualmente de meras causas naturales“, en *Neue Revision...*, pág. 138.

²⁷³ KÖSTLIN, Ch. R., *Neue Revision...*, págs. 148 y ss., 591 y ss. (este autor añade un tercer tipo, la ‘imputación general [*allgemeine Zurechnung*], en la que trata la cuestión del conocimiento del Derecho); HÄLSCHNER, H., *Das Preußische Strafrecht*, vol 2: *System des Preußischen Strafrechtes: Erster oder allgemeiner Theil des Systems*, Bonn, bei Adolph Marcus, 1858, págs. 98 y ss. y 214 y ss.; EL MISMO, *Das Gemeine Deutsche Strafrecht systematisch dargestellt*, vol 1: *Die allgemeinen strafrechtlichen Lehren*, Bonn, Verlag von Adolph Marcus, 1881, págs. 198 y ss.

²⁷⁴ BERNER, A. F., *Grundlinien...*, pág. VIII y págs. 49 y ss. Este autor varió más tarde su sistema, en el sentido de tratar primero los presupuestos de la acción criminal, y, una vez constatada su existencia, examinar si puede tener lugar la imputación, si el hecho calificado ya como contrario a Derecho es la exteriorización de una voluntad criminal; *vid.* BUBNOFF, E., *Die Entwicklung...*, págs. 71 y s.

²⁷⁵ HÄLSCHNER afirma que „[e]n este sentido estricto la imputación designa el juicio por el que un suceso en tanto que efecto ha de ser reconducido a la voluntad de un sujeto como a su causa, de manera que aparezca como algo querido.“ (*Das gemeine deutsche Strafrecht...*, pág. 198).

²⁷⁶ Hay quien retoma con este significado la distinción entre *imputatio facti* e *imputatio iuris*, en el sentido de que *i. facti* correspondería a la imputación formal, y la *i. iuris* se referiría a la relación de la acción respecto al Derecho, es decir, a la imputación material; *vid.* RADBRUCH, G., *Der Handlungsbegriff...*, pág. 98 y nota 50.

²⁷⁷ Si bien esa distinción comienza ya a abrirse camino, como muestra la distinción elaborada por HÄLSCHNER entre injusto culpable y no culpable, *vid.* BUBNOFF, E., *Die Entwicklung...*, págs. 78 y ss.

tijuridicidad. Por lo que a la culpabilidad se refiere²⁷⁸, BUBNOFF afirma que ocupa una posición fundamentalmente negativa: “por regla general, el delincuente al que la acción le es imputada formalmente podrá ser también castigado penalmente”²⁷⁹, a salvo de que concurran supuestos excepcionales como el estado de necesidad. En este panorama constituye una excepción HÄLSCHNER, el cual distingue, dentro de la imputación material, dos apartados: uno corresponde a la lesión del Derecho (*Rechtsverletzung*), y el otro a la culpabilidad moral (*sittliche Schuld*).

B. Imputabilidad subjetiva

Por lo que se refiere, en primer lugar, a la terminología, es de señalar que con la obra de los autores hegelianos se impone definitivamente la palabra *Zurechnungsfähigkeit* para designar el concepto de imputabilidad subjetiva, el cual, a su vez, es objeto de una nítida separación respecto de la imputabilidad objetiva y de la ausencia de imputación en general. Ya se ha hecho referencia en el capítulo anterior a que en el transcurso del siglo XIX esta diferenciación se va imponiendo en la doctrina, y no solamente en los autores hegelianos; son ejemplo de ello MAREZOLL²⁸⁰, HEFFTER²⁸¹ y WÄCHTER²⁸². Por lo que respecta, en concreto, a los que en este epígrafe están siendo objeto de estudio, son reiteradas las ocasiones en que se hace mención expresa de la necesidad de separar estos distintos conceptos. La imputabilidad subjetiva se concibe como un estado interno del sujeto,

„un puro estado psíquico interno, el estado de una persona en el cual se encuentran dadas para ella todas las condiciones psíquicas internas del querer libre y del actuar responsable“²⁸³

Desde este entendimiento de la imputabilidad subjetiva deviene posible sostener que su negación convierte ya en imposible toda imputa-

²⁷⁸ Culpabilidad entendida aquí en sentido amplio, no sólo como concurrencia de dolo y culpa.

²⁷⁹ BUBNOFF, E., *Die Entwicklung...*, pág. 62.

²⁸⁰ MAREZOLL, T., *Das gemeine deutsche Criminalrecht als Grundlage der neueren deutschen Strafgesetzgebungen*, 2ª ed., Leipzig, Verlag von Joh. Ambrosius Barth, 1847, pág. 90 nota 2).

²⁸¹ HEFFTER, A. W., *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechtes mit Rücksicht auf ältere und neuere Landesrechte*, 6ª ed., Braunschweig, C. A. Schwetschke und Sohn, 1857, pág. 47 nota 1).

²⁸² WÄCHTER, C. G., *Das Königlich Sächsische und das Thüringische Strafrecht: Ein Handbuch. Einleitung und allgemeiner Theil*, Stuttgart, Verlag der J. B. Metzler'schen Buchhandlung, 1857, pág. 325 anotación I, advirtiendo sobre la frecuencia con que son confundidos los significados de ambos términos.

²⁸³ HÄLSCHNER, H., *Das gemeine deutsche Strafrecht...*, pág. 203.

ción, pero que, por el contrario, aunque se haya afirmado la capacidad de imputación del sujeto, cabe aún que la posibilidad de imputar la acción se vea impedida por otra serie de factores que nada tienen que ver con las capacidades subjetivas del autor²⁸⁴. Para hacer referencia a la posibilidad de imputar la acción, que se concreta en la exigencia de dolo o de culpa, se reserva la palabra *Zurechenbarkeit*. El término *Zurechnungslosigkeit*, por último, es el de significado más amplio, pues se refiere en general a la ausencia de imputación, sea cual sea su causa²⁸⁵.

En cuanto al fundamento de esta imputabilidad subjetiva, ahora ya claramente delimitada de conceptos afines, consiste para todos los hegelianos en la libertad de la voluntad. La voluntad se concibe no sólo como libre, sino como incluyendo ya en sí misma el momento intelectual o de conocimiento²⁸⁶. KÖSTLIN lo expresa con las siguientes palabras:

“El concepto de la voluntad (que es idéntico al de la libertad) tiene como presupuesto el del yo consciente de sí mismo. Un objeto natural no es capaz ni de pensar ni de querer. Por ello, el yo que piensa y que quiere se encuentra frente a la naturaleza como lo esencialmente diferente. [...] [E]l querer [es] realmente sólo la otra cara del pensar [...]”²⁸⁷

De lo dicho se desprende que la imputabilidad exige en el sujeto capacidad de autodeterminación y también, ya que se ha de conocer lo que se quiere, una capacidad intelectual suficiente como para ejercitar conscientemente la primera. Esta capacidad intelectual ha de incluir,

²⁸⁴ KÖSTLIN, CH. R., *Neue Revision...*, pág. 155; BERNER, A. F., *Grundlinien...*, págs. 50 y ss.; HÄLSCHNER, H., *Das gemeine deutsche Strafrecht...*, págs. 203 y ss.

²⁸⁵ *Vid.*, por ejemplo, BERNER, A. F., *Grundlinien...*, págs. 49 y s., al que se remite KÖSTLIN, CH. R., *Neue Revision...*, pág. 155.

²⁸⁶ El concepto de voluntad libre de que se sirven estos autores está en estrecha relación con el conjunto de la filosofía de HEGEL. Puesto que lo que ha de ser analizado en este trabajo no son los presupuestos filosóficos de que parten los autores, sino las consecuencias que esa concepción filosófica tiene en el ámbito penal, y en concreto en la problemática de la imputabilidad subjetiva, será en este segundo nivel en el que se centre la exposición. Respecto de ciertas afirmaciones que a causa de este modo de proceder puedan parecer carentes de fundamentación suficiente, es necesario remitir a la bibliografía específica sobre el tema. En la obra de BUBNOFF, E., *Die Entwicklung...* se encuentra una breve exposición de los fundamentos de la filosofía de HEGEL como introducción a la exposición del concepto de acción en los hegelianos. Una breve exposición general de la filosofía del Derecho de HEGEL puede encontrarse en la obra de RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M., *Historia del pensamiento jurídico*, vol. 2, Madrid, UCM, 1993, págs. 329 y ss.

²⁸⁷ KÖSTLIN, CH. R., *System des deutschen Strafrechts. Erste Abtheilung: Allgemeiner Theil*, Tübingen, Verlag der Laupp'schen Buchhandlung, 1855 (ed. facsímil, 1978), págs. 123 y s. *Vid.* también en el mismo sentido BERNER, A. F., *Grundlinien...*, págs. 2 y 9, y HÄLSCHNER, H., *Das gemeine deutsche Strafrecht...*, págs. 201 y s., donde afirma: “inteligencia y voluntad se condicionan y presuponen mutuamente” (pág. 202).

en concreto, la conciencia de sí mismo y el conocimiento de la estructura y funcionamiento del mundo exterior²⁸⁸. El sujeto ha de poder saber, en definitiva, lo que hace, de modo que respecto a su actuar pueda ser cierta la afirmación de que lo ocurrido ha sido querido, y pueda, por tanto ser calificado como acción. La inseparabilidad conceptual entre inteligencia y voluntad conduce incluso a establecer como requisitos de la imputabilidad sólo los referentes a la primera, pues su existencia indica por sí misma la de una voluntad libre; así ocurre en los casos de HÄLSCHNER²⁸⁹ y BERNER²⁹⁰.

La concepción de la imputabilidad subjetiva de los hegelianos se refleja en el círculo de causas que la excluyen. La delimitación del concepto respecto de la imputabilidad en general y de la imputabilidad objetiva da lugar a un estrechamiento del mismo. En primer lugar, porque la coacción y el error pasan definitivamente a formar parte de aquellas causas de exclusión de la imputación que nada tienen que ver con la imputabilidad subjetiva. Por otro lado, se produce también una separación clara entre las causas que excluyen la imputación y aquellas otras cuyo efecto consiste igualmente en impedir la imposición de una pena, pero en virtud de una razón distinta. Ello es posible gracias a la distinción que efectúan los hegelianos entre imputación formal y material, o entre acción y punibilidad, en definitiva, entre forma y contenido del delito. Esta distinción obliga a tratar las causas de justificación en esta segunda parte del análisis, dedicada a la contrariedad a Derecho de la acción, una vez que ya se ha resuelto la cuestión de si cabe o no imputar al autor el hecho concreto, es decir, de si existe o no acción²⁹¹.

Las auténticas causas de inimputabilidad quedan reducidas a las siguientes²⁹²: minoría de edad, sordomudez de nacimiento sin instrucción, casos de ausencia absoluta de contacto con la civilización, oligofrenia, estados pasionales, embriaguez, sueño y estados análogos²⁹³, trastorno mental transitorio y enfermedades mentales. Cabe hacer notar, respecto de estas últimas, que una consecuencia de entender la vo-

²⁸⁸ HÄLSCHNER, H., *Das Preußische Strafrecht...*, págs. 103 y s.

²⁸⁹ HÄLSCHNER, H., *Das gemeine deutsche Strafrecht...*, pág. 202: "La libertad de la voluntad se resiste [...] a toda observación directa. Su existencia únicamente puede ser deducida a partir de la configuración de las facultades intelectuales de la persona y del grado de su desarrollo."

²⁹⁰ BERNER, A. F., *Lehrbuch des deutschen Strafrechtes*, 3ª ed., Leipzig, Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1866, págs. 115 y s.

²⁹¹ KÖSTLIN, CH. R., *Neue Revision...*, pág. 155; BERNER, A. F., *Grundlinien...*, págs. 49 y s.

²⁹² La enumeración que sigue está tomada de KÖSTLIN, CH. R., *System...*, págs. 134, 141 y 150.

²⁹³ Somnolencia y sonambulismo.

luntad como inseparable del pensamiento es el rechazo absoluto por parte de los hegelianos a considerar las llamadas monomanías como causa suficiente para excluir la imputabilidad. Por la interdependencia mutua que se postula entre el entendimiento y la voluntad, se niega la posibilidad de que pueda existir ningún tipo de impulso, por intenso que sea, capaz de eliminar la libertad de la voluntad dejando intacta la facultad intelectual. Sólo cuando los ‘impulsos’ tengan su origen en un trastorno morbozo de la mente podrán producir inimputabilidad, pero entonces no en tanto que impulso, sino por dar lugar a una enfermedad mental o trastorno mental transitorio²⁹⁴.

Por lo que toca al significado sistemático de la categoría, la identificación entre imputación y acción implica que los presupuestos de la primera se conviertan en requisitos de la segunda; en consecuencia, la imputabilidad pasa a ser capacidad de acción (*Handlungsfähigkeit*), y como tal es definida por los autores²⁹⁵. Sin embargo, los propios autores se ven obligados a matizar inmediatamente esta definición. Como ya ha quedado expuesto, la afirmación de la existencia de una acción no supone automáticamente la de la existencia del delito; éste requiere, además, la contrariedad a Derecho de la primera. La pena no se impone sólo por la realización de una acción cualquiera, sino por la de una acción delictiva y, en consecuencia, la responsabilidad penal no presupone sólo que el autor actúe en general con libertad y conciencia, sino que esta última ha de extenderse al significado antijurídico de aquello que realiza²⁹⁶. HÄLSCHNER lo expresa como sigue:

„La pregunta acerca de la capacidad de acción de la persona cobra, sin embargo, su verdadero interés para el Derecho y especialmente para el Derecho penal en virtud de que la capacidad de acción es el presupuesto necesario de la responsabilidad. Pero ésta no requiere sólo capacidad de acción, sino también conocimiento de las normas que rigen el

²⁹⁴ KÖSTLIN, CH. R., *Neue Revision...*, pág. 157; BERNER, A. F., *Grundlinien...*, págs. 73 y ss.; HÄLSCHER, H., *Das gemeine deutsche Strafrecht...*, págs. 214 y ss., donde afirma que en las monomanías se trata “o bien de la conclusión errónea de que el hecho, puesto que no se es capaz de descubrirle un motivo, ha de ser el de un inimputable, o bien de que [el hecho] proviene de una enfermedad mental que en absoluto afecta sólo a la voluntad pero que es aún desconocida, o que fue muy breve.” (pág. 215).

²⁹⁵ ABEGG, J. F. H., *Lehrbuch...*, págs. 123 y 125; HÄLSCHNER, H., *Das gemeine deutsche Strafrecht...*, pág. 201; KÖSTLIN, Ch. R., *System...*, pág. 133.

²⁹⁶ En palabras de KÖSTLIN: “Puesto que la imputabilidad subjetiva [*Zurechnungsfähigkeit*] es la posibilidad de actuar, es decir, de autodeterminarse con libertad, es por ello la condición subjetiva del delito [...]. Pero el concepto de delito como contraposición de la voluntad particular frente al mundo de la eticidad objetiva [...] exige algo más.” (en *System...*, pág. 133).

querer y el actuar humano y la capacidad de determinar la voluntad de acuerdo con la norma reconocida, con el deber.²⁹⁷

Este 'plus' respecto a la capacidad de acción que se requiere para la existencia de la imputabilidad subjetiva recibe distintas denominaciones. BERNER habla de 'madurez penal' (*Reife zur Strafe*), 'capacidad de pena' (*Straffähigkeit*)²⁹⁸ o 'punibilidad criminal' (*criminalistische Strafbarkeit*)²⁹⁹; HÄLSCHNER de 'responsabilidad penal'³⁰⁰ o 'imputabilidad criminal'³⁰¹, KÖSTLIN de 'imputabilidad criminal'³⁰². Lo que se exige al individuo es el ser consciente de la existencia del ordenamiento jurídico en cuanto eticidad objetiva, en cuanto conjunto objetivo de deberes éticos plasmados en leyes e instituciones³⁰³. Puesto que esta conciencia se alcanza mediante la evolución o desarrollo normal de la persona³⁰⁴, la cuestión surge para los autores sobre todo en el caso de los menores, respecto de los cuales afirman que la capacidad de acción, es decir, la imputabilidad como capacidad de un actuar libre y consciente, puede estar dada antes de que puedan ser considerados penalmente responsables.

Ahora bien, esta diferenciación entre imputabilidad y capacidad de responsabilidad tiene únicamente el valor de una matización o precisión, de la que no se deriva ninguna otra consecuencia, ni sistemática ni de contenido. La exigencia de que la imputabilidad sea 'criminal' no impide que se mantenga la definición de la misma en general como capacidad de acción. Además, la importancia de la distinción se relativiza al señalarse que la imputabilidad que importa al Derecho penal es precisamente la imputabilidad 'penal', por lo que es la existencia de ésta lo que hay que demostrar, siendo indiferente desde este punto de vista el que el sujeto no imputable penalmente pudiera

²⁹⁷ HÄLSCHNER, H., *Das gemeine deutsche Strafrecht...*, pág. 202.

²⁹⁸ BERNER, A. F., *Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa*, Berlin, Carl Heymann, 1847, págs. 58 y ss.

²⁹⁹ BERNER, A. F., *Grundlinien...*, pág. 100.

³⁰⁰ HÄLSCHNER, H., *Das gemeine deutsche Strafrecht...*, pág. 217 y s.

³⁰¹ HÄLSCHNER, H., *op. cit.*, pág. 222; EL MISMO, *Das Preußische Strafrecht...*, pág. 105.

³⁰² KÖSTLIN, CH. R., *System...*, § 49.

³⁰³ Esta problemática está en estrecha relación con el concepto de Derecho en HEGEL, tema en el que no es posible profundizar en esta sede; es necesario hacer a este respecto la remisión indicada en la nota 286.

³⁰⁴ Este desarrollo se encuentra relacionado con los estadios en la evolución del concepto de voluntad; puede encontrarse una exposición de los mismos en BERNER, A. F., *Grundlinien...*, págs. 11 y ss.; KÖSTLIN, CH. R., *System...*, págs. 124 y ss.; HÄLSCHNER, H., *Das Preußische Strafrecht...*, págs. 98 y ss. Por lo demás, *vid.* nota anterior.

serlo en otros ámbitos³⁰⁵. Lo que se produce con ello es, en definitiva, una cierta incoherencia entre la definición formal de la imputabilidad subjetiva como capacidad de acción y el contenido material que se le atribuye. En el caso de BERNER, que había mantenido en sus primeras obras la distinción, ésta se rechaza posteriormente³⁰⁶, calificándose como ‘poco natural’ y en aras de una mejor aplicabilidad en la práctica³⁰⁷, y el autor pasa a incluir expresamente en la definición de la imputabilidad el requisito de conocimiento del deber. Ahora bien, esto ocurre en el marco de una sistemática en la que el concepto de acción ha variado ligeramente, pues, si bien el delito sigue siendo definido como acción, se analizan primero los presupuestos de la acción delictiva, y entre ellos la imputabilidad, para posteriormente estudiar la posibilidad de imputar el suceso ocurrido, con lo que la imputación se refiere ya a la acción delictiva, y no a la acción sin más. De esta manera la contrariedad a Derecho no se predica ya de la acción como totalidad, sino de sus elementos particulares. Y en este contexto es en el que se exige la posibilidad de conciencia de la antijuridicidad como elemento de la imputabilidad.

2. *La imputabilidad subjetiva en otros modelos anteriores al sistema clásico*

En este epígrafe se pretende hacer referencia al contenido y significado sistemático de la imputabilidad subjetiva en algunos modelos de la teoría del delito de finales del siglo XIX y distintos del hegelianismo. Al hablar de modelos ‘anteriores’ al sistema clásico no se está haciendo referencia, desde luego, a un criterio estrictamente temporal, pues la actividad científica de BINDING, por ejemplo, se prolonga hasta las primeras décadas del siglo XX, y tanto este autor como MERKEL son coetáneos de LISZT. Reducir la exposición a los tres autores que a continuación se estudiarán supone, además, ofrecer una visión incompleta del estado de la problemática de la imputabilidad subjetiva a finales del siglo XIX. Como es sabido, es éste un momento histórico que, bajo el signo de la denominada Lucha de Escuelas, se caracteriza precisamente por la posición central que la cuestión del fundamento de la responsabilidad criminal —y, con ello, del fundamento de la imputabilidad— ocupa en el panorama de la doctrina penal; el análisis de las discusiones que a este respecto se desarrollan y de las distintas posiciones en-

³⁰⁵ BERNER, A. F., *Grundlinien...*, pág. 100; HÄLSCHNER, H., *Das gemeine deutsche Strafrecht...*, pág. 217.

³⁰⁶ En sus obras *Grundsätze des Preußischen Strafrechts*, Leipzig, Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1861, págs. 60 y ss, y en el *Lehrbuch...*, desde la primera edición en 1857.

³⁰⁷ *Grundsätze...*, pág. 60.

frentadas, así como de las consecuencias de cada una de ellas para la imputabilidad subjetiva, requeriría mucho más que el breve espacio de este apartado. Es por esta razón por la que esta problemática no va a ser aquí objeto de análisis; por el contrario, los autores escogidos lo han sido precisamente por la relación que cabe apreciar en sus obras respecto a los modelos importantes del siglo XIX, y porque en esta medida representan la conclusión del período temporal cuyo estudio constituye el objeto de este trabajo. Ninguno de ellos conseguirá formar una escuela amplia e imponer su sistema frente al del positivismo naturalista³⁰⁸, que es el que inaugura el siglo XX y a partir del cual se desarrollará la evolución posterior del Derecho penal.

A. GEIB

El interés de la obra de este autor radica fundamentalmente en que elabora, en los años sesenta del siglo XIX, un sistema de la teoría del delito muy similar al de FEUERBACH. Por lo que atañe, en particular, a la cuestión de la imputabilidad, GEIB la analiza, al igual que éste último autor, formando parte de la teoría de la ley penal, y no de la teoría del delito³⁰⁹. La determinación concreta del contenido del concepto se realiza también en la línea de FEUERBACH, desde la óptica de los fines de la pena.

La pena ha de ser, por un lado, justa, y, por otro, ha de constituir un motivo para la observancia de los preceptos legales. De estos dos fines es el segundo el que interesa a los efectos de la imputación. Ésta tiene como presupuesto, según GEIB, la posibilidad de alcanzar el fin de la pena, es decir, la posibilidad de que ésta actuara como motivo o razón para observar la ley. En los casos en que esto fuera imposible no puede tener lugar el juicio de imputación:

“la imputación tiene lugar siempre que (en el momento del hecho y en relación al mismo) existe la posibilidad de la determinabilidad del autor — ya sea a través de la perspectiva de la pena, ya sea al menos a través de la perspectiva de otros factores similares en general a la pena — [...]”³¹⁰.

Esta posibilidad de determinación del sujeto³¹¹ se designa con el término *Zurechnungsfähigkeit*, el cual recibe, por lo tanto, un significado

³⁰⁸ ACHENBACH, H., *Historische und dogmatische Grundlagen...*, págs. 35 y 47.

³⁰⁹ GEIB, G., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Leipzig, Verlag von S. Hirzel, 1862, págs. 54 y ss.

³¹⁰ *Op. cit.*, pág. 57.

³¹¹ A pesar de hablar de ‘determinabilidad’, y a diferencia de FEUERBACH, GEIB no la identifica con el determinismo, sino que deja abierta la cuestión de en qué medida podrían ser asimilables la determinabilidad que él propone como criterio de la

muy amplio, equivalente a la posibilidad general de realizar la imputación. El mismo GEIB afirma que toda la cuestión de la imputación se resume en la pregunta de si estaba o no excluida en el caso concreto la *Zurechnungsfähigkeit* del sujeto³¹². De acuerdo con esta definición tan amplia, las causas de exclusión de la imputabilidad no se reducen, como en el caso de los hegelianos, a las que tienen que ver con las capacidades psíquicas del autor; por el contrario, se consideran tales, además de éstas últimas, la coacción, el error, tanto de hecho como de derecho, y el caso fortuito³¹³. El término *Zurechnungsfähigkeit* tiene por tanto, en este autor, un significado similar al que le otorgaban los autores de principios de siglo que han sido objeto de estudio en el apartado IV de este trabajo, y se aprecia con ello que la cuestión de la denominación y del significado sistemático de la imputabilidad subjetiva no puede considerarse en absoluto zanjada a finales del siglo XIX³¹⁴.

B. MERKEL

El contenido de la imputabilidad subjetiva en MERKEL está reducido, como en los hegelianos, a las facultades propiamente internas del sujeto. En concreto, consiste en una doble exigencia: de un lado, capacidad de discernimiento respecto del ordenamiento jurídico, es decir, capacidad de reconocer la dañosidad o peligrosidad de las acciones y su contrariedad con las normas que rigen en el Estado; de otro lado, capacidad de disposición sobre las facultades psíquicas, es decir, posibilidad de actuar respecto de ese conocimiento de acuerdo con la personalidad y los intereses de cada uno³¹⁵. Los supuestos de exclusión son la minoría de edad, las deficiencias en el desarrollo psíquico, las enfermedades mentales y los trastornos de la conciencia, entre ellos la ebriedad³¹⁶.

En MERKEL encontramos diferentes denominaciones para la imputabilidad subjetiva: capacidad de imputación (*Zurechnungsfähigkeit*), capacidad de culpabilidad (*Schuldfähigkeit*), capacidad de acción

posibilidad de realizar la imputación y el libre albedrío exigido por otros autores; *vid. Lehrbuch...*, pág. 58.

³¹² *Op. cit.*, pág. 58.

³¹³ *Op. y loc. cit.*

³¹⁴ Una posición similar a la de GEIB es sustentada también por WAHLBERG, quien define también la imputabilidad como determinabilidad del sujeto actuante a través de la ley penal; *vid. BRUCK, F., Zur Lehre von der criminalistischen Zurechnungsfähigkeit*, Breslau, Verlag von Wilhelm Koebner, 1879, § 12.

³¹⁵ MERKEL, A., *Die Lehre vom Verbrechen und Strafe* (ed. por LIEPMANN, M.), Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1912 (ed. facsímil, 1987), pág. 66; también MERKEL, A., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1889, § 19.

³¹⁶ MERKEL, A., *Die Lehre...*, págs. 70 y ss.

(*Handlungsfähigkeit*). Esta pluralidad en la terminología utilizada está relacionada con su particular sistemática de la teoría del delito.

MERKEL concibe el injusto como injusto subjetivo: un suceso sólo puede considerarse contrario a Derecho en la medida en que puede ser atribuido a la voluntad de un sujeto imputable. La esencia del Derecho radica en su carácter imperativo, en la función de determinación de comportamientos: la norma impone deberes a sus destinatarios y se dirige sólo a aquellos que pueden ser sujetos de deberes. Por lo tanto, únicamente puede ser infringida por estos. El actuar de los inimputables, aunque menoscabe bienes o intereses protegidos por el ordenamiento jurídico, es equiparable a los daños causados por fenómenos naturales, y no puede ser considerado propiamente una acción³¹⁷. Acción en sentido jurídico, objeto de valoración por el Derecho, sólo puede ser el actuar del imputable. Es en este sentido en el que MERKEL habla de imputabilidad subjetiva como capacidad de acción³¹⁸.

Por otra parte, el concepto principal en el sistema de MERKEL es el de imputación. Al contrario que en los hegelianos, el concepto de acción, aunque se entiende en sentido parecido como 'acción culpable', no es el concepto principal. Está englobado en el juicio de imputación, mediante el que se establecen la relación de causalidad y la de culpabilidad³¹⁹. El juicio de imputación contiene dos momentos. El primero se denomina 'causal', y supone la atribución de lo ocurrido a la voluntad del sujeto, en el sentido de que lo ocurrido puede considerarse como producto característico de esa voluntad. Este momento causal presupone no sólo que la voluntad del sujeto haya participado realmente en lo ocurrido, sino también que en el supuesto de que la persona hubiera querido actuar de conformidad con sus deberes respecto al Estado el hecho no hubiera tenido lugar³²⁰. El segundo momento es 'distributivo', y en realidad no añade nada nuevo a lo ya requerido en el primero: lo que hace es atribuir el valor positivo o negativo de lo ocurrido al autor. Es la atribución del mismo comportamiento causal pero medida de acuerdo con las valoraciones jurídicas³²¹. Este segundo momento es un juicio de culpabilidad³²². Como puede verse, ésta no consiste en características anímicas o de otro tipo exigidas adicionalmente a los presupuestos de la imputación, sino que es ésta misma pero realizada desde el punto de vista de su significado jurídico. La imputación, por lo tan-

³¹⁷ BUBNOFF, E., *Die Entwicklung...*, págs. 103 y ss.

³¹⁸ BUBNOFF, E., *op. cit.*, pág. 104.

³¹⁹ BUBNOFF, E., *op. cit.*, págs. 102 y 109.

³²⁰ MERKEL, A., *Die Lehre...*, págs. 80 y ss.; EL MISMO, *Lehrbuch...*, § 26.

³²¹ *Op. y loc. cits.*

³²² MERKEL, A., *Die Lehre...*, pág. 85 y nota 1); EL MISMO, *Lehrbuch...*, págs. 70 y s.

to, es un juicio de culpabilidad, y por ello la capacidad de imputación puede ser también designada como capacidad de culpabilidad.

La ubicación sistemática de la imputabilidad subjetiva en el sistema de la teoría del delito de MERKEL presenta, por último, la particularidad de que se encuentra en el capítulo dedicado a los posibles sujetos del delito, anterior a los que tratan la imputación y la culpabilidad.

C. BINDING

BINDING coincide con MERKEL en considerar la imputabilidad como presupuesto del injusto, y, también como él, se refiere a ella con diferentes expresiones: capacidad de acción, de delito, de culpabilidad, de imputación³²³. Ahora bien, el sentido de estos términos está condicionado por el sistema de la teoría del delito en BINDING, que, como es sabido, está construido a partir de su teoría de las normas. A ésta será necesario realizar en esta sede algunas referencias, a efectos de poder ubicar en el conjunto de su sistema la imputabilidad subjetiva.

BINDING establece una separación clara entre ley penal, aquella que establece el presupuesto de hecho y la consecuencia jurídica, y norma. Lo que el sujeto infringe al cometer un delito no es la ley penal, cuya primera parte en realidad cumple al realizar el hecho descrito en la misma, sino la norma, que es la prohibición o mandato conceptualmente previo a la ley penal y a la cual dota de sentido. La ley penal establece únicamente la pena a imponer en el caso de que el delincuente infrinja la prohibición o mandato contenidos en la norma, es decir, realice el presupuesto de hecho contenido en la ley³²⁴. La función principal de las normas es, por tanto, establecer deberes personales para cada individuo en concreto en el sentido de hacer u omitir un comportamiento determinado. Correlativamente a estos deberes existe un derecho a la obediencia o a la sumisión por parte del Estado. Puesto que la norma establece un deber de obediencia, sólo se dirige a aquellos sujetos que pueden cumplir o infringir el deber; en la terminología de BINDING, sujetos capaces de acción (*handlungsfähige*)³²⁵.

³²³ BINDING, K., *Die Normen und Ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, tomo 2: *Schuld und Vorsatz*, Leipzig, Verlag von Wilhelm Engelmann, 1877, pág. 46 nota 67; *vid.* también KAUFMANN, A., *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie: Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Göttingen, Verlag Otto Schwatz & Co., 1954, pág. 26.

³²⁴ KAUFMANN, A., *Lebendiges...*, págs. 3 a 17.

³²⁵ KAUFMANN, A., *op. cit.*, pág. 10.

Paralela a esta distinción entre ley penal y norma nuestro autor establece la de ‘delito’ (*Delikt*) y ‘crimen’ (*Verbrechen*): delito es la infracción de la norma, mientras que con la palabra crimen se designa una clase de delitos, aquellos a cuya comisión el legislador ha unido la amenaza de una pena a través de una ley penal. De acuerdo con esta distinción existen presupuestos de la antinormatividad, que son aquellos que convierten a una acción en delito, y presupuestos únicamente de la punibilidad, que son aquellos requisitos que el legislador exige para que a una acción antinormativa se le pueda imponer; además, una pena³²⁶.

Pues bien, en este contexto, la ‘capacidad de acción’ (*Handlungsfähigkeit*), que es el concepto dentro del cual se analiza la problemática de la imputabilidad subjetiva, es un requisito de la antinormatividad; es presupuesto del delito. El delito es un injusto subjetivo: BINDING afirma la existencia de diferentes clases de injusto, pero lo que caracteriza al injusto propio del delito es que representa el desconocimiento del derecho a la obediencia de las normas por parte de un sujeto que tenía el deber de someterse a las mismas: “[c]ontrariedad a deber y contrariedad a la norma son idénticas y están unidas a la existencia de culpabilidad”³²⁷. El delito se define como “acción antinormativa culpable”³²⁸.

Antijuridicidad y culpabilidad están, por tanto, indisolublemente unidas, y únicamente a los efectos del análisis teórico es posible distinguir el momento exterior del hecho y el momento de la culpabilidad, o entre *Tatbestand* objetivo y subjetivo. El hecho (*Tat*) consiste en una modificación del mundo exterior contraria a la norma, siempre que provenga de la voluntad de una persona. La contrariedad a la norma de la que se habla aquí lo es sólo ‘externamente’, y no constituye, todavía, la verdadera antinormatividad. Por lo que respecta a la voluntad, en este momento del análisis del delito se toma en cuenta únicamente para establecer la existencia de una relación causal entre la misma y lo ocurrido³²⁹.

La culpabilidad o *Tatbestand* subjetivo requiere que ese hecho pueda ser calificado como ‘acción’. Culpabilidad en sentido amplio es tanto como ‘acción culpable’³³⁰. En el ámbito del Derecho, la acción consiste en la “realización de una voluntad jurídicamente relevante”³³¹. Esa relevancia

³²⁶ ACHENBACH, H., *Historische und dogmatische Grundlagen...*, págs. 27 y s.

³²⁷ BUBNOFF, E., *Die Entwicklung...*, pág. 113.

³²⁸ BINDING, K., *Handbuch des Strafrechts*, en EL MISMO, (ed.) *Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft*, sección 7ª, parte 1ª, tomo 1, Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1885, pág. 499, cit., en KAUFMANN, A., *Lebendiges...*, pág. 17.

³²⁹ KAUFMANN, A., *Lebendiges...*, págs. 17 y ss.

³³⁰ BINDING, K., *Die Schuld im deutschen Strafrecht. Vorsatz. Irrtum. Fahrlässigkeit: Kurzes Lehrbuch*, Leipzig, Verlag von Felix Meiner, 1919, pág. 3.

³³¹ BINDING, K., *Die Normen...*, pág. 41.

jurídica requiere, de un lado, que la voluntad esté dirigida a producir algún cambio en la esfera del Derecho, y, de otro, que la ley considere al sujeto como capaz de querer esa modificación³³². Cuando con la acción se realiza el supuesto de hecho previsto en la ley penal, ha de considerarse que la voluntad estaba dirigida a la consecución de una modificación en la esfera jurídica³³³. Queda entonces sólo por analizar si esa voluntad provenía de un sujeto capaz de acción. Culpabilidad en sentido estricto es “la voluntad de un [sujeto] capaz de acción como causa de una infracción jurídica”³³⁴. En realidad, por tanto, lo único que la culpabilidad añade a lo ya establecido en el análisis del *Tatbestand* objetivo es la comprobación de la existencia de la capacidad de acción³³⁵. Ésta es realmente el elemento constitutivo de la culpabilidad en sentido estricto³³⁶.

Una vez esbozado a grandes rasgos el contexto sistemático en que ha de encuadrarse la imputabilidad en BINDING, se examinará a continuación este elemento del delito. Capacidad de acción es la “capacidad jurídicamente reconocida de realizar personalmente acciones jurídicamente relevantes de cualquier tipo”³³⁷. Referida, en concreto, a los delitos, puede denominarse también capacidad de delito, de culpabilidad, o de imputación, pluralidad de términos a la que ya se ha hecho referencia *supra*, y que se deriva de la configuración del sistema de la teoría del delito que se acaba de exponer.

Esta capacidad consiste en “la aptitud de reconocer la propia acción en relación con la norma, y de mantenerla en consonancia con la misma”³³⁸, y se compone de una suma de facultades particulares³³⁹. En primer lugar, exige en el sujeto capacidad de autodeterminación, libertad de la voluntad. En segundo lugar, exige conocimiento de la norma: la obediencia del deber que la norma establece presupone el conocimiento de la existencia del mismo. El desconocimiento de la norma es la ex-

³³² BINDING, K., *op. cit.*, pág. 40.

³³³ KAUFMANN, A., *Lebendiges...*, pág. 25.

³³⁴ BINDING, K., *Die Schuld...*, pág. 10.

³³⁵ KAUFMANN, A., *Lebendiges...*, pág. 25.

³³⁶ ACHENBACH, H., *Historische und dogmatische Grundlagen...*, pág. 29; BUBNOFF, E., *Die Entwicklung...*, pág. 126.

³³⁷ BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung: Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, 2ª ed., tomo 2: *Schuld. Vorsatz. Irrtum*, parte 1ª: *Zurechnungsfähigkeit. Schuld*, Leipzig, Verlag von Felix Meiner, 1914, *cit.* en KAUFMANN, A., *Lebendiges...*, pág. 25.

³³⁸ KAUFMANN, A., *op. y loc. cit.*

³³⁹ BINDING, K., *Die Normen...*, 2ª ed., págs. 132 a 170. Se ha considerado innecesario reproducir en detalle todas las facultades o capacidades particulares que desgrana el autor; en la selección de las más relevantes se ha seguido fundamentalmente la que realiza KAUFMANN, A., *Lebendiges...*, págs. 26 y ss.

cepción a la regla general, pues la misma convivencia en sociedad hace que los sujetos conozcan lo que está prohibido o permitido, y su alegación será en la mayor parte de los casos falsa; ahora bien, si efectivamente la persona desconocía la norma, queda excluido el delito. La capacidad de acción exige, también, madurez suficiente como para convertir el contenido del deber en la guía de la actuación, y capacidad de actuar de conformidad con ese deber. Ésta última exige, a su vez, capacidad de subsumir el comportamiento realizado en la norma, conocimiento de la ley de la causalidad y experiencia suficiente acerca de las regularidades que rigen el acontecer de los fenómenos, y capacidad de ejercitar la propia voluntad (es decir, ausencia de coacción).

Todas estas capacidades han de ser objeto de comprobación en referencia al caso concreto. No se refieren a características generales del sujeto, de cuya previa afirmación dependiera el poder entrar a considerar la cuestión de la culpabilidad en el caso concreto. Por el contrario, es capacidad de acción *ad hoc*, referida al hecho particular que es objeto de enjuiciamiento³⁴⁰. La importancia de esta matización queda de manifiesto al analizar los supuestos que la excluyen: no sólo las perturbaciones de las facultades psíquicas o el desarrollo incompleto o defectuoso de las mismas, sino también circunstancias que no tienen que ver con esas facultades internas del sujeto, como son el error invencible, de hecho o de derecho³⁴¹, y la coacción³⁴².

En definitiva, la capacidad de acción en BINDING tiene un sentido completamente distinto al que esta misma expresión recibía en la sistemática hegeliana. En esta última, la capacidad de acción, que, recuérdese, se denominaba también *Zurechnungsfähigkeit*, sí tenía un contenido que permitía considerar que expresaba el concepto de imputabilidad subjetiva entendido en el sentido actual, como estado de las capacidades psíquicas del autor que lo hacen apto para que se le atribuya responsabilidad por sus actos. En BINDING, por el contrario, capacidad de acción no significa imputabilidad *subjetiva*, pues tiene un contenido muy amplio, parecido al que confiere GEIB a su concepto de *Zurechnungsfähigkeit*. Como éste, equivale a posibilidad de imputación en sentido amplio³⁴³, con la salvedad de que en BINDING el concepto de imputación ha pasado a un segundo plano, siendo sustituido en im-

³⁴⁰ BUBNOFF, E., *Die Entwicklung...*, pág. 126.

³⁴¹ BUBNOFF, E., *op. cit.*, pág. 127.

³⁴² BINDING, K., *Die Normen...*, 2ª ed., pág. 169.

³⁴³ El propio BINDING, aunque utiliza en ocasiones el término *Zurechnungsfähigkeit*, advierte en contra de su utilización subjetiva, y precisa que se refiere sólo a aquello que se imputa, y que debe evitarse referirlo a la persona a la que se imputa; *vid. Die Normen...*, pág. 42.

portancia sistemática por el de culpabilidad. Es, en efecto, a partir de la obra de este autor, cuando la culpabilidad se establece como categoría autónoma en la teoría del delito³⁴⁴.

VI. CONCLUSIONES

1. Con anterioridad al surgimiento de la Ciencia alemana del Derecho penal en el siglo XVI no cabe preguntarse por la imputabilidad subjetiva como concepto doctrinal. Únicamente resulta posible plantearse la cuestión de en qué medida los supuestos de hecho que en la actualidad constituyen causas de inimputabilidad daban entonces también lugar a exención de responsabilidad, y teniendo en cuenta, además, que, por lo que respecta a los períodos anteriores al siglo XI, resulta problemático calificar la responsabilidad como 'penal'. De las fuentes de que se dispone únicamente puede concluirse que ciertas características subjetivas, que hoy día se consideran causas de inimputabilidad, han influido desde tiempos muy remotos, aunque no de manera uniforme, en la atribución de responsabilidad por los actos realizados, determinando, en general, una dulcificación de la misma.

2. En el Derecho penal de los siglos XVI y XVII dan lugar a la exclusión o atenuación de la responsabilidad penal muchos supuestos de los que hoy día producen ese mismo efecto por la vía de exclusión de la imputabilidad. Sin embargo, en la doctrina penal no existe un concepto equivalente a esta última. La existencia de una expresión, *doli capacitas*, de utilización frecuente en relación con este tipo de supuestos de exclusión de la pena no se corresponde con la de un concepto similar al actual de imputabilidad subjetiva. Desde el punto de vista sistemático, y en la limitada medida en que en esa época es posible hablar de un sistema en la elaboración doctrinal sobre el Derecho penal, estos supuestos forman parte indiferenciada del grupo general de causas de exclusión de la pena. En ocasiones son explicados en relación con los posibles sujetos del delito, y en general están relacionados con la exigencia de dolo.

3. El origen de la terminología y las bases teóricas para la elaboración de un concepto de imputabilidad subjetiva se encuentran en la filosofía iusracionalista del siglo XVII y, en concreto, en la teoría de la imputación de Samuel v. PUFENDORF. Esta teoría fundamenta la atribución de responsabilidad en el libre albedrío y elabora, en el plano de la filosofía, un concepto, *imputativitas*, con el que designar la posibili-

³⁴⁴ ACHENBACH, H., *Historische und dogmatische Grundlagen...*, pág. 21 y 32 y s.

dad de imputar las consecuencias de las acciones a su autor. Es un concepto referido a la acción y no al sujeto, por lo que sus presupuestos y, correlativamente, las causas de su exclusión, están relacionados tanto con requisitos internos al sujeto, relativos a sus capacidades psíquicas, como con circunstancias externas al mismo.

4. La doctrina penal del siglo XVIII se sirvió de estas elaboraciones teóricas, y adoptó, en particular, el fundamento indeterminista de la responsabilidad y la imputación como concepto central. También se asumieron los principios metodológicos de la filosofía iusracionalista en la exposición de la materia penal, lo que produjo una tendencia progresiva hacia la construcción de la elaboración teórica sobre el Derecho penal en forma de sistema. La consideración del dolo y la culpa como las únicas dos formas posibles de imputación de las acciones hace que la vieja expresión *doli capacitas* se amplíe y pase a incluir también una referencia a la culpa. Este cambio, sin embargo, no trasciende el nivel meramente terminológico, y sigue sin existir un concepto de imputabilidad subjetiva.

5. Durante la primera mitad del siglo XIX se introducen diferenciaciones en el conjunto de los presupuestos de la imputación. Las causas de justificación comienzan a ser tratadas en otra sede, en tanto que los restantes requisitos empiezan a ser clasificados según distintos criterios. Para designar estos diversos grupos se utilizan voces derivadas de la anterior terminología latina como *Imputabilität*, *Imputativität*, y otros términos que surgen de la traducción al alemán de aquellas: *Zurechnungsfähigkeit*, *Zurechenbarkeit*. El sentido conferido a cada uno de estos conceptos por los diversos autores varía.

6. Los primeros autores en crear un concepto referido específicamente a las características requeridas en el autor del delito para poder ser considerado sujeto pasivo de la imputación son FEUERBACH y STÜBEL, y con ello surge en el doctrina penal alemana el concepto de imputabilidad subjetiva. El término elegido para designarlo es *Zurechnungsfähigkeit*.

7. Durante las primeras décadas del siglo XIX la imputabilidad subjetiva es todavía un concepto desdibujado, pues no todos los autores distinguen un grupo de presupuestos de la imputación referidos a capacidades subjetivas. El término *Zurechnungsfähigkeit* es utilizado en ocasiones para designar características de la acción. En cuanto al contenido del concepto, además de referirse al estado de las facultades psíquicas del autor, suele expresar también la exigencia de ausencia de error y de coacción. Por lo que toca a su relación con otras categorías en la teoría del delito, se considera bien presupuesto de dolo y culpa, bien presupuesto de punibilidad.

8. Hacia la mitad del siglo XIX se consolida la distinción entre imputabilidad subjetiva y objetiva, expresada en la contraposición de los términos *Zurechnungsfähigkeit* y *Zurechenbarkeit*. Esta separación se encuentra claramente establecida en la obra de los autores que construyen su sistema de la teoría del delito a partir de la filosofía de HEGEL. La imputabilidad subjetiva es concebida por ellos como capacidad de acción, y es presupuesto de dolo y culpa. Su contenido está reducido a las exigencias relativas al estado de las capacidades psíquicas del sujeto, por lo que se corresponde prácticamente con el que el concepto recibe en la actualidad.

9. El concepto de imputabilidad subjetiva vuelve a presentar configuraciones muy diversas en los sistemas de la teoría del delito de finales del siglo XIX, y anteriores al sistema clásico. El contenido vuelve a ampliarse en ocasiones hasta abarcar los supuestos de error y coacción. Por lo que hace al sistema, la imputabilidad se concibe de diversas maneras, como capacidad de injusto, de pena o de culpabilidad.

10. La palabra *Schuldfähigkeit*, o capacidad de culpabilidad, que se utiliza en la actualidad, junto con *Zurechnungsfähigkeit*, para referirse a la imputabilidad subjetiva, presupone la conclusión del proceso a través del cual el término *Schuld* (culpabilidad) se impone, a finales del siglo XIX y principios del XX, frente al antiguo *Zurechnung* (imputación), y se convierte en elemento autónomo constitutivo del concepto de delito, lo que sucede a partir de la obra de BINDING. Además, presupone también que la imputabilidad se considere, específicamente, capacidad de 'culpabilidad', y no de otro de los elementos de la teoría del delito.

VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABEGG, Julius Friedrich Heinrich, *Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft*, Neustadt a. d. Orla, Druck und Verlag von J. K. G. Wagner, 1936.
- ACHENBACH, Hans, *Historische und dogmatische Grundlagen der Strafrechts-systematischen Schuldlehre*, Berlin, J. Schweitzer Verlag, 1974.
- BAUMANN, Jürgen / WEBER, Ulrich / MITSCH, Wolfgang, *Strafrecht: Allgemeiner Teil. Lehrbuch*. 10ª ed., Bielefeld, Gieseking, 1995.
- BERNER, Albert Friedrich, *Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre*, Berlin, bei Ferdinand Dümmler, 1843. (cit.: *Grundlinien...*)
- , *Lehrbuch des deutschen Strafrechtes*, Leipzig, Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1857. (cit.: *Lehrbuch...*)

- , *Lehrbuch des deutschen Strafrechtes*, 3ª ed., Leipzig, Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1866. (cit.: *Lehrbuch...*, 3ª ed.)
- , *Lehrbuch des deutschen Strafrechtes*, 18ª ed., Leipzig, Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1898. (cit.: *Lehrbuch...*, 18ª ed.)
- , *Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa*, Berlin, Carl Heymann, 1847. (cit.: *Die Lehre...*)
- , *Grundsätze des Preußischen Strafrechts*, Leipzig, Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1861. (cit.: *Grundsätze...*)
- BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung: Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, tomo 2: *Schuld und Vorsatz*, Leipzig, Verlag von Wilhelm Engelmann, 1877, (cit.: *Die Normen...*)
- , *Die Normen und ihre Übertretung: Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, 2ª ed., tomo 2: *Schuld. Vorsatz. Irrtum*, parte 1ª: *Zurechnungsfähigkeit. Schuld*, Leipzig, Verlag von Felix Meiner, 1914. (cit.: *Die Normen...*, 2ª ed.)
- , *Handbuch des Strafrechts*, en EL MISMO (ed.), *Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft*, sección 7ª, parte 1ª, tomo 1, Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1885. (cit.: *Handbuch...*)
- , *Die Schuld im deutschen Strafrecht: Vorsatz. Irrtum. Fahrlässigkeit. Kurzes Lehrbuch*, Leipzig, Verlag von Felix Meiner, 1919. (cit.: *Die Schuld...*)
- BÖHMER, Johann Samuel Friedrich v., *Elementa iurisprudentiae criminalis*, 3ª ed., Halle & Bernburg, 1843, ed. facsímil en «Bibliothek des Deutschen Strafrechts: Alte Meister», n° 3, Goldbach, Keip Verlag, 1996.
- BOLDT, Gottfried, *Johann Samuel Friedrich von Böhmer und die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft*, Berlin y Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1936.
- BREHM, Alfred, “Der Begriff der Zurechnungsfähigkeit und seine geschichtliche Entwicklung”, *Psychiatrisch-Neurologische Wochenschrift*, tomo 43, 1941, págs. 251 – 293.
- BRINKMANN, Friedrich, *Die Begriffsbestimmung der Zurechnungsfähigkeit von der Constitutio criminalis Carolina bis zur Gegenwart*, C. Trute, 1935.
- BRUCK, Felix, *Zur Lehre von der criminalistischen Zurechnungsfähigkeit*, Breslau, verlag von Wilhelm Koebner, 1878.
- BUBNOFF, Eckhart v., *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule*, Heidelberg, Carl Winter Universitätsverlag, 1966.

- EISENHARDT, Ulrich, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 2ª ed., München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhanlung, 1995.
- ENGELMANN, Woldemar, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung: eine historisch-dogmatische Darstellung der kriminellen Schuldlehre der italienischen Juristen des Mittelalters seit Accursius*, 2ª ed., Aalen, Scientia Verlag, 1965.
- ERLER, Adalbert / KAUFMANN, Ekkehard / WERKMÜLLER, Dieter (eds.), *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, tomo IV, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 1990.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm v., *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Parte I, Erfurt, Henningsche Buchhandlung, 1799, ed. facsímil en Aalen, Scientia Verlag, 1966. (cit.: *Revision...*)
- , *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, Giessen, bey Georg Friedrich Heyer, 1801. (cit.: *Lehrbuch...*)
- , *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 5ª ed., Giessen, bey Georg Friedrich Heyer, 1812. (cit.: *Lehrbuch...*, 5ª ed.)
- , *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 8ª ed., Giessen, Verlag von Georg Friedrich Heyer, 1823. (cit.: *Lehrbuch...*, 8ª ed.)
- , *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 11ª ed., Giessen, Druck und Verlag von Georg Friedrich Heyer, 1832. (cit.: *Lehrbuch...*, 11ª ed.)
- GEIB, Gustav, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, tomo 2: *System. Allgemeine Lehren*, Leipzig, Verlag von S. Hirzel, 1862.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Joaquín, *La imputabilidad en el Derecho Penal español: Imputabilidad y locura en la España del siglo XIX*, Granada, Comares, 1994.
- GROLMAN, Karl Ludwig Wilhelm v., *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft nebst einer systematischen Darstellung des Geistes der deutschen Criminalgesetze*, Giessen, bey Georg Friedrich Heyer, 1798. (cit.: *Grundsätze...*)
- , *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, 2ª ed., Giessen y Darmstadt, bey Georg Friedrich Heyer, 1805. (cit.: *Grundsätze...*, 2ª ed.)
- , *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, 4ª ed., Giessen, bey Georg Friedrich Heyer, 1825. (cit.: *Grundsätze...*, 4ª ed.)
- , *Über die Begründung des Strafrechts und der Strafgesetzgebung, nebst einer Entwicklung der Lehre von dem Maas (tabe) der Strafen*

und der juridischen Imputation, Giessen, bey Georg Friedrich Heyer, 1799, ed. facsímil en «Bibliothek des Deutschen Strafrechts: Meister der Moderne», n° 29, Goldbach, Keip Verlag, 1996. (cit.: *Über die Begründung...*)

GRÜNHUT, Max, *Anselm v. Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung*, Hamburg, W. Gente Wissenschaftlicher Verlag, 1922.

GSCHWEND, Lukas, *Zur Geschichte der Lehre von der Zurechnungsfähigkeit: Ein Beitrag insbesondere zur Regelung im Schweizerischen Strafrecht*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1996.

HALL, Karl Alfred, *Die Lehre vom Corpus Delicti: Eine dogmatische Quellenexegese zur Theorie des gemeinen deutschen Inquisitionsprozesses*, Stuttgart, Kohlhammer, 1933.

HÄLSCHNER, Hugo, *Das Preußische Strafrecht*, tomo 2: *System des Preußischen Strafrechts: Erster oder Allgemeiner Theil des Systems*, Bonn, bei Adolph Marcus, 1858. (cit.: *Das Preußische Strafrecht...*)

—, *Das gemeine deutsche Strafrecht systematisch dargestellt*, tomo 1: *Die allgemeinen strafrechtlichen Lehren*, Bonn, Verlag von Adolph Marcus, 1881. (cit.: *Das gemeine deutsche Strafrecht...*)

HARDWIG, Werner, *Die Zurechnung: ein Zentralproblem des Strafrechts*, Hamburg, Cram de Gruyter & Co., 1957.

HARSCHER VON ALMENDINGEN, Ludwig, *Darstellung der rechtlichen Imputationslehre*, Giessen, bei Tasché und Müller, 1803, en EL MISMO, *Juristische und staatswissenschaftliche Schriften*, primera parte, Giessen, bey Gottgetreu Müller, 1817.

HARTUNG, Gerald, "Samuel Pufendorf und die Verbreitung der Naturrechtslehre in Europa", introducción a PUFENDORF, S., *De officio hominis et civis juxta legem civitatem libri duo*, Lund, 1673, en la edición de SCHMIDT-BIGGEMANN, W. (ed.), *Samuel Pufendorf: Gesammelte Werke*, vol. 2, Berlin, Akademie Verlag, 1997.

HEFFTER, August Wilhelm, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts mit Rücksicht auf ältere und neuere Landesrechte*, 6ª ed., Braunschweig, C. A. Schwetschke und Sohn, 1857.

HEGLER, August, *Die praktische Thätigkeit der Juristenfakultäten des 17. und 18. Jahrhunderts in ihrem Einfluß auf die Entwicklung des deutschen Strafrechts von Carpzov ab*, Tübingen, Druck von H. Laupp Jr., 1899.

HENKE, Eduard, *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, primera parte, Berlin y Stettin, in der Nicolaischen Buchhandlung, 1823.

- HOLZHAUER, Heinz, *Willensfreiheit und Strafe: das Problem der Willensfreiheit in der Strafrechtslehre des 19. Jahrhunderts und seine Bedeutung für den Schulenstreit*, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 1970.
- HRUSCHKA, Joachim, "Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf: Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von actio libera in se und actio libera in sua causa", *ZStW*, tomo 96, 1984, págs. 661 – 702.
- JAKOBS, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2ª ed., Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1991.
- JARCKE, Carl Ernst, *Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, mit Rücksicht auf die Bestimmungen der preußischen, österreichischen, baierischen und französischen Strafgesetzgebung*, tomo 1, Berlin, bei Ferdinand Dümmler, 1827.
- JESCHECK, Hans Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1996.
- KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie: Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Göttingen, Verlag Otto Schwartz & Co., 1954.
- KLEIN, Ernst Ferdinand, *Grundsätze des gemeinen deutschen und preussischen peinlichen Rechts*, Halle, Hemmerde und Schwetschke, 1796, ed. facsímil en «Bibliothek des Deutschen Strafrechts: Alte Meister», n° 17, Goldbach, Keip Verlag, 1996.
- KLEINSCHROD, Gallus Aloys Kaspar, *Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung*, Erlangen, Palm, 1794-96, ed. facsímil en «Bibliothek des Deutschen Strafrechts: Alte Meister», n° 18, Goldbach, Keip Verlag, 1996.
- KÖHLER, Michael, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, Berlin-Heidelberg-New York, Springer Verlag, 1997.
- KÖSTLIN, Christian Reinhold, *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, Tübingen, Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung, 1845. (cit.: *Neue Revision...*)
- , *System des deutschen Strafrechts: in 2 Abteilungen*, primera parte: *Allgemeiner Theil*, Tübingen, Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung, 1855, ed. facsímil Aalen, Scientia Verlag, 1978. (cit.: *System...*)
- KROESCHELL, Karl, *Deutsche Rechtsgeschichte 1 (bis 1250)*, 10ª ed., Opladen, Westdeutscher Verlag, 1992.
- LANDSBERG, Ernst, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, parte 3, vol. 1, München y Leipzig, R. Oldenburg, 1898.

- LOENING, Richard, "Über geschichtliche und ungeschichtliche Behandlung des deutschen Strafrechts: Antrittsrede gehalten zu Jena am 29. April 1882", *ZStW*, tomo 3, 1883, págs. 219 – 375. (cit.: "Über geschichtliche...")
- , *Geschichte der strafrechtlichen Zurechnungslehre*, tomo 1: *Die Zurechnungslehre des Aristoteles*, Jena, Verlag von Gustav Fischer, 1903. (cit.: *Die Zurechnungslehre...*)
- LUBBERS, Franz, *Die Geschichte der Zurechnungsfähigkeit: von Carpzov bis zur Gegenwart unter besonderer Berücksichtigung der Doktrin des gemeinen Rechts*, Breslau-Neukirch, 1938, ed. facsímil en Frankfurt a. M., Keip, 1977.
- LUDEN, Heinrich, *Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte*, tomo 2: *Über den Thatbestand des Verbrechens nach gemeinem teutschen Rechte*, Göttingen, Vanderhoeck und Ruprecht, 1840. (cit.: *Über den Thatbestand...*)
- , *Handbuch des teutschen gemeinen und partikularen Strafrechtes*, Jena, Friedrich Luden, 1842, ed. facsímil en «Bibliothek des deutschen Strafrechts: Meister der Moderne», n° 14, Goldbach, Keip Verlag, 1996. (cit.: *Handbuch...*)
- MAREZOLL, Theodor, *Das gemeine deutsche Criminalrecht als Grundlage der neueren deutschen Strafgesetzgebungen*, 2ª ed., Leipzig, Verlag von Joh. Ambrosius Barth, 1847.
- MARTIN, Christoph, *Lehrbuch des Teutschen gemeinen Criminal=Rechts, mit besonderer Rücksicht auf das im Jahre 1813 publizierte Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern*, 2ª ed., Heidelberg, in der Universitäts=Buchhandlung von Chr. Fr. Winter, 1829.
- MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, vol. 1: *Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat*, 8ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 1992.
- MERKEL, Adolph, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1889. (cit.: *Lehrbuch...*)
- , *Die Lehre von Verbrechen und Strafe von Adolph Merkel, auf der Grundlage des "Lehrbuchs des Strafrechts" in Verbindung mit den übrigen Schriften des Verfassers*, ed. y con una introducción de M. LIEPMANN, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1912, ed. facsímil en Frankfurt a. M., Keip, 1987.
- OTTO Harro, *Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre*, 5ª ed., Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1996.
- PUFENDORF, Samuel v., *Elementorum Jurisprudentiae Universalis libri II: una cum appendice de sphaera morali & indicibus*, Cantabrigiae, Joann Hayes, 1672 (1ª ed. 1660, Den Haag), en BROWN SCOTT, J. (ed.),

- «The Classics of International Law», N°15, vol. 1, Publications of the Carnegie Endowment for International Peace: Division of International Law, Oxford, The Clarendon Press/London, Humphrey Milford, 1931 (trad. inglesa de OLDFATHER, W. A., en el vol. 2 del mismo número). (cit.: *Elem.*)
- , *De jure naturae et gentium libri octo: editio ultima, auctior multo, et emendatior*, Amstelodami, Andream ab Hoogenhuysen, 1688 (1ª ed. 1672), en BROWN SCOTT, J. (ed.), «The Classics of International Law», N°17, vol. 1, Publications of the Carnegie Endowment for International Peace: Division of International Law, Oxford, The Clarendon Press/ London, Humphrey Milford, 1934 (trad. inglesa de OLDFATHER, C. H. y OLDFATHER, W. A., en el vol. 2 del mismo número). (cit.: *De jure.*)
- , *De Officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo*, Londoni Scanorum, 1673, en SCHMIDT-BIGGEMANN, W. (ed.), *Samuel Pufendorf: Gesammelte Werke*, vol. 2, Berlin, Akademie Verlag, 1997 (trad. alemana de WEBER, I., *Herrn Samuel von Puffendorff Einleitung zur Sitten- und Staas=Lehre/ Oder Kurtze Vorstellung der Schuldigen Gebuehr aller Menschen/ und insonderheit der Buergerlichen Staats=Verwandten/ nach Anleitung Derer Natuerlichen Rechte*, Leipzig, Johann Friedrich Gleditsch, 1691, en el mismo vol.). (cit.: *De Of.*)
- RADBRUCH, Gustav, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem: Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*, Berlin, J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1904, cit. por la edición de KAUFMANN, Arthur (ed.), *Gustav Radbruch: Gesamtausgabe*, tomo 7, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 1995, págs. 75 – 167.
- RADBRUCH, Gustav / KAUFMANN, Arthur (eds.), *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina)*, 4ª ed., Stuttgart, Philipp Reclam jun., 1975.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 21ª ed. (1992), Madrid, Espasa Calpe, 1997.
- RODRÍGUEZ PANIAGUA, Jose María, *Historia del pensamiento jurídico*, 7ª ed., vol 2., Madrid, UCM, 1993.
- ROßHIRT, Konrad Eugen Franz, *Lehrbuch des Criminalrechts nach den Quellen des gemeinen deutschen Rechts und mit besonderer Rücksicht auf die Darstellung des römischen Criminalrechts*, Heidelberg, bei Mohr und Winter, 1821, ed. facsímil en «Bibliothek des deutschen Strafrechts: Meister der Moderne», nª 38, Goldbach, Keip Verlag, 1996.
- ROXIN, Claus, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, vol. 1: *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 3ª ed., München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997.

- SAMLOWSKI, Erich, *Die Strafrechtstheorie und die Zurechnungslehre des Samuel Pufendorf*, Greifswald, Buchdruckerei Hans Adler, 1920.
- SCHAFFSTEIN, Friedrich, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, Berlin, Verlag von Julius Springer, 1930.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht: Allgemeiner Teil. Studienbuch*, 2^a ed., Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1984.
- SCHMIDT, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3^a ed., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1965.
- STÜBEL, Christoph Carl, *System des allgemeinen Peinlichen Rechts mit Anwendung auf die in Chursachsen geltenden Gesetze besonders zum Gebrauche für academische Vorlesungen*, tomo 2: *Von den Verbrechen im Allgemeinen*, Leipzig, in der Sommerschen Buchhandlung, 1795, ed. facsimil en Frankfurt a. M., Keip, 1986. (cit.: *System...*)
- , *Über den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurtheile erforderliche Gewißheit des erstern, besonders in Rücksicht der Tödtung, nach gemeinen in Deutschland geltenden und Chursächsischen Rechten*, Wittenberg, bey Samuel Gottfried Zimmermann, 1805. (cit.: *Über den Thatbestand...*)
- WÄCHTER, Karl Georg v., *Das Königlich Sächsische und das Thüringische Strafrecht: Ein Handbuch. Einleitung und Allgemeiner Theil*, Stuttgart, Verlag der J. B. Metzler'schen Buchhandlung, 1857.
- WELZEL, Hans, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs: Ein Beitrag zur Ideengeschichte des 17. und 18. Jahrhunderts*, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1958, ed. facsimil en Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1986