

# LOS FUNDAMENTOS DE UNA TEORÍA IUSNATURALISTA DE LA IMPUTACIÓN

*Carlos Pérez del Valle*

Universidad San Pablo-CEU de Madrid

## I

«No existe ciencia sin filosofía y no hay otra ciencia que la construida sobre algunos conceptos generales definidos por filósofos»<sup>1</sup>. La lectura de estas palabras de Michel Villey en un trabajo referido al Derecho penal permite revelar algo de la contradicción prácticamente constitutiva del Derecho penal moderno: mientras los conceptos de la teoría de la imputación de los clásicos teólogos moralistas conservan su contenido e incluso la denominación en relación con ámbitos de responsabilidad (dolo, culpa o negligencia, error, legítima defensa) los presupuestos fundamentales del sistema (fundamento, fin y sentido de la pena, legitimidad material de las leyes penales) se van alejando de un punto de partida filosófico que, por otra parte, en sus comienzos no era otro que el del idealismo alemán<sup>2</sup>, y se adaptan a diferentes formas de Estado.

En la actualidad existe una referencia negativa a las teorías de la retribución, que se aprecia de una forma especial en la doctrina española, y que se apoya, ante todo, en la identificación total de las fundamentaciones sobre la pena de Kant y Hegel como teorías absolutas, y la reducción a ellas de la idea de retribución<sup>3</sup>; esta visión hace que con dificultad pueda considerarse razonable una posición sustancialmente retributiva, y que los excesos de una retribución idealista sean corregidos a través de teorías de la unión, aun cuando

---

<sup>1</sup>«Des délits et des peines dans la philosophie du droit naturel classique», en *Archives de philosophie du droit*-28 (1983), pp. 181 y ss, p. 181.

<sup>2</sup>Cfr. BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal-Parte General*, 4ª edic, Madrid, 1997, pp. 48 y ss.

<sup>3</sup>En este sentido, CEREZO, *Curso de Derecho penal español-I (Introducción)*, reimpr. de la 5ª edic, Madrid, 1997, p. 20.

la distinción entre fundamento y fin pueda implicar diferencias de consideración<sup>4</sup>. No obstante, esta diferencia entre fundamento y fin en relación con la pena es metodológicamente discutible<sup>5</sup>, ya que —como podría pensarse en el mejor de los casos— no se trata exactamente de una distinción paralela entre causa material y formal<sup>6</sup>, sino que está condicionada por la conclusión adoptada: mientras la idea de fundamento intenta resaltar la idea «absoluta» de que la pena se legitima por sí misma; la idea del fin busca una legitimación a la pena fuera de sí misma y, por tanto, de carácter relativo. En ese sentido, la distinción entre fundamento y fin de la pena no es sino el presupuesto formal al que se acoge cualquier teoría de la unión para poder mantener la acumulación de explicaciones de la pena con una suficiente cohesión.

Por otra parte, es sabido que frente a esta consideración de las teorías absolutas se manifestó en su momento un sector de la doctrina, al subrayar que tampoco las teorías de la pena de Kant o de Hegel eran exclusivamente —absolutamente— retributivas<sup>7</sup>. La unidad conceptual de la pena implica una opción en favor de la retribución ha sido ya delineado en sus trazos esenciales de tal modo que prestaría una contribución esencial a la política criminal y a la determinación de la pena, en tanto que proporciona un criterio racional riguroso basado en la gravedad objetiva de la injusticia y en la intensidad de la culpabilidad<sup>8</sup>. En ese orden de consideraciones, en posiciones muy favorables a la moderna teoría de la prevención general positiva, se ha señalado que esa aceptación requiere al mismo tiempo que «no se cierre la discusión sobre el progreso de la idea de un derecho penal más humano» y que «es posible una articulación de la teoría de la prevención general positiva con teorías absolutas en la forma propia de las teorías de la unión»<sup>9</sup>. En mi opinión, la retribución no es

---

<sup>4</sup> Una exposición detallada en este sentido, en CEREZO, nota (3), pp. 24-26, quien adopta como propia también una teoría de la unión (*loc. cit.*, p. 31).

<sup>5</sup> Pues la pena sólo puede ser identificada a través de un concepto que abarque ambos aspectos (fundamento y fin), como subraya correctamente KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, Heidelberg, 1986, p. 2.

<sup>6</sup> La diferenciación entre causa material y formal de la pena no supone exactamente la distinción entre fundamento y fin, pues el fin no se concibe como causa, sino solo como utilidad.

<sup>7</sup> ARMIN KAUFMANN, «Die Aufgabe des Strafrechts» (1979), *Strafrecht zwischen Sein und Wert*, 1982, Colonia, 1982, pp. 263 y ss, en particular pp. 266-268. Con anterioridad, H. MAYER, «Kant, Hegel und das Strafrecht», en *Festschrift für Karl Engisch*, Francfort de Meno, 1969, pp. 54 y ss.

<sup>8</sup> MAURO RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Turín, 1996, p. 202.

<sup>9</sup> En este sentido, BACIGALUPO, nota (2), pp. 16 y 18 respectivamente, en este último caso con referencia a la posición de NEUMANN (*Zurechnung und «Vorverschulden»*, Berlín, 1985, pp. 269 y ss), que aboga por una corrección de la pena preventiva a través de reglas de imputación justa.

algo diferente del mantenimiento de la vigencia de las normas –lo que en la doctrina penal moderna se ha llamado «prevención general positiva»– porque retribución es restauración del orden jurídico quebrantado en el marco del bien común en la comunidad política<sup>10</sup>.

## II

En mi opinión, y sin perjuicio del interés que merece la cuestión, es necesario desplazar el centro de atención también fuera del «problema de la pena» entendido como la discusión sobre su fundamentos, sobre su fin y su función, que ya ha sido examinada no hace mucho tiempo con detenimiento desde la perspectiva de la retribución<sup>11</sup>. Sin embargo, existe un espacio al que me referiré en un principio como un ámbito en el que se conservan categorías equivalentes o paralelas a las de la filosofía moral y al que con dificultad se acerca la reflexión del filósofo –o incluso del sociólogo– del derecho y que, sin embargo, se ha convertido en el punto culminante de la teoría del derecho penal en la actualidad: la teoría de la imputación. El Derecho penal se presenta hoy fundamentalmente como una teoría de la imputación<sup>12</sup> y, aunque por lo general se intenta una construcción teleológica –es decir, referida al fundamento/fin que se preconiza para las penas– del sistema de la teoría del delito, la estructura del sistema permanece impasible con algunos cambios sustanciales que sólo indirectamente pueden ser relacionados con la teoría de la pena. Dos ejemplos me parecen en ese sentido extraordinariamente reveladores de la autonomía con la que la teoría de la imputación se ha desarrollado en los dos últimos siglos:

- a) Por un lado, la introducción de un elemento de ilicitud objetiva como exigencia a comprobar en un primer nivel, es relativamente reciente y procede de los estudios de Ihering<sup>13</sup> sobre la posesión y de la necesidad de encontrar elementos comunes entre la posesión de cosa ajena de

---

<sup>10</sup> PÉREZ DEL VALLE, «Recensión a *Il problema della pena* de Mauro Ronco», en *Verbo* 365-366 (1998), pp. 540 y ss, en particular pp. 544-546.

<sup>11</sup> V. la obra de RONCO, nota (8). En una visión de la retribución kantiana, KÖHLER, nota (5).

<sup>12</sup> Cfr. el prólogo de JAKOBS a la 1ª edición de *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, Berlín-Nueva York, 1983, pp. V y ss; en la 2ª edic. Berlín-Nueva York, 1991, pp. VII y ss. En la doctrina española, BACIGALUPO, nota (2), pp. 129: «Teoría del hecho punible como teoría de la imputación».

<sup>13</sup> En ese sentido, ROXIN, *Strafrecht-Allgemeiner Teil-1*, Munich, 1992, § 7-9, en relación con *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*.

buena fe y el hurto: mientras el poseedor de buena fe actuaba ilícitamente pero de modo no culpable, el autor del hurto añadía a la ilicitud objetiva la culpabilidad. Es interesante constatar que cuando esta posición era duramente criticada por un autor clásico –y, por tanto, partidario de una teoría de la pena como retribución– como Binding<sup>14</sup>, fue acogida prácticamente sin reservas por otro autor, como Liszt<sup>15</sup> que encabezaba la reacción de quienes pretendían una orientación al autor de las ciencias penales sobre la base de las exigencias de la prevención especial, aunque no de una forma radical, como se ha pretendido en algunas ocasiones, pero siempre sobre la base del determinismo<sup>16</sup>. Hasta ese momento, incluso Carrara consideraba como elemento esencial en la teoría de la imputación la denominada «fuerza moral subjetiva» que englobaba la inteligencia y la voluntad<sup>17</sup>, y sólo en un segundo nivel afirmaba la necesidad de comprobar, para la imputación del delito, la «fuerza física» en tanto perturbación del orden exterior<sup>18</sup>. En otras palabras: la determinación de la ilicitud objetiva como elemento necesario del delito y cuya comprobación debe efectuarse en un primer nivel era combatida por sectores doctrinales retribucionistas y aceptada por sectores que se movían en el positivismo y que defendían la referencia al autor. Sin embargo, éste es un aspecto que aparecía con cierta claridad en las palabras de Santo Tomás de Aquino, cuando indicaba que en el acto exterior «puede considerarse una doble bondad o malicia: la una, derivada de su materia propia y circunstancias; la otra, por el orden al fin» y que «para que sea mala una acción, basta un solo defecto; más para ser absolutamente buena, debe poseer la bondad integral»<sup>19</sup>.

- b) Por otra parte, es más conocido que el criterio –hoy ya predominante en la doctrina– de diferenciar en el tipo del comportamiento ilícito un elemento subjetivo (tipo subjetivo integrado por el dolo o la culpa) tiene su origen en una cierta victoria –como es sabido, una victoria sistemática y no ontológica– de los partidarios de la teoría final de la acción, ideada por Hans Welzel, sobre los autores neokantianos

---

<sup>14</sup> La posición de IHERING en este sentido fue duramente criticada por BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung-Bd II (Schuld und Vorsatz)*, 1ª edic, Leipzig, 1877, p. 107.

<sup>15</sup> Con claridad, en *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 4ª ed., Berlín y Leipzig, 1891.

<sup>16</sup> Críticamente, BIRKMEYER, *Was lässt von Liszt von Strafrecht übrig?*, Munich, 1907, p. 4.

<sup>17</sup> Cfr. *Programma del corso di diritto criminale-PG-1*, Lucca, 1861, § 55 y ss y § 59 y ss.

<sup>18</sup> CARRARA, nota (17), § 55 y § 92 y ss.

<sup>19</sup> *S. th.* Iª-IIª, q. 20, a.2.

o causalistas, cuya figura más relevante fue, en los últimos años, Edmund Mezger. En ese sentido, no puede olvidarse que el origen de esta discusión se encontraba en la crítica de los fundamentos filosóficos del positivismo que Welzel había dirigido simultáneamente frente al positivismo de Liszt y a los neokantianos, pues entre el concepto de acción —que se consideraba presupuesto ontológico necesario del concepto del delito— de uno y otros no existían diferencias sustanciales, pues en ambos casos persiste un concepto meramente causal de acción, e incluso acusa a la dogmática neokantiana como teoría complementaria del naturalismo positivista<sup>20</sup>. Existe una discrepancia básica en el terreno metodológico, en la medida que Welzel, a diferencia de la dogmática de la época, defiende una nítida separación entre dirección de la voluntad (contenido de la voluntad) y realización de la voluntad<sup>21</sup>. Por ello, al situar el presupuesto necesario de la teoría de la imputación en el concepto de acción voluntaria y limitar la significación de lo «voluntario» (*willentlich*) estrictamente a la concepción de la voluntad como regulación de sentido del desarrollo causal; sólo entonces, lo causado por el autor le pertenece como su propia obra y es «acción»<sup>22</sup>. Sin duda, este es un elemento cierto de la teoría final de la acción que ha abierto nuevos horizontes en la dogmática penal que parecían haberse esfumado definitivamente<sup>23</sup>, pero también es verdad que, de algún modo, la teoría final de la acción pretende incorporar al Derecho penal el concepto de acción de Aristóteles: toda actividad —y toda acción— humana tiene un fin<sup>24</sup> y sólo las acciones voluntarias pueden ser objeto de alabanzas o reproches<sup>25</sup>. La idea de recuperar el *voluntarium* aristotélico había sido esgrimida por Viktor Cathrein como un argumento de oposición en la discusión frente al determinismo<sup>26</sup>, pero en la perspectiva subrayada por Welzel adquiriría unas repercusiones extraordinarias de orden sistemático en la teoría de la imputación.

---

<sup>20</sup> *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Mannheim-Berlín-Lepizig, 1935, p. 70.

<sup>21</sup> WELZEL, «Studien zum System des Strafrechts», *ZStW-58* (1939), pp. 491 y ss, en particular p. 498.

<sup>22</sup> WELZEL, nota (20), p. 79.

<sup>23</sup> RONCO, nota (8), pp. 192-193.

<sup>24</sup> ARISTÓTELES, *Et. Nic.*, 1049a.

<sup>25</sup> ARISTÓTELES, *Et. Nic.*, 1109b.

<sup>26</sup> Viktor CATHREIN, *Die Grundbegriffe des Strafrechts*, Friburgo de Brisgovia, 1905, pp. 49 y ss, en particular en su crítica a *Die Zurechnungslehre des Aristoteles* de RICHARD LOENIG.

### III

Sin embargo, Cathrein había señalado ya un punto de inflexión en el problema de la libertad respecto al Derecho penal: la doctrina de Lutero había evolucionado –pues en un primer asalto sí se había rechazado toda libertad– hacia el reconocimiento de la libertad en las cosas terrenas<sup>27</sup>. En realidad, esta breve referencia es indicativa de un proceso interno que provoca un singular efecto en el Derecho penal: el proceso de secularización no alcanza sólo a la significación de la pena<sup>28</sup>, sino también a la función de la teoría de la imputación. Posiblemente, hasta que este modelo secularizado de Derecho penal no alcanza una cierta plenitud en Kant<sup>29</sup> –lo que no equivale a una detención, pues el proceso de secularización sigue su curso en la línea marcada y a la que me he de referir– el problema de la imputación es un problema marginal y la cuestión de una «imputación justa» no aparece sino de forma esporádica.

La influencia de Lutero, quien había recibido en lo sustancial los efectos del nominalismo a través de Gabriel Biel<sup>30</sup>, se percibe en el ámbito del Derecho penal de una forma indirecta, aunque, según creo, decisiva en el proceso de secularización que intento explicar. La separación entre la Fe y las Obras, entre la Gracia y Ley, y entre el Reino del Mundo y el Reino de Dios implicaba el punto de arranque de un proceso de secularización que no suponía necesariamente una «descristianización» del Derecho natural, sino la reducción de su vigencia como objeto del mundo a los límites de la creación del Derecho en esta vida sin exigencias previas para alcanzar sus fines<sup>31</sup>. En el marco de una

---

<sup>27</sup> CATHREIN, nota (26), p. 55.

<sup>28</sup> Sobre este aspecto, cfr. RONCO, «Modelli sanzionatori e secolarizzazione del Diritto penale», en Castellano/Cordini (dir.), *Esperienza giuridica e secolarizzazione*, Milán, 1993, pp. 155 y ss.

<sup>29</sup> Una visión del proceso de secularización en tres fases marcadas por Lutero, Beccaria y Kant, en WOLFGANG NAUCKE, «Christliche, aufklärerische und wissenschaftstheoretische Begründung des Strafrechts (Luther-Beccaria-Kant)», en Vallauri/Dilcher (dir.), *Christentum, Säkularisation und modernes Recht*, Baden-Baden Milán, 1981, pp. 1201 y ss.

<sup>30</sup> Sobre la influencia del teólogo de Tubinga en Lutero, WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 3ª edic, Gotinga, 1960, p. 83, quien alude expresamente a la idea de justicia de Biel: «non res ipsa, sed voluntas divina est prima regula omnis justitiae et rectitudinis» (*Collectiorum Sententiarum*, I d.43, q.1).

<sup>31</sup> WELZEL, (30), p. 102; en este mismo sentido, también ERIK WOLF, *Das Problem der Naturrechtslehre*, 2ª edic, Karlsruhe, 1962, pp. 73-74; HELMUTH MAYER, «Zur Naturrechtslehre des Luthertums», en *Festschrift für Hans Welzel*, Berlín-Nueva York, 1974, pp. 65 y ss, en particular p. 65. No obstante, en la interpretación de H. Mayer se reduce extraordinariamente el dualismo entre los dos Reinos, pues Dios es también Rey del Reino mundano de la izquierda y rige a las personas a través del Derecho natural escrito en el corazón de los hombres (p. 88).

teoría de la pena que situaba su fundamento en la protección de los piadosos y los rectos que se defienden del mal a través de la pena, que está destinada a causar el mal a los malos<sup>32</sup>, cuando el mérito de aquéllos o la culpa de éstos no puede proceder de las obras, la teoría de la imputación no podía situarse como un aspecto de interés preferente. Todo el peso de la justicia de la pena recaía sobre el fin que debía lograrse en el Reino de la izquierda y no a exigencias superiores de justicia que deberían situarse en el Reino de la derecha; la protección de los justos era fin propio de la pena y, aunque sólo mediante el castigo a los malos se conseguía ese objetivo, la imputación de hechos debía ocupar necesariamente una segunda línea.

La lectura de la conocida obra de Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), es muy ilustrativa en este sentido<sup>33</sup>. Por lo general, los principios que propugna<sup>34</sup> están vinculados a exigencias propias de un sistema constitucional de garantías (exigencia del principio de legalidad de las leyes penales y de las penas, igualdad ante la ley, publicidad y racionalidad del sistema de pruebas en el proceso y eliminación de la tortura, proporcionalidad de las penas) y de leyes penales inspiradas en criterios más humanitarios (mitigación de las penas, supresión de la pena de muerte y la preponderancia de criterios preventivos en un enfoque humanitario). Precisamente en este último aspecto ha de reconocerse la extraordinaria repercusión de las ideas de Beccaria, que sitúa el punto central de la pena en la consecución de fines sociales con una raíz social claramente contractualista<sup>35</sup>: el fin de la pena es impedir al reo causar otros daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales (capítulo 12).

En cualquier caso, hay un principio al que se presta menos atención y que, probablemente, no ha tenido menor influencia en el desarrollo del Derecho penal contemporáneo, e incluso de sus propias tesis: Beccaria es racionalista y repudia la herencia del *mos italicus*; si se considera que, en su concepción del principio de legalidad, exige una mera aplicación automática sin interpretación, evitando así incertidumbres que estima perniciosas<sup>36</sup>, la conclusión se precipita sin esfuerzo. En una ley penal que marca los presupuestos del comportamiento al que va ligado la pena, «debe hacerse por el juez un silogismo perfec-

---

<sup>32</sup> NAUCKE, nota (29) pp. 1202-1203.

<sup>33</sup> Cfr. CESARE BECCARIA, *De los delitos y de las penas* (traducción de Juan Antonio de las Casas de la edición de 1764, publicada en España por primera vez en 1774), edición de J.A. Delval, Madrid, 1991.

<sup>34</sup> Cfr. FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *La tortura en España*, 2ª edic, Madrid, 1994, pp. 161-162.

<sup>35</sup> RONCO, nota (8), pp. 21 y ss.

<sup>36</sup> Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, nota (34), p. 161.

to», el oficio del juez es «sólo examinar si un hombre ha hecho o no una acción contraria a las leyes», y debe consultar únicamente «la constante y fija voz de la ley» y «no la errante inestabilidad de las interpretaciones»<sup>37</sup>. En la concepción de Beccaria, la construcción de una teoría de la imputación no constituye sino una perturbación del sistema de imputación propio de la ley, que no necesita teorías para ser aplicada.

Un último paso en este proceso, sin embargo, marca una dirección de retorno: el planteamiento de la libertad personal en Kant exige un replanteamiento del problema de la imputación. Se trata, por tanto, de un nuevo enfoque ético del problema, el que debe tenerse en cuenta que la voluntad es una forma de causalidad entre seres vivos, e tanto son racionales, y la libertad fuese propiedad de esta causalidad, puede ser eficaz independiente de otras causas ajenas a ella; así la propiedad de la causalidad de todos los seres irracionales, a través de causas ajenas determina a la actividad como necesidad natural. En otras palabras: puede afirmarse que existe una autonomía de la voluntad tan diferente de la heteronomía de causas eficientes que supone la necesidad natural, que hasta sus leyes —«la voluntad en sí misma una ley en todas las acciones»— tienen una forma diferente a las leyes causales naturales<sup>38</sup>. La diferencia entre las personas y las cosas se encuentra en la capacidad de imputación<sup>39</sup> y la imputación (*imputatio*) en sentido moral es el juicio por el que alguien es visto como autor (*Urheber, causa libera*) de una acción, denominado posteriormente hecho (*factum*) y que se encuentra bajo las leyes; si al tiempo se derivan de este hecho para aquél consecuencias jurídicas, entonces ha de convertirse en una imputación con eficacia jurídica, aunque sólo con el carácter de enjuiciamiento (*diudicatoria*): «... eine rechtskräftige (*imputatio iudiciaria s. valida*), sonst aber nur eine beurteilende Zurechnung (*imputatio diudicatoria*) sein würde...»<sup>40</sup>. Esta referencia a la *dijudicatio* como actividad propia del juez, de decisión en el caso particular, muestra que en Kant los presupuestos metodológicos no eran diferentes de los de Beccaria: la diferencia se encuentra en el presupuesto ético de la imputación jurídica, que es la imputación moral. La necesidad de una teoría de la imputación, que se convierte en manifiesta en las discusiones de autores como Feuerbach, Klein o Almendigen a fines del XVIII y en los primeros años del XIX no son sino la repercusión de la ética kantiana en la ciencia penal de la época. La ciencia penal de la Ilustración es básicamente criminología, que críticamente ha sido denominada precientífica, y sólo con

---

<sup>37</sup> BECCARIA, nota (33), capít. 4.

<sup>38</sup> *Grundlegung der Metaphysik der Sitten* (1786), edic. de H. Eberling, Stuttgart, 1984, pp. 103-104 (A. 445-446). Sobre la relación entre heteronomía del libre arbitrio y las leyes causales naturales, cfr. en *Kritik der praktischen Vernunft* (1788), en *Werkausgabe-VII*, 11ª edic. (dir. Weischedel), Francfort del Meno, 1991, p. 144 (A. 59).

<sup>39</sup> *Metaphysik der Sitten* (1797), edic. de de H. Eberling, Stuttgart, 1990, pp. 58-59 (A. 233).

<sup>40</sup> KANT, nota (39), p. 63 (A. 227).



elaboraciones dogmáticas que surgen de la necesidad de limitar la imputación jurídica a casos en los que es posible la imputación moral surge una nueva forma de discutir el Derecho penal. La pregunta es, sin embargo, si esas nuevas elaboraciones que comenzaban prácticamente desde la nada —o, al menos, desde los primeros pasos en la imputación de hechos a sujetos libres en el marco de un Derecho natural y penal secularizado, que se atribuyen a Pufendorf<sup>41</sup>— eran necesarias. En efecto, en la esfera de la teología moral —particularmente la católica— existía una elaboración conceptual de carácter sistemático que se estructuraba como una teoría de la imputación; una discusión sobre estos conceptos hubiera sido posible de no haberse afrontado la tarea exclusivamente desde el terreno de un Derecho penal que había alcanzado unos niveles de secularización —en la línea marcada en las reflexiones anteriores— suficientes para no volver la vista a la teología moral católica.

#### IV

El proceso de secularización descrito desde la perspectiva del Derecho penal no puede ser explicado, sin embargo, sin un dato que no procede de la ética formalista, sino del positivismo científico. En mi opinión, la preferencia metodológica que se otorga al conocimiento empírico ha conducido, de un modo no instantáneo, a la identificación del conflicto social cuya solución busca el Derecho penal con el «comportamiento desviado». Sin duda, el problema inicial se encuentra en una visión en la que el Derecho penal camina de la mano de una investigación criminológica orientada normativamente, y para la que el Derecho penal no es sino un subsistema de control social que concurre con otros subsistemas de control. Se define el «control del delito» (*crime control*, *Verbrechenskontrolle*) como la totalidad de instituciones, estrategias y sanciones que tienen como finalidad la conformidad del comportamiento con la esfera de normas protegidas por el Derecho penal<sup>42</sup>. Hasta aquí, la cuestión no tiene más relevancia, pues se describe una realidad indiscutible: el derecho penal es un medio de control social que concurre con otros medios diferentes que sirven, en distintos niveles, a un mismo objetivo; si se acepta que en otros niveles, respecto al mismo comportamiento delictivo, existen finalidades de control diferentes, la argumentación no es sólo no discutible, sino que puede encontrar un

---

<sup>41</sup> PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, libro 1, cap.5 § 3. En ese sentido, WELZEL, nota (30), p. 148, nota 11.

<sup>42</sup> KAISER, *Kriminologie*, 10ª edic., Heidelberg, 1997, p. 49.

desarrollo fructífero en el marco del principio de subsidiariedad. En efecto, en el ámbito familiar existe un control preventivo del delito en relación con los hijos cuando los padres evitan que los hijos salgan por la noche con amigos no recomendables, o cuando la esposa evita que el marido, que ha bebido en exceso, se ponga al volante; incluso cuando, al saber que el marido bebe si va al fútbol con sus amigos, la mujer inventa una excusa para exigirle que la acompañe y renuncie al plan preestablecido. Por otra parte, también cuando se establecen sanciones —el castigo a los hijos que rompen un cristal, el enfado de la mujer con el marido que llega tarde a casa— se reacciona frente a comportamientos que infringen normas familiares.

Sin embargo, la incógnita del derecho penal de la modernidad surge de la fascinación preventiva por el derecho penal: por un lado, sitúa al Estado como única fuente de control social; por otro, equiparando todo tipo de reacción con un mismo carácter preventivo. En cuanto al primer aspecto reseñado, incluso se llega a afirmar que otras instancias de control social sólo están legitimadas si el Estado lo permite (por ejemplo: el padre puede sancionar al hijo porque el derecho de familia expresamente se lo permite; el derecho de corrección del padre es establecido por la legislación porque el Estado accede a ello y no porque originariamente la institución familiar tenga esta función jurídica), sin tener en cuenta que el control social pudiera tener una naturaleza distinta, por razones metodológicas, disciplinarias e histórico-culturales, que la reconocida al sistema penal del Estado moderno<sup>43</sup>. Si el Derecho penal, como medio de control social, sólo cumple la función preventiva, y ésta es la única que corresponde a los demás medios de control social, no hay una diferencia cualitativa entre los diversos medios de control social. Es cierto que cuando el padre castiga a los hijos o la mujer se enfada con el marido, uno y otra adoptan una reacción de tipo sancionatorio; pero esa sanción es fundamentalmente preventiva, en la medida que la restauración de la paz familiar no requiere la imposición de la sanción ni tampoco su ejecución. La explicación no es excesivamente complicada: las relaciones familiares son necesariamente relaciones de amistad (*friendship*) a diferencia de lo que sucede en las relaciones de la comunidad política, en la que se produce la mezcla de relaciones amistad con relaciones de diversión (*play*) o de negocios (*business*), en las que la satisfacción de la persona se encuentra en sí misma y no el en otro<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> Cfr. en este sentido, ROBERTO BERGALLI, «¿De cuál derecho y de qué control social se habla?», en *Contradicciones entre derecho y control social*, Barcelona, 1998, pp. 17 y ss., en particular p. 29. Sobre la coherencia entre «conducta desviada» y «control social» en p. 20; sobre el monopolio estatal respecto al control social, en p.26.

<sup>44</sup> Cfr. sobre esta clasificación de las relaciones en la comunidad política, JOHN FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980, pp. 135 y ss.

Por eso, la restauración de la paz jurídica en la comunidad política requiere un «salto cualitativo» en la sanción, que es el propio del derecho penal. Este salto cualitativo implica que el medio de control social ya no es en sí mismo y sustancialmente preventivo, sino retributivo. El contenido de esta idea de la retribución es, no obstante, diferente de la que se maneja con frecuencia en la doctrina penal, que identifica retribución con teoría absoluta de la pena en el sentido propio de la filosofía idealista<sup>45</sup>.

En la visión moderna, sin embargo, se pretende demostrar que ese salto cualitativo no existe, y por eso el campo de cruce entre lo que ha de considerarse como delito y lo que no ha de estimarse que lo es no está definido. La criminología tradicional, orientada al autor, es sustituida por una criminología orientada a las normas, y el delito puede llegar a ser tan sólo, el resultado de un «etiquetamiento» (*labeling*)<sup>46</sup> o una «conducta desviada». El «comportamiento desviado» es contemplado exclusivamente como una decisión positiva: «son considerados a menudo como si fueran datos estadísticamente constatables, como comportamientos observables o explicables sólo con las categorías de los mecanismos psico-sociales», motivo por el que se valoran las normas de actuación sobre la base de un resultado estadístico respecto a «los comportamientos humanos concretos y las opiniones morales de la mayoría»<sup>47</sup>. En realidad, esta expresión de «comportamiento desviado» que entrafía, aparentemente y en principio, una cierta neutralidad de valor<sup>48</sup>, sin duda constituye un concepto esencial en la sociología criminal actual, que permite incluir como objetos de estudio comportamientos que no son necesariamente delitos de acuerdo con las leyes penales, pero que entran dentro de la esfera de interés del sociólogo criminal (alcoholismo, prostitución, drogadicción, suicidio). La confirmación de que el concepto de «desviación social» entrafía peligros en su construcción se encuentra incluso en el abandono del concepto por parte de quienes inicialmente lo defendieron, y que, en su crítica, asumen las consecuencias de la «sociología de la censura social»: el argumento fundamental es precisamente la posibilidad de manipulación de la teoría hasta el punto de mantener que la idea de control social «ha sido, en consecuencia y en los fundamentos de la sociología

---

<sup>45</sup> Cfr. apartado I.

<sup>46</sup> Cfr. FRITZ SACK, «Probleme der Kriminalsoziologie», en König (dir.), *Handbuch der empirischen Sozialforschung-Bd. 12*, 2ª edición, Stuttgart, 1978, p. 273; sobre esta confluencia, también GÖPPINGER, *Kriminologie*, 2ª edic, Munich, 1973, p. 2.133. KAISER subraya que el control del delito se encuentra en la intersección entre el control social en general, la política criminal y los esfuerzos policiales de lucha contra el delito (nota (42), p. 49).

<sup>47</sup> Con estas palabras, en relación con los hechos morales, JUAN PABLO II, *Encíclica Veritatis Splendor* (6 agosto 1993), 46.

<sup>48</sup> KAISER, nota (42), p. 127.

norteamericana, parte del proceso de dominación, pero una parte que se relaciona con la fase de construcción de la hegemonía»<sup>49</sup>. Es claro que esta perspectiva no es coincidente con la del iusnaturalismo clásico, pero la crítica sobre la susceptibilidad de manipulación de la teoría puede ser asumida desde otros puntos de vista.

Este panorama puede ser explicado, al menos en parte, por la influencia de la visión de la criminalidad de Emil Durkheim, quien consideraba el delito como un fenómeno funcional: la criminalidad englobaría una componente «normal», por un lado; y una componente «patológica», por otro<sup>50</sup>. El delito es, por tanto, algo normal en la sociedad que sólo es considerado anormal cuando supera ciertos límites<sup>51</sup>. La influencia no encuentra fronteras en las teorías, como sucede con la moderna teoría de la anomia<sup>52</sup> o las teorías subculturales<sup>53</sup>, sino también en la función de aspectos de la investigación empírica cuya realidad no es discutida, como sucede con el denominado «campo oscuro de la criminalidad» o «cifra negra». En ese sentido, se indica que el «campo oscuro» incide en aspectos de política criminal<sup>54</sup>. Me limitaré a dos aspectos cuya discusión es reciente o, por su permanente carácter polémico, no puede desecharse su actualidad: por un lado, las argumentaciones en relación con los diferentes procesos de despenalización del aborto, acompañadas de datos sobre el «campo oscuro» de la criminalidad y cuyas bases metodológicas son en la actualidad muy discutidas, que llevarían a la conclusión de que, desde una visión preventiva, es más beneficiosa socialmente un régimen escasamente punitivo del aborto; por otro, los denominados delitos de «encapuchados», en los que generalmente ciertos grupos de jóvenes —reunidos en torno a una ideología determinada o con excusas deportivas o lúdicas— cometen delitos dañando el mobiliario urbano u causando lesiones a personas, y en los que se discute la conveniencia de actuación

---

<sup>49</sup> BERGALLI, nota (43), p. 24.

<sup>50</sup> Cfr. el capítulo tercero de *Les règles de la méthode sociologique*, París, 1895. Sobre este punto, SACK, nota (43), p. 246; también en p. 293. Coincide en lo sustancial BERGALLI, nota (43), p. 20, que admite que el concepto está vinculado a las ideas de Durkheim, aunque indica que la primera manifestación del concepto se encuentra en las teorías sistemáticas de la sociedad y, en especial, en Parsons.

<sup>51</sup> Cfr., en relación con la cifra negra de la criminalidad, HANS SCHULTZ, «Von der dreifachen Bedeutung der Dunkelziffer», en Roxin/Bruns/Jäger (dir.), *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft-Festschrift für Heinrich Henkel*, pp. 239 y ss, en especial p. 243.

<sup>52</sup> Sobre el desarrollo de la teoría de la anomia en Merton a partir del concepto de anomia de Durkheim, KAISER, nota (42), pp. 216 y ss; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología—Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, 3ª edición, 1996, Valencia, pp. 193 y ss.

<sup>53</sup> Sobre las teorías subculturales y la discusión sobre el mismo concepto de subcultura, GARCÍA-PABLOS, nota (53), pp. 206 y ss.

<sup>54</sup> Cfr. SCHULTZ, nota (47), pp. 241 y ss.

nes policiales de detención y, por tanto, de descubrimiento —como forma de iluminación del «campo oscuro»— de la identidad de los autores. El resultado en ambos casos es evidente: la idea del «campo oscuro» favorece la idea de que el delito es inevitable y, por tanto, la sociedad no ha de impedir que se produzcan, sino que su realización provoque trastornos innecesarios. Mientras en el caso del aborto estas líneas político-criminales se dejan sentir mediante modificaciones en la legislación penal, en el caso de los «encapuchados» —donde la concreción de lo intolerable no puede someterse a un criterio tipológico, sino exclusivamente circunstancial— se intenta resolver a través de los límites en la actuación policial, evitando detenciones cuyos efectos posteriores son especialmente temidos o simplemente son considerados inoportunos. La posibilidad de manipulación de la teoría es evidente: si se acepta que lo que motiva la ausencia de sanción es el elevado «campo oscuro», debería admitirse también que en períodos económicos en que el fraude fiscal es muy alto tampoco debería perseguirse el delito fiscal, porque ello incluso permitiría el regreso o el ingreso de «bolsas de fraude» a situaciones de regularidad fiscal. Por tanto, es claro que, en la respuesta a estas cuestiones, es preciso remitirse, de nuevo, al orden de valores que la sociedad asume, pues de él depende que el aborto sea o no sancionado y en una u otra forma o que los disturbios callejeros provocados por grupos juveniles sean o no penalmente perseguidos.

## V

Las reflexiones precedentes permiten establecer el punto de partida necesario para lo que se denomina la legitimación material del Derecho penal o el concepto material del delito, que en una concepción iusnaturalista clásica —por contraposición al iusnaturalismo racionalista— ha de apoyarse en la Justicia asentada en el Derecho natural. Si en esta línea, el Derecho natural parte de la idea de naturaleza como *natura rerum*, es porque se apoya en la afirmación de que la Justicia real se deriva de estructuras objetivas de valor que se encuentran en el mismo estado de las cosas, y que permite juzgar valorativamente cada realidad concreta, sea ésta una situación o una institución<sup>55</sup>. En palabras de Pieper, sólo es razonable y fecundo hablar de Justicia cuando se contempla conjuntamente con la teoría de la vida<sup>56</sup>. Esta precisión sitúa precisamente el ámbito de lo teleológico, frente a la concepción moderna de la sociedad, fundada en la contraposición entre hombre y naturaleza que parte de la voluntad de dominio «des-

---

<sup>55</sup> WOLF, nota (31), p. 79 ; sobre la concepción tomista de la Justicia, en p. 81.

<sup>56</sup> JOSEF PIEPER, *Über die Gerechtigkeit*, 4ª edic, Munich, 1964, p. 31.

pótico» de las ciencias de la naturaleza y, por tanto, en una contraposición a la simbiosis entre hombre y naturaleza propia de las civilizaciones premodernas<sup>57</sup>. En realidad, este hecho levanta el velo sobre un dato que ya había destacado Spaemann: el rechazo de la teleología que se produce a través de la teoría de los dos mundos en sus diferentes formas: el reino de las causas y el reino de los fines, del ser y del deber ser, de los hechos y de los valores<sup>58</sup>. Frente a esa idea, la visión de la Justicia en un mundo en el que confluye el ser y el deber ser desde la perspectiva de la comunidad política dirigida al bien común implica una consideración de la *iustitia commutativa* (*ordo partium ad partes*) en las relaciones entre los sujetos; de la *iustitia distributiva* (*ordo totius ad partes*) en las relaciones del todo social hacia los sujetos; y de la *iustitia generalis* (*ordo partium ad totum*) en las relaciones de los individuos hacia el todo social<sup>59</sup>. Esta triple perspectiva ha sido ya expuesta por Arthur Kaufmann, aunque, desde mi punto de vista, no es asumible una tripartición absoluta de fines de la pena que se corresponda sin escisiones con las ideas de la teoría de la pena<sup>60</sup>. No es correcto pensar que la única traducción de la justicia conmutativa es la retribución en el sentido de las teorías absolutas de la filosofía idealista; que la justicia distributiva transmite en términos de prevención especial (resocialización, advertencia o inocuización) la igualdad proporcional; o que exclusivamente a través de la justicia legal puede entenderse la prevención general positiva o negativa. Las críticas de Arthur Kaufmann a la prevención general positiva en su identidad conceptual con la retribución<sup>61</sup> o el reconocimiento de que, aunque la pena sea «en primera línea» un acto de justicia distributiva, éste no pueda ser el único principio que la fundamente porque el autor siempre forma parte de una sociedad<sup>62</sup>, son ya un punto de partida de la crítica<sup>63</sup>. En efecto, quien ha de ser

---

<sup>57</sup> ROBERT SPAEMANN, «Die Aktualität des Naturrechts», en *Philosophische Essays*, 1994, Stuttgart, pp. 60 y ss, especialmente p. 67.

<sup>58</sup> *Ibidem*. De esta forma se manifiesta una contraposición entre teleología y proceso de secularización de la modernidad en el sentido indicado.

<sup>59</sup> Cfr. PIEPER, nota (56), pp. 63-64.

<sup>60</sup> ARTHUR KAUFMANN, «Über die gerechte Strafe», *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, Berlín-Nueva York, pp. 425 y ss, especialmente el cuadro que aparece en p. 427.

<sup>61</sup> ARTHUR KAUFMANN, nota (60), pp. 428-430.

<sup>62</sup> ARTHUR KAUFMANN, nota (60), pp. 430-431.

<sup>63</sup> Dejo de lado el problema de la crítica de las teorías de la unión, que aborda JAKOBS, a mi juicio de forma irrefutable, en «Sobre la teoría de la pena» (trad. de Cancio Meliá, *PJ 47* (1998), pp. 145 y ss., en particular pp. 147-149. Mi discrepancia es de orden metodológico en la exposición, pero posiblemente no en el fundamento ni en las consecuencias: aunque Jakobs afirma que no es posible unir la retribución y la prevención (p. 163), afirma que la pena es un fin en sí mismo y que «no se trata de una teoría absoluta de la pena si es que como tal se entiende que la pena ha de seguir de modo categórico al quebrantamiento de la norma» (p. 158). Lo que sucede en realidad es que la retribución —entendida en los términos a los que he aludido— es mantenimiento de la

sujeto de una pena es siempre miembro de la sociedad «en primera línea», porque —frente a Hobbes— es por naturaleza sociable. A ello se añade que la misma idea de justicia distributiva en Aristóteles es «igualdad de proporciones y requiere, por lo tanto, cuatro términos», aunque uno de ellos se mencione dos veces: A es a B como B es a C<sup>64</sup>. En otras palabras: decir que la pena es en primer término un acto de justicia distributiva es contemplar la pena en su referencia social. Una restricción de la idea de justicia distributiva a la prevención especial, como postula Arthur Kaufmann, se apoya en una tesis correcta de la interpretación de Aristóteles: la justicia correctiva o sinalagmática es justicia aritmética en la medida que guarda sólo por la naturaleza del daño y trata a quien hace el daño y a quien lo sufre como iguales<sup>65</sup>. En esa línea, sería correcto —como implícitamente se desprende de la posición de Arthur Kaufmann— el rechazo de que, en el pensamiento aristotélico, la justicia punitiva ha de ser siempre justicia judicial —que es una forma de justicia correctiva— ya que mediante ella se trata de reparar un daño cometido, sin tener en cuenta la voluntad de que lo ha causado<sup>66</sup>. Sin embargo, una restricción de toda referencia social a la valoración del comportamiento como injusto implica eludir, en la valoración del sujeto como persona, su sociabilidad natural. En otras palabras: la indicación de que la justicia correctiva tiene como función valorar el comportamiento injusto —según el daño causado— y que a la justicia distributiva incumbe como misión la adecuación de la sanción a los fines de prevención especial presenta una dificultad metodológica desde la perspectiva del Derecho natural, pues de nuevo se reproduce una nueva especie de dualismo en el que aparecen en compartimentos estancos la valoración del comportamiento y la del sujeto, porque sólo en la valoración del comportamiento, que constituye el ámbito de la justicia correctiva, cabría distinguir nítidamente entre ser y deber ser, y ello sería imposible en la valoración del sujeto. De alguna forma, constituye una cesión sin más al presupuesto metodológico de la separación que desde un principio se intenta rechazar.

La justicia distributiva, si fija como punto de atención al sujeto, contempla a sujetos naturalmente sociables; si requiere cuatro términos para fijar lo justo

---

vigencia de las normas sobre el fundamento de la culpabilidad y tampoco es absoluta en el sentido indicado por Jakobs. En el fondo, en la infracción, «el significado de esa conducta no sólo es objetivado por él en el plano simbólico, sino mediante el mundo externo de las personas»; por eso también la pena ha de suponer una «configuración definitiva», como la conducta. En otras palabras, no hay dualismo entre el mundo de los hechos y el mundo de las valoraciones «simbólicas».

<sup>64</sup> ARISTÓTELES, *Et. Nic.*, 1131a.

<sup>65</sup> ARISTÓTELES, *Et. Nic.*, 1132a: «no importa, en efecto, que un hombre bueno haya despojado a uno malo o al revés, o que un hombre bueno o malo hayan cometido un adulterio».

<sup>66</sup> Cfr. no obstante EUSTAQUIO GALÁN, *Ius Naturae*, Madrid, 1954, p. 46.

en términos geométricos, exige la consideración de los presupuestos que miden la necesidad, la capacidad o los méritos de cada sujeto cuando se trata de concretar un derecho o un deber, y esos presupuestos corresponden a valoraciones propias de la comunidad política. La confluencia de la justicia correctiva, de la justicia distributiva y de la justicia general no puede dar origen a una separación del tratamiento de los problemas propios del derecho penal; por el contrario, la distinción entre justicia conmutativa y justicia distributiva no es más que una conveniencia analítica en orden al tratamiento de los problemas, pues muchos actos son a la vez justos o injustos en ambas perspectivas, y precisamente las decisiones del juez administrando justicia son un ejemplo muy claro: sea la materia de la decisión fundamentalmente objeto de la justicia distributiva y conmutativa, la decisión del juez en sí misma será un acto de justicia distributiva<sup>67</sup>. Si se considera que la pena es siempre impuesta por un juez, y que responde a la imputación de comportamientos, debe concluirse que la pieza esencial es una teoría de la imputación que responda a las exigencias de la justicia general en los niveles propios de la justicia conmutativa y de la justicia distributiva, aunque esa diferenciación es de carácter analítico y no puede generar un dualismo incompatible con la determinación del derecho fundada en la naturaleza de las cosas.

Por tanto, una teoría de la imputación justa (de acuerdo con la *natura rei*) ha de ser, en primer término, una teleología de la imputación. Precisamente por ello el principio de legalidad y el principio de culpabilidad son el marco en el que se desarrolla esa teleología, porque forman parte del *telos*<sup>68</sup>: las exigencias del principio de legalidad y del principio de culpabilidad —en una interpretación correcta y, por tanto, no dualista— no son instrumentos para el bien común, sino que constituyen en sí realización del bien común. Por ese motivo, en la elaboración de una teoría de la imputación justa ha de estar informada de los principios de legalidad y de culpabilidad, pero los principios no son ideas ajenas o extrañas a la teoría de la imputación, sino elementos propios de la misma teoría.

Por otra parte, la necesidad de diferentes categorías sistemáticas no se justifica por la mera elaboración de conceptos que surgen de la abstracción, sino de sus fines en orden al bien común y del análisis adecuado a las exigencias de la justicia conmutativa y de la justicia distributiva. En ese sentido, la distinción

---

<sup>67</sup> FINNIS, nota (44), p. 179; también sobre el término «conmutativa» empleado por Santo Tomás de Aquino; cfr. sobre el derecho penal en p. 186: «es fundamental aunque no exclusivamente materia de la justicia conmutativa».

<sup>68</sup> En tanto constituyen no sólo principios generales, sino también la forma de realización del derecho en lo individual, pues en el sentido aristotélico el *telos* no es sólo el fin que corresponde al orden del todo, sino que contiene también lo individual (cfr. en este sentido, GEORG GADAMER, *Die Idee des Guten zwischen Plato und Aristoteles*, Heidelberg, 1978, p. 103).



entre categorías referidas al hecho o categorías referidas responde a la diferenciación entre la justicia conmutativa y la justicia distributiva en la forma expuesta; es decir, de modo que en ningún caso el juicio deje de lado la sociabilidad natural del sujeto. Un ejemplo, que se desarrollará posteriormente, puede servir de muestra: por un lado, la justicia conmutativa no implica una teoría objetiva de lo ilícito, pues la ilicitud no es ajena a lo que tradicionalmente se denomina la «voluntad» del sujeto; por otro, la justicia distributiva no supone que el juicio de culpabilidad sea estrictamente «individual», pues la responsabilidad del sujeto depende también del componente de sociabilidad, en la medida que el sujeto es naturalmente sociable.

## VI

En el orden de la naturaleza de las cosas y en relación con la elaboración de las categorías de la teoría de la imputación se había situado ya Cathrein a la vez que se refería a la conocida reflexión de San Agustín sobre el tiempo: *Quid est tempus? Si nemo ex me querit, scio; si querenti explicare velim, nescio*<sup>69</sup>. De la misma forma que el filósofo no debe construir arbitrariamente o inventar los conceptos del tiempo, del movimiento o de la vida, sino que ha de investigar, analizar y definirlos tal como se encuentran claramente en la conciencia de las personas; así el jurista ha de determinar los conceptos de culpabilidad, pena, responsabilidad, capacidad de imputación o cualquier otro tal como operan en la práctica, en la vida cotidiana a través de hechos y palabras<sup>70</sup>. En otras palabras: si la teoría de la imputación ha de ser una teoría sistemática, la configuración y el análisis de las categorías del sistema ha de responder a la naturaleza de las cosas. Las categorías propias de una teoría de la imputación no pueden ser —como no lo son— puras invenciones más o menos útiles; sin duda, su elaboración en referencia a las normas jurídicas haría extravagante una asimilación a meras estructuras de la naturaleza, pues un sistema de derecho penal que responde a la naturaleza de las cosas no tiene por qué ser un sistema puramente naturalístico. En realidad, ese mismo planteamiento naturalismo-normativismo es metodológicamente inadecuado y debe ser rebatido, en particular en la construcción de una teoría de la imputación justa. Aunque el jurista pone sus ojos en la ley, su contenido normativo ha de determinarse en el caso concreto en el que ha de ser realizada o aplicada<sup>71</sup>. Por eso, en la función de concretización de la

---

<sup>69</sup> SAN AGUSTÍN, *Confesiones*, l. 11, c. 14.

<sup>70</sup> CATHREIN, nota (26), pp. 58-59.

<sup>71</sup> En este sentido, GADAMER, *Wahrheit und Methode*, 6ª edic., Tubinga, 1990, p. 332.

ley, el juez ha de efectuar una ponderación justa del todo y, por tanto, ha de profundizar en la concreción total de la situación de hecho<sup>72</sup>. La teoría de la imputación aspira a ser una delimitación sistemática que permite al juez el análisis de esa situación de hecho, a la vista de que la decisión ha de estar dirigida a la imputación del comportamiento a un sujeto. Por tanto, la determinación de las categorías en la teoría de la imputación ha de tener un respaldo en la comprensión de la realidad, en la medida que constituye un instrumento para examinarla. En estas consideraciones básicas respecto al método se encontraría su fundamentación.

En cualquier caso, no es necesario aquí fijar una posición definitiva en relación con las categorías, pues la validez de su sistematización depende esencialmente de los contenidos cuyo análisis facilitan. Según creo, por el momento, bastaría con fijar algunos de los presupuestos materiales de una teoría de la imputación y, en particular, aquellos en los que se revela una especial incidencia de la superación del dualismo radical entre hechos y valoraciones y entre ser y deber ser:

- a) La diferenciación de una teoría del tipo penal (*Tatbestand*) es necesaria, pues permite acceder al conocimiento de las infracciones de normas jurídicas que son sancionadas por la ley penal. Desde la perspectiva metodológica aceptada, está sustancialmente relacionada con la teoría del tipo (*Typus*), pues el pensamiento de la «naturaleza de las cosas» es un pensamiento tipológico. Por tanto no se trata sólo de un concepto general-abstracto, que se define con un número ilimitado de elementos, sino de un *universale in re* que no puede ser «definido» sino sólo «explicado» o «descrito»<sup>73</sup>. Se trata, en realidad, de un condicionamiento propio de la interpretación teleológica, que no opera con conceptos, sino con tipos<sup>74</sup>. Por tanto, es necesario evitar una teoría del tipo construida sobre los presupuestos de métodos de interpretación que se han revelado ineficaces, también en sus fórmulas encubiertas: no puede sostenerse una teoría del tipo penal teleológica sin abandonar

---

<sup>72</sup> GADAMER, nota (71), p. 335.

<sup>73</sup> Cfr. ARTHUR KAUFMANN, *Analogie und "Natur der Sache"*, 2ª ed., Heidelberg, 1982, p. 47; también en p. 50. La naturaleza de las cosas es el es el mediador en la armonización entre Ser y Deber Ser (p. 44). Sobre las reflexiones en torno al pensamiento analógico en este aspecto, pp. 18 y ss.

<sup>74</sup> ARTHUR KAUFMANN, nota (73), p. 51. En realidad, los límites del intérprete en relación con el principio de legalidad se encuentran en la prohibición de una interpretación del tipo penal (*Tatbestand*) que exceda del tipo de comportamiento ilícito (*Unrechtstypus*). En ese sentido, Arthur Kaufmann, pp. 52-53; sobre la imposibilidad de «subsunción» como sucede con los conceptos, en p. 48.

los presupuestos de la interpretación gramatical<sup>75</sup>. Del mismo modo, existen serias dificultades para mantener una teoría del riesgo permitido o de los delitos de infracción de deber sobre la base de la teoría tradicional de los bienes jurídicos.

- b) Por un lado, debe estimarse como correcta una teoría de la imputación que permita un examen similar de la imputación entre acciones y omisiones, pues la diferenciación entre acción y omisión es sólo de carácter material y no formal, y la configuración del sistema de la imputación ha de atender esencialmente a las causas formales
- c) En un segundo plano, es necesario asumir la crítica a los modelos de imputación voluntaristas que han sido seguidos por la dogmática penal moderna desde sus comienzos, ya que éstos han tomado como punto de partida –;también desde posiciones deterministas!– que la libertad de la persona se funda exclusivamente en la libertad de voluntad. No puede ignorarse que un modelo de imputación del entendimiento ha de encontrarse enraizado en la libertad del entendimiento, que como presupuesto básico ha sido abandonada en la filosofía práctica y jurídica de la modernidad, que se ha limitado a afirmar o negar exclusivamente la libertad de voluntad.
- d) En algunos aspectos, la construcción dualista de la ilicitud penal sobre la base de la diferenciación entre tipo y justificación ha de ser reexaminada. Las consecuencias que correctamente derivan de esta división hacia la teoría estricta de la culpabilidad en el ámbito del error –frente a la tradicional distinción entre error de hecho y error de derecho, escasamente operativa en el derecho penal– deben apoyarse en una concepción del delito como infracción de normas jurídicas en la que sea posible una distinción entre el error sobre circunstancias que fundamentan el deber jurídico y los contenidos y la extensión de ese mismo deber. En realidad, la introducción de estas ideas en la dogmática de este siglo responde a una «penalización» del concepto de acción aristotélico desde el finalismo, cuyas consecuencias en este ámbito deberían ser mantenidas.
- e) En cualquier forma, se trata de una racionalización de los criterios tales como el «merecimiento de pena», que, en su visión positivista, puede quedar sometida a arbitrariedades no admisibles. Nada más lejos de un

---

<sup>75</sup> Cfr. en relación con los tipos de la Parte especial, la situación de ciertos sectores doctrinales en relación con las calumnias y el texto del art. 205 CP, en PÉREZ DEL VALLE, «Las calumnias y el temerario desprecio hacia la verdad» en *CPC-1999*, pp. 83 y ss.

método iusnaturalista de determinación del derecho que prescindir de las valoraciones en un sentido realista de la justicia, lo que lleva a pensar que la función de la idea del «merecimiento de pena» no es incorrecta en sí; lo que no es correcto es su utilización fuera de la naturaleza de las cosas y en un marco en el que la justicia de las soluciones carece de criterios estables.