

LA IMPUTACIÓN ORDINARIA Y EXTRAORDINARIA EN PUFENDORF

Sobre la historia y el significado de la diferencia
entre *actio libera in se* y *actio libera in sua causa**

JOACHIM HRUSCHKA**

Erlangen

I. El primer axioma de la *Jurisprudentia Universalis*

Al comienzo del segundo libro de sus «*Elementorum Jurisprudentiae Universalis libri duo*»¹, aparecido en 1660, PUFENDORF² formula el primer axioma de una *Jurisprudentia Universalis* tal como sigue:

* Con un anexo sobre la diferencia entre los conceptos de *actio libera* y *actio ad libertatem relata* y un anexo sobre la historia de la recepción y descubrimiento de la diferenciación entre *imputatio facti* e *imputatio iuris*.

** Título original: «Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf. Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von *actio libera in se* und *actio libera in sua causa*», publicado en *ZStW* 96 (1984), pp. 661 ss. Traducción a cargo de Nuria Pastor Muñoz, profesora ayudante de Derecho Penal. Universidad Pompeu Fabra (Barcelona).

¹ En el texto que sigue se denominan «*Elementa*»; las citas son de la edición original de 1660. — En los «*Elementa*» se desarrolla por primera vez la idea de una filosofía práctica general. A ellos les suceden los correspondientes trabajos de Christian WOLFF, DARIES, BAUMGARTEN, KANT, entre otros, hasta el desplome de la filosofía práctica tras el primer tercio del siglo XIX. Para los juristas también es importante el hecho de que los «*Elementa*» contienen por primera vez el concepto de una «parte general»; no solamente una «parte general» del Derecho penal sino una «parte general» de la ciencia jurídica y, además, sobre todo, a partir de la filosofía práctica. El libro ha tenido una gran influencia también y precisamente en la parte general del Derecho penal. En la aportación que sigue se mostrará que, con todo, las teorías actuales de la «parte general» del Derecho penal en cierta medida todavía no han tenido en cuenta tal obra.

² Samuel PUFENDORF (1632-1694). — Dado que en este trabajo se hace referencia a personalidades de los siglos XVII y XVIII sobre cuya vida y obra hay abundantes

«*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*». — «Una *actio* (cualquiera), que pueda guiarse por una norma moral y cuyo acontecer o no acontecer está al alcance de la persona, puede ser imputada a esa persona. *Y, a la inversa*, no puede imputarse a una persona aquello que ni considerado en sí mismo ni en su causa está a su alcance».

PUFENDORF repitió el axioma con una locución casi idéntica en su obra más importante «*De Jure Naturae et Gentium libri octo*»³ y en su escrito «*De Officio Hominis et Civis juxta legem naturalem libri duo*» de 1673, que sería después el más difundido⁴. En el axioma y en los comentarios que de él hace en los «*Elementa*», PUFENDORF expone problemas aparentemente heterogéneos —y que hasta hoy siguen considerándose en gran parte heterogéneos— y busca sus elementos comunes a través de la fuerza de la exposición conjunta. Cuando aquí, tres siglos después, se intenta poner de relieve de nuevo las reflexiones decisivas de PUFENDORF, ello no responde a un interés por lo antiguo, sino que se verá cómo, también desde el punto de vista material, PUFENDORF tiene todavía algo que decir al jurista del presente.

II. La diferenciación entre imputación ordinaria y extraordinaria

En los comentarios al primer axioma que PUFENDORF recoge en los «*Elementa*», el autor desarrolla por primera vez, por de pronto, el concepto de imputación (*imputatio*) —un esfuerzo que aquí no puede ser valorado⁵— y después añade, entre otras cosas:

datos en STINTZING/LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Parte III/1 y III/2 (respectivamente, texto y notas), 1898 y 1910 (reimpresión 1957) y en KLEINHEYER/SCHRÖDER, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, 2.^a ed., 1983, he renunciado a las citas bibliográficas. En general, al lector se le remite a estas dos obras fácilmente accesibles. Por lo demás —por motivos semejantes— también me he abstenido de aportar pormenores sobre las biografías de DESCARTES y KANT.

³ Lib. I, cap. V, § 5; citas según la 2.^a ed. de 1684.

⁴ Lib. I, cap. I, § 17; citas según la edición original de 1673.

⁵ Una breve apreciación de este esfuerzo en LOENING, *Die Zurechnungslehre des Aristoteles*, 1903 (reimpresión, 1967), pp. X ss. Ver también, WELZEL, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, 1958, pp. 19 ss. y 84 ss. — En qué medida, con la teoría de la imputación, PUFENDORF se adelantó a su tiempo lo muestra un importante comentario en los «*Elementa*», lib. I, def. I, § 7. De éste deriva que existen dos *modi* de contemplar una *actio* (movimiento). Desde un primer punto de vista, una *actio* pue-

«*Possunt... imputari non ea tantum quae pro praesenti tempore ut fiant vel non fiant in nostra sunt potestate, sed etiam, quorum perficiendorum facultas nobis antea adfuit, nostra autem culpa est amissa; seu quae pro praesenti quidem statu sunt impossibilia alicui, ut tamen ipse in culpa fuerit, quo minus ea jam praestare possit. Sic illi, qui se eo coniecit sua culpa, puta per petulantiam aut inutilem curiositatem, ubi adhibita diligentia debita providere poterat fore ut vis sibi adferretur, possunt imputari actiones istae malae, ad quas in eo statu fuit adactus*»⁶. — «No solamente pueden ser imputados aquellos sucesos respecto a los cuales esté a nuestro alcance *en el momento presente* el que acontezcan o no, sino también aquéllos cuya producción estuvo *en un momento anterior* en nuestro radio de acción, en caso de que hayamos perdido esa posibilidad por nuestra propia culpa. Lo mismo sirve para aquellas cosas cuya realización le resulta imposible a una persona *en su estado actual* en el caso de que ella haya tenido la culpa de no poder ya realizarlas. Piénsese, así, en una persona que, por ejemplo, por petulancia o pura curiosidad, se pone a sí misma por culpa propia en una situación de coacción, cuando, de haber utilizado el cuidado pertinente, podría prever que acabaría en tal situación; a esa persona pueden imputarse los sucesos indeseados (*actiones istae malae*) a los que sea vea forzado en esa situación».

Es evidente que aquí PUFENDORF diferencia y pone en relación dos formas de la capacidad de dejar que algo suceda o no. Ahí está, por una parte, la capacidad que tengo en el momento presente y en mi situa-

de verse como *actio moralis* (como «acción» [*Handlung*]), pero se puede cambiar el punto de vista y contemplar *la misma actio* como *actio naturalis* (como acontecimiento físico). En la terminología del último WITTGENSTEIN, con referencia a la misma *actio* podemos participar en dos juegos del lenguaje distintos. Sobre esta idea se funda la diferencia desarrollada por PUFENDORF entre los *entia moralia* y los *entia physica*, cuya importancia ha destacado precisamente WELZEL. Con ello, PUFENDORF no solamente ha preparado la teoría de los dos mundos [*Zwei-Reiche-Theorie*] de KANT. Su importancia la descubre también la discusión de los años 50 y 60 sobre el artículo de HART, «The Ascription of Responsibility and Rights», 1968, publicado por ejemplo en FLEW, *Logic and Language*, primera serie, 6.ª ed., 1968, p. 145. Referencias sobre el concepto de imputación, que se le escapa a la jurisprudencia del presente y que debe recuperarse laboriosamente, en HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, 1976, y, el mismo, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 1983, p. 415 ss. y con frecuencia en otros lugares.

Por lo demás, hay que decir que cuando, en el contexto que aquí interesa, PUFENDORF habla de una *actio*, para simplificar las cosas, incluye en el concepto también la inactividad.

⁶ Lib. II, axiom. I, § 7 (el resaltado es mío).

ción presente; se me imputa todo lo que aquí y ahora puedo evitar o dejar que suceda. Sin embargo, también hay que pensar en una capacidad que no tengo en el momento presente y en mi situación actual, pero que podría haber tenido si no me hubiera despojado a mí mismo contrariamente a lo que me incumbía, de mis posibilidades o, debe añadirse, si no hubiera omitido, contrariamente a lo que me incumbía, hacerme con posibilidades todavía inexistentes. Se me imputa todo lo que aquí y ahora no puedo efectivamente evitar o dejar que suceda, pero que podría haber evitado o haber dejado suceder, dando por supuesto que, de acuerdo con lo que me incumbía, hubiera conservado mis posibilidades o hubiera abierto posibilidades todavía inexistentes.

PUFENDORF no tiene una terminología propia que le permita caracterizar estas dos formas de imputación con palabras concisas, pero es conveniente introducirla. En este sentido se propone llamar a la imputación de un suceso o de una inactividad *imputación ordinaria*, cuando la persona en cuestión, en el momento decisivo, está en condiciones de evitar la producción del suceso o de realizar la acción en cuestión. En cambio, la imputación debe llamarse *imputación extraordinaria*, cuando en el momento decisivo la persona en cuestión no está en condiciones de evitar la producción del suceso o de realizar la acción en cuestión, pero puede reprochársele precisamente que se encuentre en esta situación de imposibilidad o de incapacidad.

La diferencia entre las dos formas de imputación queda clara en un ejemplo que el mismo PUFENDORF podría haber tenido presente en el pasaje citado. Si B rompe un vidrio ajeno sin haber sido empujado a ello, se le imputará de modo ordinario el suceso como una acción de daños. En cambio, si A con violencia física irresistible hace que el codo de B golpee el vidrio, queda excluida la posibilidad de imputar el suceso ordinariamente a B como una acción de daños. Sin embargo, todavía es posible una imputación extraordinaria. Esta última tiene lugar, a pesar de la circunstancia de que B mismo ha sido víctima de un uso de la violencia, en el caso de que deba hacerse responsable a B de la situación en la que, mediante violencia, se ha hecho golpear su codo contra el vidrio, por ejemplo, porque «por petulancia o pura curiosidad», se ha metido en una pelea. PUFENDORF fue el primero en establecer de modo general esta diferencia entre imputación ordinaria y extraordinaria. Esta última sigue mereciendo nuestra atención, pues todavía hoy las grandes líneas trazadas por PUFENDORF apenas se toman en consideración.

III. La diferenciación paralela de *id quod in se...* e *id quod in sua causa penes aliquem fuit*

Como ya se ha dicho, PUFENDORF no tiene una terminología propia para las dos formas distintas de imputación. Sin embargo, dispone de un vocabulario que diferencia entre las diversas *actiones* que deben ser imputadas de cada modo diverso. Esto queda claro en la versión negativa de su primer axioma. Si la versión positiva explicó, sin más distinción, que a una persona hay que imputarle todo aquello respecto a lo que tenía la capacidad de dejarlo suceder o no suceder, la versión negativa parte de la contraposición del «*id quod in se*»... y el «*id quod in sua causa penes aliquem fuit*» y afirma que a una persona no se le puede imputar aquello —y solamente aquello— que no estaba al alcance de su capacidad ni *in se* (en sí mismo) ni *in sua causa* (en su causa).

La comprensión de la diferenciación puede hacerse más fácil si se trabaja con un vocabulario más familiar para el jurista de hoy, en lugar de con la expresión empleada por PUFFENDORF «*id quod... penes aliquem fuit*» — «lo que estaba al alcance de la capacidad de una persona». Esto se hace posible cuando se sustituye tal expresión por la expresión «*quaelibet actio quae... libera fuit*» — «toda acción que fue libre». Desde luego, esta traducción no es arbitraria, pues no solamente hoy llamamos todavía sin duda alguna «libre» a toda *actio* («acción») que está en el poder de quien realiza u omite la acción, sino que además sobre todo la tradición también ha visto este nexo exactamente igual. Así, por ejemplo, CARMICHAEL, comentarista de PUFENDORF, en sus *Observationes y Supplementa* a «*De Officio Hominis et Civis*»⁷, escribe expresamente que las «*actiones et actionum omissiones... quas fieri vel non fieri est penes ipsum Agentem*»,... «*Liberae vulgo dictae*» (sunt)⁸ — «que,

⁷ Sobre Gershom CARMICHAEL (1672-1729), quien al final fue catedrático de Filosofía Moral en Glasgow, *cfr.* la voz de la *Encyclopaedia Britannica*, 9.ª ed., vol. V, 1876, p. 117. En la meritoria compilación de las obras de PUFENDORF y de sus comentarios llevada a cabo por DENZER, *Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf*, 1972, pp. 359 ss., está citada, en la p. 363, la segunda edición de los *Supplementa et Observationibus* de CARMICHAEL, aparecida en Edimburgo en 1724. Hasta ahora no he podido averiguar cuándo y dónde apareció la primera edición. Yo mismo he empleado la edición de 1769, que DENZER cita en la p. 363 de Leiden y en la cual la obra de CARMICHAEL está impresa junto con comentarios y notas de OTTO, TITIUS y BARBEYRAC al *De Officio Hominis et Civis* de PUFENDORF.

⁸ Suppl. I, § XI. CARMICHAEL también se refiere precisamente a este pasaje en su comentario al *De Officio Hominis et Civis*, lib. I, cap. I, § 17 (en el cual se repite el primer axioma de los *Elementa*). *Cfr.*, también, Heinrich KÖHLER (1685-1737), *Juris Naturalis Exercitationes*, VII, 2.ª ed., 1735, § 310: «*Actiones quae in potestate nostra*

por tanto, las comisiones y las omisiones de una acción, respecto a las cuales está en poder de quien actúa que acontezcan o no, son llamadas *libres* según el uso general del lenguaje». Por tanto, tampoco es una casualidad que MARTINI, quien, como acreditan sus escritos, fue también un conocedor de PUFENDORF, utilice en 1770 la locución de las «*actiones... nec in se liberae..., nec in sua causa, et ideo imputationis incapaces*»⁹, esto es, habla de las *actiones* «que no son libres ni consideradas en sí mismas, ni en su causa y, por tanto, no son accesibles a una imputación». Si se compara la frase de MARTINI con la versión negativa del axioma de PUFENDORF, se puede constatar sin dificultades el parentesco gramatical y de contenido de ambas locuciones, con lo cual queda claro que MARTINI, al igual que PUFENDORF, aporta una versión negativa.

De ello se sigue también que la diferenciación realizada por PUFENDORF se puede formular, sin alterar su contenido, con ayuda de las expresiones «*actio libera in se*» y «*actio libera in sua causa*»¹⁰. De este

positae sunt, dicuntur liberae ratione executionis». «Movimientos que se encuentran en nuestro poder serán llamados *libres respecto a su realización*» (el resaltado está en el original).

⁹ MARTINI (1726-1800), *De Legi Naturali Exercitationes* sex, 1770, § 185, escolio 3.

¹⁰ Poco después de comenzar el siglo XVIII, la locución «*id quod penes aliquem fuit*», que es algo torpe, cede ante la expresión «*actio libera*», mientras que la contraposición entre («*liberum*») *in se* y («*liberum*») *in sua causa* se mantiene. Esto pone de relieve, por una parte, que, en todo caso, los *Elementa* de PUFENDORF deben verse como *una* de las fuentes de nuestro actual uso del lenguaje y, por otra, también aclara por qué esto, por lo visto, no ha sido hasta ahora (de nuevo) descubierto. La contraposición de MARTINI, cuya dependencia respecto a PUFENDORF es evidente, fue introducida en la terminología jurídica penal por su discípulo Chr. HUPKA (catedrático de Derecho en Viena, muerto en 1811, *cf.* SEIFERT, *Paul Joseph Rieger*, 1973, p. 167, nota 217 y p. 173), *Positiones Iuris Criminalis*, 1779, § 123. Hacia finales del siglo XVIII, principios del XIX, la contraposición de *actio libera in se* y *actio libera in causa* es una obviedad. Las consideraciones al respecto de KLEINSCHROD, GROLMAN y TITTMANN se construyen claramente sobre la base de ella; véase KLEINSCHROD, *Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts*, primera parte, 1794, § 17, p. 25 ss., y § 64, p. 106 s.; GROLMAN, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, 2.^a ed., 1805, § 51, p. 59; TITTMANN, *Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde*, primera parte, 1806, § 31, p. 59.

En todo caso, en el estado de conocimientos actuales, no puede, desde luego, excluirse que para el uso actual de la lengua, junto a los *Elementa* de PUFENDORF deban ser también tomadas en consideración como posibles otras fuentes independientes de PUFENDORF; especialmente porque la contraposición no solamente se encuentra en la jurisprudencia sino también en la teología moral de los siglos XVII y XVIII y, además, es un hecho que la terminología empleada por PUFENDORF no proviene de él, sino que el vocabulario en cuestión puede remontarse a la escolástica tardía e incluso hasta la alta escolástica (referencias en HRUSCHKA [nota 5], *Strafrecht*, p. 335 ss., p. 339 s.).

modo, la versión negativa del axioma de PUFENDORF puede también interpretarse como sigue: «*Quaelibet actio quae neque in se neque in sua causa libera fuit, non potest (homini) imputari.*» — «Una *actio* que no ha sido libre ni considerada en sí misma ni en su causa no puede ser imputada a la persona».

En esta formulación reaparece la expresión «*actio libera in causa*», familiar para el jurista europeo-continental de hoy. Sin embargo, en la interpretación de nuestros textos hay que cuidarse de adoptar simple e irreflexivamente un determinado uso de la expresión, muy extendido en la actualidad, pero no por eso menos erróneo histórica y gramaticalmente. Más bien hay que tener en cuenta, en primer lugar, que el concepto de la «*actio libera in causa*» tiene en el concepto de *actio libera in se* un concepto complementario —que le es necesario en términos lógicos— que solamente con el paso del tiempo ha ido desapareciendo de la memoria de los juristas¹¹. Esto se expresa forzosamente en la comprensión del contenido de las dos expresiones y, por tanto, también en la comprensión del contenido de la expresión «*actio libera in causa*»¹². Sin embargo, en segundo lugar, el jurista debe tener cla-

Que, por cierto, ya a principios del siglo XVIII la palabra «*sua*» en la expresión «*actio libera in sua causa*» no se consideró esencial, lo pone de relieve, por ejemplo, ANTOINE, *Theologia Moralis Universa*, Pars I, 1726; la siguiente cita de la edición de 1760, p. 94: «*Est violatio (legis) libera vel in se, vel saltem in causa, aut periculo, ita ut non sit ex ulla necessitate intrinseca, ac antecedenter, et vere potuerit vitari.*» — «Una lesión de la ley es libre, considerada en sí misma o, por lo menos, en su causa o con base en un peligro correspondiente, si la misma (la *violatio legis libera in causa*) no era absolutamente necesaria, sino que, en todo caso, pudo ser evitada antes y de verdad». (Paul Gabr. ANTOINE, aprox. 1679-1743, al final catedrático de Filosofía y Teología en Pont-à-Mousson; *cfr.* CHOMON, en: *Dictionnaire de Biographie Française*, vol. 3, 1939, columna 29 s.).

¹¹ De tal fenómeno debe decirse, como mínimo, que es extraño. Una cierta excepción la hace, por cierto, KOHLRAUSCH, quien desde la 30.^a edición de su comentario al StGB de 1932 tras la referencia al concepto de la *actio libera in causa* hace la siguiente anotación: «Una acción “no libre” *in actu*, pero “libre” *in causa*». KOHLRAUSCH se da cuenta de la falta del concepto complementario y en todo caso, en la anotación citada, da con el núcleo del problema. La anotación ha sido transmitida durante cierto tiempo, pero actualmente ha vuelto a desaparecer de la literatura jurídico-penal. Referencias sobre cómo los teólogos morales no han olvidado el concepto complementario en HRUSCHKA (nota 5), *Strafrecht*, p. 339.

¹² Entre las distorsiones del concepto derivadas de que el concepto complementario haya sido olvidado, se cuenta la identificación —hoy todavía no poco frecuente— de la *actio libera in causa* con la acción muy distinta a raíz de la cual quien actúa se encuentra después en un estado de actual falta de libertad. Si se lleva a cabo esa identificación, las palabras pierden todo sentido semántico. En cambio, los juristas del siglo XVIII sabían diferenciar con mucha precisión entre la *actio praecedens* y la *actio libera in causa* que la sigue temporalmente; *cfr.*, por ejemplo, CARMICHAEL (nota

ro que de ningún modo puede justificarse ni la restricción, hoy no poco frecuente, del ámbito de aplicación del concepto de *actio libera in causa* a casos de embriaguez, ni una especial acentuación de esos casos. Por tanto, también tendremos que practicar una corrección del alcance del concepto de *actio libera in causa*.

El mismo PUFENDORF parte en todo caso de un amplio ámbito de aplicación de la confrontación de *in quod* in se *penes aliquem fuit e id quod* in sua causa *penes aliquem fuit* — y con ello, según esto, de un ámbito de aplicación amplio de la confrontación entre «*actio libera in se*» y «*actio libera in sua causa*». Ya en los «*Elementa*»¹³ afirma:

«*Es autem coactum aliquid vel in se, sed non in sua causa, quando quis in tali statu versatur in praesens, ut vim allatam repellere nequeat, in culpa tamen fuit, ut in istum statum perveniret; vel in se et in sua causa simul, quando quis etiam in culpa non fuit, ut in talem perveniret statum, quo per vim ad aliquid cogi posset.*» — «Algo es forzado considerado en sí mismo, pero no en su causa, cuando alguien se encuentra en el momento adecuado en una situación tal que no puede resistir el empleo de una violencia, pero es culpable de encontrarse en esa situación... En cambio, algo es forzado considerado en sí mismo y, al tiempo, en su causa, cuando alguien no tiene la culpa de encontrarse en una situación en la que se le puede forzar a algo con violencia.»

De lo que se trata en este texto no es de un estado de embriaguez, sino que el pasaje —en todo caso en los «*Elementa*»— está más bien acuñado para casos que hoy caracterizaríamos con la palabra clave «*vis absoluta*»¹⁴. Esto significa que hay que pensar, al mismo tiempo, tanto en los casos de movimiento corporal provocado mediante violencia física (A conduce la mano de B con una violencia irresistible), por una parte, como en un permanecer inactivo forzado mediante *vis absoluta* (por ejemplo, en casos de robo o violación), por otra. Si en los casos de esta clase a un suceso o inactividad les corresponde el predicado de «*coactum*», entonces el suceso (por ejemplo, el movimiento forzado de la mano) y la inactividad son, en todo caso, un *coactum in se*, esto es, son, considerados en sí mismos, forzados. Sin embargo, dentro del mar-

7), en el comentario al «*neque in sua causa fuit*» de PUFENDORF, lib. I, cap. I, § 17 del *De Officio Hominis et Civis*; más referencias en HRUSCHKA (nota 5) *Strafrecht*, p. 341, nota 146.

¹³ Lib. II, obs. II, § 4 (resaltado en el original).

¹⁴ Sobre esto, véase *infra* bajo V, el texto correspondiente a la nota 28. La distinción, hoy usual, entre «*vis absoluta*» y «*vis compulsiva*» parece haber aparecido en el siglo XVIII; una contraposición de las expresiones se encuentra en todo caso en Georg Jakob Friedrich MEISTER, *Principia Iuris Criminalis*, 2.^a ed., 1792, § 21, nota b.

co trazado, existen dos posibilidades. El suceso forzado o la inactividad coaccionada son, o bien un *coactum in se, sed non in sua causa*, es decir, efectivamente forzados considerados en sí mismos pero no en su causa, o son un *coactum in se et in sua causa simul*, es decir, forzados considerados en sí mismo y, al tiempo, en su causa.

En total acuerdo con esto, PUFENDORF diferencia en sus «*Elementa*»¹⁵ precisamente entre los conceptos *ignorantia invincibilis in se* e *ignorantia invincibilis in sua causa*:

«*Ignorantia... invincibilis est talis vel in se, sed non in sua causa; vel in se et in sua causa simul. Illa est, quando quis in ipsa quidem actione ignorantiam, ex qua actio illa procedit, vincere nequit; in culpa tamen est, quare in talem ignorantiam incideret... Haec est, quando quis non tantum ea ignorat, quae scire ante actionem non potuit, sed etiam in culpa non fuit, cur in ista haereret ignorantia, aut in eandem incideret.*» — «Una ignorancia inevitable es inevitable considerada en sí misma pero no en su causa, o es inevitable considerada en sí misma y, al tiempo, en su causa. El primero es el caso en el que alguien, en la ejecución de la acción (incorrecta), no está en condiciones de sacudir y disipar la ignorancia de la que resulta la acción; sin embargo, sí tiene la culpa de encontrarse en un estado de ignorancia... El último es el caso de quien no solamente ignora algo que no podía saber antes de la ejecución de la acción (incorrecta), sino que tampoco ha sido su culpa ignorar ni haber ido a parar a la ignorancia.»

En este pasaje, el autor propone el ejemplo de quien no sabe lo que hace porque se ha embriagado por propia culpa. Sin embargo, éste no es en absoluto el único caso de aplicación de una *ignorantia invincibilis in se, sed non in sua causa*, sino que el pasaje se refiere, más bien, a los casos en los que alguien, por no haberse informado antes suficientemente, actúa con una ignorancia que se ha convertido en inevitable. Si en esos casos una ignorancia en la situación concreta puede verse como una *ignorantia invincibilis*, en todo caso se trata de una *ignorantia invincibilis in se*, es decir, la ignorancia es inevitable considerada en sí misma. Sin embargo, dentro de ese marco existen, de nuevo, dos posibilidades. La ignorancia puede ser bien una *ignorantia in se, sed non in sua causa invincibilis*, esto es, inevitable cuando se considera en sí misma, pero no en su causa, o puede ser una *ignorantia invincibilis in se et in sua causa simul*, es decir, inevitable tanto cuando se considera en sí misma como en su causa.

¹⁵ Lib. II, obs. I, § 9 (resaltado en el original); *cfr.* también lib. II, axioma I, § 6, núm. 6.

Obviamente, estos textos resultan comprensibles precisamente desde la perspectiva de la versión negativa del primer axioma de PUFENDORF. Para los casos de una conducta forzada y para los de ignorancia inevitable, expresan de modo positivo, aunque en la misma forma de expresión, lo que el axioma dice negativamente y expresan de modo negativo, pero en la misma forma de expresión, lo que el axioma afirma si se convierte su formulación negativa en positiva. Se debe tener claro que todo *coactum in se*, esto es, todo comportamiento forzado considerado en sí mismo, y toda «*actio ex ignorantia in se invincibili commissa*», esto es, toda *actio* que se comete a partir de una ignorancia en sí insuperable, no están al alcance de la persona en cuestión, esto es, son un «*id quod non in se penes hominem fuit*» o, según el modo actual de expresarse, un comportamiento en sí no libre, una «*actio non libera in se*». Lo demás se deduce por sí mismo. Para simplificar las cosas, se ordena en el siguiente cuadro sinóptico; en las columnas se colocan juntos los conceptos que son conceptualmente afines y, en las filas, los que lo son lingüísticamente:

1	2	3
<i>id quod in se penes hominem fuit</i>	<i>id quod non in se, sed tamen in sua causa penes hominem fuit</i>	<i>id quod neque in se neque in sua causa penes hominem fuit</i> (¡confróntese el texto del axioma de PUFENDORF!)
<i>actio libera in se</i>	<i>actio non in se, sed tamen in sua causa libera</i>	<i>actio neque in se neque in sua causa libera</i> (¡confróntese la cita de MARTINI!)
<i>actio non coacta</i>	<i>actio in se, sed non in sua causa coacta</i>	<i>actio coacta in se et in sua causa simul</i>
<i>actio commissa ex ignorantia non invincibili</i>	<i>actio commissa ex ignorantia in se, sed non in sua causa invincibili</i>	<i>actio commissa ex ignorantia invincibili in se et in sua causa simul</i>
(imputación ordinaria)	(imputación extraordinaria)	(ni imputación ordinaria ni extraordinaria)

Según esto, *ceteris paribus*, toda *actio non coacta* (toda acción no coaccionada) y toda *actio commissa ex ignorantia non invincibili* (toda acción que se comete a partir de una ignorancia no inevitable) —primera columna— son un *id quod in se penes hominem fuit* y, por tanto, una *actio libera in se*. Segunda columna: toda *actio in se, sed non in sua*

causa coacta (toda acción forzada en sí, pero no en su causa) y toda *actio commissa ex ignorantia in se, sed non in sua causa invincibili* (toda acción que se comete a partir de una ignorancia inevitable en sí, pero no en su causa) son un *id quod non in se, sed tamen in sua causa penes hominem fuit* o respectivamente una *actio non in se, sed tamen in sua causa libera*. En cambio —tercera columna— toda *actio coacta in se et in sua causa simul* (toda acción forzada en sí y a la vez en su causa) y toda *actio commissa ex ignorantia invincibili in se et in sua causa simul* (toda acción cometida a partir de una ignorancia inevitable tanto considerada en sí como en su causa) son un *id quod neque in se neque in sua causa penes hominem fuit* y, por tanto, una *actio neque in se neque in sua causa libera*.

Si los conceptos desarrollados arriba (II) se ordenan según el vocabulario empleado por el propio PUFENDORF, se deriva lo siguiente: tiene lugar una *imputación ordinaria* cuando vemos un suceso o una inactividad como un *id quod in se penes hominem fuit* (y, con ello, como una *actio libera in se*), esto es, como suceso u omisión de una acción que en sí misma considerada está al alcance de quien actúa (primera columna). Una *imputación extraordinaria* tiene lugar cuando vemos un suceso o una inactividad no en verdad como un *id quod in se*, sino como un *id quod in sua causa penes hominem fuit* (y, con ello, como una *actio libera in sua causa*), esto es, como suceso u omisión de una acción que estaba al alcance del que actúa, no en sí misma pero sí en su causa (segunda columna). En cambio, no tiene lugar una imputación, ni ordinaria ni extraordinaria, cuando vemos un suceso o una inactividad como un *id quod neque in se neque in sua causa penes hominem fuit* (y, con ello, como una *actio neque in se neque in sua causa libera*) y, por tanto, decimos que el suceso o la inactividad respecto a los que nos hemos planteado la cuestión de la imputación, no estaban al alcance de la persona ni en sí ni en su causa (tercera columna).

IV. La diferenciación de dos niveles de imputación como ayuda interpretativa

Ciertamente, la comprensión de los pasajes citados se hace difícil, no solamente por el uso frecuentemente erróneo de la expresión «*actio libera in causa*» en el lenguaje jurídico actual, sino sobre todo también porque en PUFENDORF falta todavía una importante diferenciación. Puede decirse que esa diferenciación se encuentra quizá ya *in statu nascendi* en el paso de los «*Elementa*» a «*De Jure Naturae et*

Gentium». Pero, en todo caso, PUFENDORF no llegó a un desarrollo completo; ello cuaja por primera vez, según entiendo, con DARIES en 1740¹⁶.

Se trata de la diferenciación de dos *niveles* de imputación, que no debe confundirse con la recién tratada distinción de dos *formas* de imputación (imputación ordinaria y extraordinaria). Propongo hablar de *imputación de primer nivel* cuando un suceso concreto se ve como la realización de una acción relevante cometida en circunstancias relevantes o bien cuando una concreta inactividad se ve como la omisión de una acción relevante en circunstancias relevantes; a este respecto, «relevante» significa en este caso siempre «relevante para un eventual juicio de antijuricidad sobre el hecho». En cambio, debe hablarse de *imputación de segundo nivel* cuando un hecho antijurídico —esto es, la realización u omisión antijurídicas de una acción— como se dice, se imputa «a título de culpa [*zur Schuld*]». En DARIES¹⁷, la imputación de primer nivel se denomina «*imputatio facti*» y la imputación de segundo nivel, «*imputatio iuris*». Así, la *imputatio facti* se define como «*actus, quo existentia vel non-existentia facti ad alicuius voluntatem refertur, seu quo aliquis pro auctore facti declaratur*», esto es, como «acto a través del cual la producción o no producción de un determinado suceso se atribuye a la voluntad de una persona, o como acto a través del cual alguien es declarado *Urheber* de un suceso». En cambio, la *imputatio iuris* se determina como «*actus, quo merita determinantur, quae ad auctorem pertinent*», esto es, como «acto a través del cual se determinan los méritos que corresponden al *Urheber* (del suceso)». El esfuerzo decisivo de DARIES consiste en haber reconocido que, entre estos dos niveles de imputación, se da el acto de la aplicación propiamente dicha de la ley, la *applicatio legis ad factum*, acto de carácter totalmente distinto que no puede ser equiparado con ninguno de los dos niveles de imputación, aun cuando siempre ha existido y todavía existe el peligro de que se confunda o se mezcle la *applicatio legis ad factum*, bien con la *imputatio facti*, bien con la *imputatio iuris*. Así, el orden de pasos que sigue el operador jurídico es, visto lógicamente, el siguiente: el primer paso consiste en la suposición de que tenemos ante nosotros el correspondiente *hecho*, es decir, la realización u omisión de una acción relevante en circunstancias relevantes. La aplicación de una ley a un hecho presupone forzosamen-

¹⁶ Sobre ello, véase *infra* anexo II.

¹⁷ Las citas siguientes según las *Observationes Iuris Naturalis*, vol. II, 1754, obs. XLII, § 21.

te tal suposición, pues la ley —por lo menos, la ley de la clase de la que aquí se habla¹⁸— no puede ser aplicada en absoluto a sucesos o a la falta de sucesos meramente fisiológicos (psíquicos, químicos, biológicos). Esta suposición, que por primera vez posibilita una aplicación de la ley, es la imputación de primer nivel, que, por consiguiente, se ha de distinguir de la aplicación de la ley al hecho clasificado de tal modo¹⁹. El segundo paso consiste en la aplicación de la ley al hecho o bien —a la inversa— en la subsunción del hecho en la ley. Finalmente, el tercer paso es la imputación de segundo nivel. Si se ha efectuado la subsunción del hecho en la ley, el problema de la imputación de segundo nivel deviene ponzoñoso. Si en la subsunción se ha constatado la antijuricidad del hecho, entonces se plantea si el hecho antijurídico debe o no ser imputado al autor también «a título de culpa [*zur Schuld*]»²⁰. Según esto, la aplicación de la ley al hecho también ha de diferenciarse de la imputación de segundo nivel. DARIÉS²¹ dice, con referencia a la *applicatio legis ad factum*, «*hunc actum.. imputationi iuris antecedere, et imputationem facti sequi, equidem puto.*» — «Soy firmemente de la opinión de que el acto de aplicación de la ley precede a la imputación de segundo nivel y sigue a la imputación de primer nivel».

Si se hace un análisis preciso, no caben dudas fundadas sobre la lógica de esta diferenciación. Desde luego, si se acepta que la constatación de la antijuricidad de un hecho no conduce forzosamente a la imputación de la culpabilidad, la diferenciación entre el acto de la imputación de segundo nivel y el acto de la aplicación del derecho que conduce a la constatación de la antijuricidad del hecho tiene su peso propio y especial. Si existen causas de exculpación, en el sentido técnico de la palabra, que excluyen la imputación de segundo nivel, la diferenciación no es sólo lógicamente necesaria, sino que también se exigirá desde el punto de vista práctico.

¹⁸ En KANT esto se llamará «ley práctica»; *cf.*, por ejemplo, la *Kritik der reinen Vernunft*, B 661 = *Werke*, AA [Akademie-Ausgabe], vol. 3, p. 421.

¹⁹ Indudablemente, la ley aplicada influye en la elección e interpretación de los hechos a imputar, pero esto no afecta en nada a la lógica de la diferenciación.

²⁰ Así, por lo menos, en Derecho penal. En cambio, en caso de hechos supererogatorios (sobre el concepto, *cf.* el autor [nota 5], *Strafrecht*, p. 283) la *imputatio iuris* no sería una imputación «a título de culpa» [*zur Schuld*] sino una imputación «a título de mérito» [*zum Verdienst*], pues no contendría un reproche sino una alabanza.

²¹ La siguiente cita es de la cuarta edición de las *Institutiones Iurisprudentiae Universalis* de 1754, *Pars Generalis*, § 225 escolio.

V. El ámbito de aplicación de la diferenciación de *id quod in se...* e *id quod in sua causa penes aliquem fuit* en los «*Elementa*»

Para poder valorar la posición original de PUFENDORF así como su desarrollo posterior, se deberá emplear la diferenciación entre los dos niveles de imputación. A la luz de esta diferenciación, puede ciertamente decirse que, en la elaboración del concepto de *imputatio* en los «*Elementa*», PUFENDORF reconoce como causas de exclusión de una imputación —ordinaria— las que excluyen ya la imputación en el primer nivel. Con otras palabras, solamente admite como causas de exclusión aquéllas cuya aceptación evita la posibilidad de la imputación de un movimiento físico²² como suceso o la ausencia de un movimiento físico²³ como omisión de una acción. O de nuevo con otras palabras, en los «*Elementa*», PUFENDORF no reconoce causas de exculpación en el sentido técnico de la palabra.

Esto se debe deducir de una lista²⁴ que el autor incorpora en los comentarios al primer axioma. En dicha lista, se enumeran los sucesos y no-sucesos que no pueden ser imputados (de forma ordinaria): «*Unde patet, non posse alicui imputari, 1. Ea quae contingunt ex necessitate physica, nec ea, quae ex causis naturalibus (contingunt)... 2. Actiones facultatum vegetantium in se... 3. Actiones coactas... 4. Quae per vires nostras neque prohiberi, neque promoveri aut effici possunt...²⁵ 5. Actiones eorum, qui continuo rationis usu non gaudent... 6. Quae ex ignorantia concomitante aut efficaci invincibili... fuere commissa.*» —«Obviamente, lo siguiente no puede ser imputado: 1) Sucesos que se producen por una necesidad física o por una causa natural... 2) Sucesos (*actiones*) en los sistemas vegetativos como tales... 3) Movimientos (*actiones*) forzados... 4) Aquello que con nuestras fuerzas no podemos ni evitar ni impulsar o producir... 5) Movimientos (*actiones*) de quienes no gozan de un uso permanente de la razón... 6) Lo que sucede por una ignorancia insuperable... concomitante o eficaz.»

En esta lista, solamente el número 5) podría hacer dudar al lector actual de la tesis de que PUFENDORF restringe originariamente la exclusión de la imputación a las causas de exclusión de primer nivel. Sin

²² De un *motus aliquis physicus*, lib. I, def. I, § 2.

²³ De una *privatio motus alicujus physici*, lib. I, def. I, § 2.

²⁴ Lib. II, axiom I, § 6.

²⁵ PUFENDORF se remite aquí —sin cita— al clásico «*Impossibile nulla obligatio est*». — «Respecto a lo imposible no puede existir una obligación». D. 50.17.185.

embargo, el autor ve los sucesos y movimientos pertenecientes a este grupo, entre los que se cuentan sobre todo los movimientos de los *furiosi* y de los *infantes*, como meros sucesos (*actiones naturales*) —y no como «acciones» (*actiones morales*), según se emplea actualmente el concepto^{26, 27}. En todo caso, los números 3) y 6) de la lista no plantean problema alguno, porque en los «*Elementa*» PUFENDORF parte de un concepto estricto de *coactum* y de un concepto estricto de *ignorantia invincibilis*. Sobre el *coactum* PUFENDORF escribe lo siguiente²⁸:

«*Sub quo nomine nobis proprie non habentur illae actiones, quae evitando majori malo suscipiuntur, etsi non nisi praesens necessitas easdem appetibiles faciat; sed istae duntaxat, ad quas ab extrinseco principio validiore adigitur quis membra sua adplicare.*» — «Bajo el nombre “*coactum*” no incluimos propiamente aquellas *actiones* que se llevan a cabo para la evitación de un mal mayor, pero que en nada son deseables salvo por la presente situación de necesidad, sino solamente aquellas *actiones* a las que una persona es forzada por un principio externo muy poderoso a prestar sus miembros.»

²⁶ La contraposición de *actio moralis* y *actio naturalis* ya en lib. I, def. I, § 7.

²⁷ También esta afirmación es únicamente conforme con la fisiología y psicología *cartesianas* que, en los tiempos en que PUFENDORF escribió, eran adecuadas; la obra de DESCARTES (1594-1650), *De Passionibus Animae*, aparece en 1649, esto es, solamente once años antes de los «*Elementa*» de PUFENDORF, y está influida por el memorable descubrimiento de la circulación sanguínea por HARVEY (1612, 1628). Las traducciones siguientes se toman de BUCHENAU, 3.^a ed., 1911: según la teoría de DESCARTES, existen, en primer lugar, los *spiritus animales* («espíritus de vida») que se ocupan de los movimientos del cuerpo humano. Estos *spiritus animales* no son una parte del alma sino «finas partículas sanguíneas» [*feine Blutteilchen*], esto es, cuerpos que tienen la propiedad de ser muy pequeños y de poder moverse muy rápido, como la llama de una antorcha (I, 10). El alma no tiene siempre pleno poder sobre ellos (I, 46). Así ocurre en el caso de las personas que han bebido mucho vino. «Los vapores del vino penetran rápidamente en la sangre, suben del corazón al cerebro, se convierten allí en espíritus vitales que entonces se hacen más fuertes y son mayor número que normalmente y, por ello, mueven el cuerpo de muchos modos extraños» (I, 15). Los movimientos de esta clase «se despiertan por el calor del corazón y actúan en el cerebro, los nervios y los músculos de un modo tan natural como se produce el movimiento de un reloj por la mera fuerza de sus muelles y la estructura de sus ruedas» (I, 16). Tomando por base estas representaciones, PUFENDORF, de haber conocido la diferenciación, debería haber excluido la imputación (ordinaria) de las *actiones* de un embriagado —según DESCARTES condicionadas de un modo esencialmente fisiológico—, ya en el primer nivel de imputación; lo mismo debe pensarse respecto a las *actiones* de los *furiosi* y de los *infantes* en las cuales el alma no tiene poder o no tiene suficiente poder sobre los espíritus vitales. Por ello, tiene sentido que PUFENDORF introduzca las *actiones eorum, qui continuo rationis usu non gaudent* en la lista que se ha reproducido más arriba.

²⁸ Lib. II, obs. II, § 4.

Con otras palabras, en los «*Elementa*», PUFENDORF solamente acepta un *coactum* en los casos en los que hoy hablaríamos de «*vis absoluta*», mientras que los casos en los que hoy hablaríamos de «*vis compulsiva*» y los demás casos de estado de necesidad en los que el necesitado, ahora como entonces, tiene a su disposición una alternativa de acción aunque sea especialmente desagradable, quedan expresamente excluidos del concepto de *coactum*. Por tanto, solamente son *actiones coactae* aquellos sucesos en los que la imputación (ordinaria) se excluye ya en el primer nivel.

Lo mismo sirve para la *ignorantia invincibilis*, según el modo en que se discute el concepto en los «*Elementa*». En este contexto, se plantea la pregunta de respecto a qué objetos puede darse en general una *ignorantia invincibilis*: ¿puede concebirse solamente una ignorancia del hecho o de las circunstancias relevantes del hecho como posiblemente insuperable, o pueden darse también casos en los que la ignorancia de la antijuricidad del hecho sea insuperable? O, empleando una terminología familiar desde la jurisprudencia romana clásica, ¿solamente puede una *ignorantia facti* ser *ignorantia invincibilis* o también puede serlo una *ignorantia iuris*?

A través de una comparación entre el concepto estricto de *coactum* y el concepto de *ignorantia facti invincibilis*, se aclara la relevancia de la pregunta para el problema de si, en los «*Elementa*», PUFENDORF tuvo o no presentes solamente las causas de exclusión de la imputación de primer nivel. En caso de un *coactum* en sentido estricto, ha de darse una necesidad física en el afectado como causa intermedia para la producción de un suceso indeseado. Por ejemplo, para mí es una necesidad provocar una explosión en el caso de que mi mano sea forzada con fuerza bruta a apretar un interruptor que desencadena la explosión. En cambio, en el caso de una *ignorantia facti invincibilis*, para el afectado es una pura casualidad que el suceso no se produzca y, por tanto, también pura casualidad el que se produzca. Así, por ejemplo, si unos terroristas han conectado una bomba a un interruptor normal de la luz, sin que yo pueda saberlo, es para mí pura casualidad que, al entrar en la habitación, no se desencadene la explosión y, por tanto, también es pura casualidad el que yo la desencadene. La necesidad física y la pura casualidad excluyen por igual que el afectado pueda controlar el suceso de algún modo y, con ello, excluyen la imputación ya en el *primer* nivel; en ninguno de ambos casos puede imputarse el accionamiento del interruptor como «desencadenamiento de una explosión». No es por casualidad que —desde luego, cierto tiempo después de PUFENDORF— las frases «*Coactio non est imputabilis*» y «*Casus non est imputabilis*» —«La

coacción no es imputable» y «La casualidad no es imputable»— se hayan colocado expresamente la una junto a la otra²⁹. En cambio, en caso de conocimiento de todo lo fáctico relevante, una «*ignorantia iuris invincibilis*» no convertiría la producción del suceso indeseado en pura casualidad para el que está en error, como ocurre en la *ignorantia facti invincibilis*. Porque entonces yo sé precisamente qué es lo que hago, aun cuando no sepa que mi hacer está prohibido; por tanto, no cabe duda de que, en tal caso, el desencadenamiento de una explosión a través del accionamiento de un interruptor, cuando no es forzada directamente mediante violencia física irresistible, puede denominarse también «desencadenamiento de una explosión» y, con ello, puede imputarse en el primer nivel.

Por consiguiente, cuando se plantea la pregunta de si en el tratamiento de una posible *ignorantia invincibilis* en los «*Elementa*», PUFENDORF piensa solamente en una *ignorantia invincibilis* que excluye la imputación (ordinaria) de primer nivel, la clave es si reconoce también la posibilidad de una *ignorantia iuris invincibilis*. Esta última pregunta debe responderse claramente de modo negativo. No es solamente que PUFENDORF aluda afirmativamente a una tradición según la cual solamente una *ignorantia facti* puede ser una *ignorantia involuntaria*, una ignorancia no libre, mientras que la «*ignorantia Juris seu universalium*» es siempre una *ignorantia voluntaria*, una ignorancia libre³⁰. Más bien, él escribe expresamente y sin restricciones³¹: «*Illa possunt imputari... quae ex ignorantia juris seu universalium commissa fuerunt; praeprimis illa, quae procedunt ex ignorantia communium praeceptorum juris naturae, utpote quae ab homine, rationis usu gaudente, non possunt invincibiliter ignorari.*» — «Pueden ser imputadas (todas y) cada una de las acciones que se cometen a partir de una ignorancia del Derecho o de los principios generales; en especial, toda acción que se cometa a partir de una ignorancia de los preceptos generales del Derecho natural, porque éstos no pueden ser desconocidos por una persona que goza de uso de razón.» Lo cual, sin embargo, significa que solamente hay que tomar en consideración la aceptación de una ignorancia invencible y, con ello, la exclusión de la imputación de una acción cometida en estado de ignorancia, cuando esta última es una *ignorantia facti*. Es decir, en este punto, PUFENDORF restringe la posibilidad de exclusión de la imputación a la imputación de primer nivel.

²⁹ Cfr. KRUG, *Allgemeines Handwörterbuch der philosophischen Wissenschaften*, 2.^a ed., vol. 4, 1834 (reimpresión 1969), p. 632, voz «Zurechnung».

³⁰ Lib. II, obs. I, § 9.

³¹ Lib. II, axiom I, § 7, al final.

Esta restricción hace inequívoco el concepto del *id quod... penes aliquem fuit* de los «*Elementa*». Según los «*Elementa*», todo suceso y toda no-producción de un suceso a cuya imputación no se opone una causa de exclusión del primer nivel está a mi alcance — considerado en sí mismo o está a mi alcance en su causa. Por ello, en los «*Elementa*», los conceptos de *coactum in se* y *coactum in sua causa* y los conceptos de *ignorantia in se* e *ignorantia in sua causa* no plantean especiales dificultades; lo mismo vale para los conceptos de *actio libera in se* y *actio libera in causa*, si y en la medida en que se empleen en el marco conceptual que PUFENDORF traza en los «*Elementa*».

VI. La ampliación del ámbito de aplicación de la diferenciación en «*De Jure Naturae et Gentium*»

Todo esto cambia cuando se entra en el universo conceptual de «*De Jure Naturae et Gentium*». Como es sabido, entre las aportaciones originales que PUFENDORF realiza en esta obra, que es su principal de carácter jurídico, se cuenta una teoría desarrollada del estado de necesidad³² y no es casualidad que ésta también se exprese en el concepto de *coactum*. Por ello, se abandona la restricción defendida en los «*Elementa*»³³: «*Coactum autem habetur, non solum quando principium motus est in alio, quid per vim alterius renitentis et abhorrentis membra ad aliquid agendum aut patiendum adplicat: sed etiam quando quis intentato vitae periculo, aut alio gravissimo malo, ab altero compellitur ad suscipiendam executionem facinoris, quod ipse alias vehementer aversatur.*» — «Algo no se considera como forzado solamente en el caso de que el origen del movimiento se encuentre en otro que utiliza para un hacer o un soportar un miembro de un tercero que opone resistencia y se arredra, sino también cuando alguien, a la vista de la amenaza de un peligro contra la vida o a causa de otro mal grave, se ve empujado por otro a la realización de un delito al que, en otras circunstancias, se habría opuesto enérgicamente.» Con ello se abandona el concepto estricto de *coactum* que PUFENDORF había desarrollado en los «*Elementa*». Ahora son *actiones coactae* y pueden ser como tales excluidas de la imputación no solamente las acciones forzadas mediante una *vis absoluta*, sino también aquéllas forzadas mediante *vis compulsiva* u otro medio coactivo. Como ejemplo expreso de la segunda categoría,

³² Lib. II, cap. VI.

³³ Lib. I, cap. V, § 9 (error de impresión — en el original «*virae*» en vez de «*vitae*» — corregida según la edición de 1706 realizada por HERTIUS). En un sentido muy semejante, también, *De Officio Homini et Civis*, Lib. I, cap. I, § 24.

PUFENDORF aporta el caso del subordinado que, bajo la amenaza de ser ejecutado en caso de negarse, dispara a un hombre del que sabe que es inocente³⁴ y añade: «*Huic... eo nomine nihil potest imputari.*» — «Desde la perspectiva del homicidio de la víctima, nada se le puede imputar al autor».

Por ello, no es casualidad que en «*De Jure Naturae et Gentium*» PUFENDORF se refiera intensamente a las —desde ARISTÓTELES (*latinus*)³⁵ llamadas— «*operationes* (en PUFENDORF: *actiones mixtae*)»³⁶. Las *actiones mixtae* son acciones que hoy caracterizaríamos como «acciones en situaciones de estado de necesidad» y de cuya plena imputabilidad [*Zurechenbarkeit*] PUFENDORF no duda en los «*Elementa*»³⁷. Sin embargo, esto significa ahora que algunas de estas *actiones mixtae* podrían ser loables, que otras merecen más compasión que falta de voluntad y que unas terceras merecen disculpa [*Entschuldigung*] total o parcialmente. Por desgracia, PUFENDORF no puso en relación las *actiones mixtae* con el concepto, ahora ampliado, de *actio coacta*; ambos conceptos aparecen más o menos desvinculados, el uno junto al otro. Sin embargo, a fin de cuentas no cabe duda de que las *actiones mixtae* que merecen compasión o disculpa han de verse como *actiones coactae* o, en todo caso, deben ser equiparadas a ellas.

Con ello tenemos el primer ejemplo de que, en «*De Jure Naturae et Gentium*», PUFENDORF no solamente reconoce como causas de exclusión de la imputación aquellas causas que excluyen la imputación de primer nivel, sino también aquellas que conducen a la exclusión de la imputación en el segundo nivel. Con otras palabras, en «*De Jure Naturae et Gentium*», PUFENDORF también admite causas de exculpación en sentido técnico a cuyo efecto, como prueba la cita a la que se ha hecho referencia más arriba sobre el concepto ampliado de *coactum*, sabe diferenciar completamente entre las dos categorías de causas de exclusión de la imputación. Desde luego, PUFENDORF no plasma la diferencia en un concepto general³⁸.

³⁴ Lib. I, cap. V, § 9. El ejemplo lo propone PUFENDORF ya en los *Elementa*, lib. II, obs. IV, § 6, pero allí solamente se encuentra aislado. En *De Jure Naturae et Gentium*, aparece por primera vez puesto en relación con el concepto de *coactum*.

³⁵ *Ética nicomáquea*, 3, 1.

³⁶ Lib. I, cap. IV, § 9.

³⁷ Lib. II, obs. II, § 2.

³⁸ En *De Officio Homini et Civis*, lib. I, cap. I, § 24, PUFENDORF habla de dos *modi* de coacción: «*Cogi... dicimur duplici modo*». Sin lugar a dudas, en ello se esconde un presentimiento de la diferencia entre los dos niveles de imputación, pero solamente un presentimiento.

En la teoría del error se produce un desarrollo semejante desde los «*Elementa*» a «*De Jure Naturae et Gentium*». En su obra principal³⁹, PUFENDORF admite, con evidente aprobación, como núcleo de la teoría jurídico-romana de la ignorancia relevante, «*quod ignorantia juris ut plurimum cum aliqua negligentia culpabili sit conjuncta, ignorantia facti non item*», «que una ignorancia del Derecho está, en muchos casos, unida a una negligencia culpable, mientras que esto no sirve del mismo modo para el caso de ignorancia del hecho y de las circunstancias del hecho». La palabra decisiva en ello es el «*ut plurimum*», porque en el contexto en cuestión significa que puede pensarse en casos de *ignorantia iuris*, aunque puedan ser pocos, en los que la ignorancia no se basa en una negligencia culpable y es, por tanto, insuperable. Además, PUFENDORF⁴⁰ se refiere a un caso que proviene de CICERÓN⁴¹:

Algunos marineros que se encontraban en una tempestad hicieron al dios del puerto que veían enfrente la promesa de que sacrificarían un ternero en caso de que llegaran a salvo al puerto. Y, efectivamente, fueron rescatados. En la ciudad había un templo de Diana. Los marineros sacrificaron el ternero prometido a la diosa. Sin embargo, según los preceptos del lugar, sacrificar un ternero a Diana estaba prohibido. Como consecuencia de ello, los marineros fueron llevados ante los tribunales.

El ejemplo contiene un caso típico de *ignorantia iuris*. Sin embargo, PUFENDORF es de la opinión —refiriéndose a un pasaje de ARISTÓTELES⁴²— de que en este caso «*et misericordia, et venia locum habet*», «tienen su lugar tanto la misericordia como la indulgencia». La proposición general de los «*Elementa*» según la cual todos los hechos que se cometen en una ignorancia del Derecho o de los principios generales pueden ser imputados no vuelve a repetirse de esta forma. En lugar de ello, en «*De Jure Naturae et Gentium*»⁴³, dice: «*Imputationem tollit non ignorantia universalium, et ejus quod quis scire tenebatur.*» — «La ignorancia de los principios generales y la ignorancia de lo que se consideraba que era sabido⁴⁴ no excluye la imputación.» Una frase en la que —a diferencia del pasaje paralelo de los «*Elementa*» que se ha citado— está precisamente ausente la referencia ilimitada a la *ignorantia*

³⁹ Lib. I, cap. III, § 10, al final.

⁴⁰ Lib. I, cap. V, § 10.

⁴¹ *De inventione* 2, 31.

⁴² *Ética nicomáquea*, 3, 2.

⁴³ Lib. I, cap. V, § 10.

⁴⁴ Además, hay que partir de que no se cuenta con que se sepa lo que no se puede saber.

iuris. Para el autor de «*De Jure Naturae et Gentium*», no solamente existen casos de *ignorantia facti invincibilis*, sino también casos de *ignorantia iuris invincibilis*.

Con ello, estamos ante una muestra más de que en «*De Jure Naturae et Gentium*», PUFENDORF no solamente acepta como causas de exclusión de la imputación las que excluyen la imputación de primer nivel, sino también las que hemos de ver como causas de exculpación en sentido estricto. Aunque desde luego no tan claramente como en su teoría de las *actiones coactae*, PUFENDORF percibe en la teoría del error la distinción entre las dos categorías diferentes, a pesar de no haber extraído de ello un concepto general. En ningún caso se encuentran aquí definiciones de igual precisión que las trazadas allá⁴⁵.

En este lugar, la cuestión no puede ser si la ampliación de las causas que excluyen la imputación tiene su justificación material en «*De Jure Naturae et Gentium*». En el siglo XVIII hubo muchos adversarios de la ampliación⁴⁶, mientras que hoy reconocemos determinadas situaciones de necesidad y determinados errores de prohibición como causas de exculpación suficientes. Más bien, debe hacerse alusión a ciertas dificultades que, con la ampliación, surgen para el concepto de diferencia entre imputación ordinaria y extraordinaria. PUFENDORF fue consciente de la importancia de esta distinción; de esto ya dan prueba la reiteración del primer axioma de los «*Elementa*» en sus obras posteriores⁴⁷ y la incorporación en su principal obra jurídica de pasajes sobre el *coactum in se et in sua causa* y sobre la *ignorantia invincibilis in se et in sua causa*⁴⁸; reiteraciones e incorporaciones en giros total o prácticamente idénticos. Pero parece que PUFENDORF no vio el problema que se plantea con la ampliación. Porque las expresiones «*id quod in se...*» e «*id quod in sua causa penes aliquem fuit*», «*actio coacta in se*» y «*actio coacta in sua causa*», «*ignorantia invincibilis in se*» e «*ignorantia invincibilis in sua causa*», así como las construcciones paralelas

⁴⁵ También en el lib. I, cap. I, de *De Officio Homini et Civis* se encuentran imprecisiones. En el § 21, se dice, sin restricciones: «*Ignorantia... circa leges... ab imputatione non liberat*». — «Una ignorancia referida a las leyes no libera de la imputación». Pero en el § 4 se dice: «*Nemo in foro humano argui possit violasse regulam, quam capere supra ipsius vires est*». — «Nadie puede ser culpado ante un tribunal humano de haber lesionado una regla cuya comprensión está por encima de sus fuerzas».

⁴⁶ Así, por ejemplo, Joh. Nic. HERTIUS (1652-1710), en sus *Annotata* a *De Jure Naturae et Gentium* de 1706 (p. 74, en b), se opone a la exculpación por *vis compulsiva*.

⁴⁷ Cfr. *supra* nota 3 y nota 4.

⁴⁸ Sobre el *coactum*, lib. I, cap. IV, § 10; sobre la *ignorantia*, lib. I, cap. III (cfr. también *De Officio Homini et Civis*, lib. I, cap. I, § 8).

«*actio libera in se*» y «*actio libera in sua causa*» a las que hoy se ha dado preferencia, devienen *equivocas* si las empleamos tanto para la imputación o exclusión de la imputación de primer nivel, como para la imputación o exclusión de la imputación de segundo nivel.

Para mostrar esto de la mano de una serie de ejemplos, empleando el vocabulario que hoy es corriente, diríamos: 1) Si A emplea violencia física contra B y B podría haberse opuesto con éxito, el suceso «forzado» mediante la violencia (por ejemplo, el golpe de la mano de B conducida por quien fuerza, A, contra la cara de la víctima C) debe imputársele ordinariamente a B —en el primer nivel de imputación— como una *actio libera in se*. 2) Si B no hubiera podido resistir con éxito la violencia física que se practicó sobre él, el suceso forzado sería para él una *actio non libera in se*. Desde luego, el suceso debería verse como una *actio libera in sua causa* e imputarse de forma extraordinaria a B —en el primer nivel— si B hubiera sido responsable de encontrarse forzado. 3) Suponiendo que A obliga a B, bajo amenaza de muerte, a darle a C una bofetada y la coacción proporciona una causa de exculpación para el hecho antijurídico, esto es, excluye la imputación ordinaria de segundo nivel, las lesiones cometidas por B frente a C son una *actio libera in se* en el primer nivel de imputación y, en cambio, una *actio non libera in se* en el segundo nivel de imputación. Pero si B mismo es responsable de la situación de estado de necesidad en la que se encuentra, la bofetada es en el primer nivel de imputación una *actio libera in se* y, por tanto, no es una *actio libera in sua causa*, mientras que en el segundo nivel de imputación debe verse como una *actio libera in sua causa*. Según esto, una *actio* puede ser al mismo tiempo una *actio libera in se* y una *actio non libera in se* y puede ser a la vez una *actio libera in sua causa* y no ser una *actio libera in sua causa*, lo cual no es una contradicción si se diferencia entre los dos niveles de imputación.

Naturalmente, el problema no solamente se plantea en las expresiones «*actio libera in se*» y «*actio libera in causa*», sino también exactamente igual cuando, en vez de emplear este vocabulario, se emplea el que el mismo PUFENDORF utilizó. Dando por supuesto que se reconocen como causas de exculpación los estados de necesidad coactivos, la falta de comprensión del injusto de un hecho o semejantes —tal como hace PUFENDORF en «*De Jure Naturae et Gentium*» y tal como lo hacemos nosotros hoy—, los conceptos de libertad (*actio libera*), poder (*id quod penes aliquem fuit*), acción forzada (*actio coacta*), inevitabilidad de la ignorancia (*ignorantia invincibilis*), devienen inconsistentes si no se diferencia entre los dos niveles de la imputación. Por ello, es muy problemático que, en su obra principal «*De Jure Naturae et Gen-*

tium», PUFENDORF asuma sin modificación alguna los principios desarrollados en los «*Elementa*» y es exactamente igual de problemático que nosotros hablemos hoy en día de *actio libera in causa* sin diferenciar entre los dos niveles de imputación. En el lenguaje jurídico actual, sin que seamos conscientes de ello, se emplea hoy igual que entonces la concepción desarrollada por PUFENDORF, sin que los problemas vinculados a ella hayan sido reconocidos y mucho menos solucionados en los últimos trescientos años. Lo cierto es que la diferenciación entre *imputatio facti* e *imputatio iuris* en la forma en que la desarrolló DARIÉS a mediados del siglo XVIII habría ofrecido medios y caminos para solucionar adecuadamente el problema. Pero la diferenciación de DARIÉS se olvidó y todavía hoy trabajamos sobre las carencias fruto de ese olvido.

VII. Sobre las condiciones de una imputación extraordinaria

Es presupuesto evidente de una imputación extraordinaria que el suceso o la inactividad en cuestión no puedan ser imputados ordinariamente, pues solamente cuando algo no está a mi alcance en el momento decisivo puede plantearse si yo soy quizá responsable de que ya no esté a mi alcance. Además, un suceso o una inactividad solamente pueden ser imputados extraordinariamente cuando yo soy responsable de mi actual falta de capacidad o de mi ignorancia. Como ya se puede deducir de los pasajes reproducidos más arriba (III), para caracterizar esta responsabilidad, PUFENDORF utiliza normalmente la expresión «*culpa*»; hay imputación extraordinaria cuando la persona a la que se le debe imputar, «*in culpa fuit*» de encontrarse en un estado en el que se excluye una imputación ordinaria. También los demás pasajes correspondientes, en los que PUFENDORF no emplea el término «*culpa*», se limitan a caracterizar tópicamente la responsabilidad por el estado en el que se excluye la imputación ordinaria.

En los «*Elementa*», PUFENDORF no aclara qué significa que alguien esté o no «*in culpa*». Él mismo se da cuenta de que esto es una deficiencia y, por ello, en «*De Jure Naturae et Gentium*» da referencias sobre lo que la expresión «*culpa*» significa en nuestro contexto. Por cierto, esas referencias apenas sirven, pues, en nuestro contexto, no hay que pensar —o, por lo menos, no en primer lugar— en los pasajes, relativamente extensos, en los que PUFENDORF contrapone la *culpa* y la *injuria* y, en relación con ello, hace referencia a las tesis de la doctrina penal de su tiempo sobre la *culpa* = imprudencia y sobre los diferentes gra-

dos de *culpa*⁴⁹. El concepto de *culpa* que PUFENDORF esboza en la imputación extraordinaria es totalmente distinto al concepto de *culpa* que pone en relación con el concepto de *injuria*. La alusión más importante que PUFENDORF hace al tema se ha reproducido aquí por completo; en ella, PUFENDORF vincula directamente la repetición de los pasajes de los «*Elementa*»⁵⁰ incorporados a «*De Jure Naturae et Gentium*» con el concepto de *coactum in se et in sua causa simul*⁵¹:

«*Dicimus, si in culpa non fuit, i.e. si aliquid praeter officii aut prudentiae leges non suscepit. Nam si quis munere sibi injuncto fungitur, vel alias jure suo utitur, nec temere aut inconsulto quid agit, ei si vel maxime vis ingruat, nihil poterit imputari.*» — «Decimos «*si in culpa non fuit*», es decir, si él no ha hecho nada que esté más allá de las fronteras que le delimitan las reglas de su profesión (oficio) y las reglas de prudencia [*Klugheit*]. Porque cuando alguien cumple una tarea que se le ha impuesto o hace uso de su derecho de otro modo, dado que no procede sin plan o insensatamente, no se le puede imputar que se vea expuesto a un uso de la violencia.»

Este pasaje debe ponerse en relación con la *observatio* IV del segundo libro de los «*Elementa*», donde se dice: «*Homini... curam sui agenda recta ratio dicitur, ut ne societas humana turbetur.*» — «La recta razón le dice al hombre que tiene que cuidar de sí mismo de tal modo que no turbe a la sociedad humana.» De esta «*lex fundamentalis*», PUFENDORF deduce que de toda persona se espera que omita todo lo que menoscaba el uso de la razón o que ocasiona daño o deterioro al cuerpo⁵²: «*Quilibet debet omittere ea, quae vel rationis usum debilitant, vel corpori noxam aut labem inferunt.*» Y esto incumbe a cada miembro de la sociedad no solamente por sí mismo sino por la sociedad, «*ut ne... societati oneri sint*» — «para no convertirse en una carga para la sociedad». En este pasaje, PUFENDORF hace mención de la incumbencia de no embriagarse, pero en el pasaje paralelo en «*De Jure Naturae et Gentium*»⁵³ dice de forma muy general: «*Quia absolute est interdictum, delicta admittere, ideo vitandae quoque sunt occasiones, quae probabiliter in delicta possunt pertrahere.*» — «Dado que está absolutamente prohibido cometer delitos, hay que evitar

⁴⁹ *De Jure Naturae et Gentium*, lib. I, cap. VII, § 16; *De Officio Hominis et Civis*, lib. I, cap. II, § 15.

⁵⁰ Véase *supra* III, texto correspondiente a la nota 13.

⁵¹ Lib. I, cap. IV, § 10, al final.

⁵² *Elementa*, lib. II, obs. IV, § 8.

⁵³ Lib. III, cap. VI, § 4. En realidad, en este pasaje se trata ante todo de un *ebrius* pero la incumbencia [*Obliegenheit*] está formulada de un modo general.

todas las ocasiones que, contempladas *ex ante*, podrían conducir a un delito.»

Si esta regla se aplica a las situaciones de fuerza, entonces le atañe a cada uno una incumbencia de no ponerse en una situación en la que haya que ser «instrumento» en la comisión de hechos antijurídicos; si infringe esta incumbencia, entonces el hecho antijurídico acaecido bajo fuerza no se le imputará de forma ordinaria pero sí de forma extraordinaria. Ciertamente, según el pasaje citado arriba⁵⁴, esta incumbencia no nos atañe sin excepción. A quien se ocupa de sus tareas de manera adecuada o hace uso de un derecho de manera adecuada⁵⁵, no le incumbe evitar el peligro de entrar en una situación de fuerza. La incumbencia de evitar situaciones de fuerza es, por tanto, limitada, pues, de lo contrario, si la evitación de situaciones de fuerza tuviera preferencia absoluta, nuestro espacio de acción sería demasiado limitado.

Desde luego, PUFENDORF hace en conjunto solamente un bosquejo; en su obra no se encuentra una teoría elaborada sobre las condiciones de la imputación extraordinaria. Sin embargo, no cabe duda de que ya puede sacarse fruto de los breves comentarios de PUFENDORF. Para ello, debe elaborarse un sistema consistente que abarque todos los casos correspondientes en ambos niveles de imputación. En ningún caso se logra algo con la mera casuística y la propuesta de soluciones para el caso [*Fall-Lösungen*] condicionadas emocionalmente⁵⁶.

VIII. Resultados y tareas pendientes

Como se ha dicho, PUFENDORF fue plenamente consciente de la importancia de su distinción entre *id quod in se...* e *id quod in sua causa penes aliquem fuit*. El primer axioma de la *Jurisprudentia Universalis* no solamente se encuentra en el destacado pasaje que está inmediatamente al principio del libro segundo de los «*Elementa*» y se repite en las obras posteriores; también los pasajes reproducidos arriba (III) y, en todo caso, reiterados por PUFENDORF en «*De Jure Naturae et Gentium*», en los que el autor diferencia entre *ignorantia invincibilis in se* e *ignorantia invincibilis in sua causa* y entre el *coactum in se* y el *coactum in sua causa*, se encuentran en un lugar destacado, en la primera

⁵⁴ Véase *supra* el texto correspondiente a la nota 51.

⁵⁵ PUFENDORF utiliza aquí el tenor clásico de *Digesto* 50.17.55 y 50.17.155.1.

⁵⁶ Una visión general del sistema de casos de imputación extraordinaria y los principios de la solución para el caso en HRUSCHKA (nota 5), *Strafrecht*, p. 269-341.

y segunda *observatio* del segundo libro de los «*Elementa*», las cuales tienen que ver directamente con el segundo axioma. Además, los pasajes que arriba se han destacado, fueron resaltados en el original.

Efectivamente, en la formulación del primer axioma hay una importante aportación intelectual. En realidad, PUFENDORF tuvo predecesores en la diferenciación entre el *liberum* y el *liberum in sua causa*⁵⁷, pero, según alcanzo, no hay ninguna obra anterior a PUFENDORF que formule la distinción de manera general, la aplique consecuentemente a los casos correspondientes y la mantenga libre de contradicciones. PUFENDORF lo hizo en la medida en que le fue posible —teniendo en cuenta que carecía de la distinción entre los dos niveles de imputación—. Afirmar esto no supone infravalorarlo. «The rarest of all human qualities is consistency», afirma Jeremy BENTHAM⁵⁸.

A la vista de esto, la primera tarea que todavía hoy se plantea al Derecho penal —más de 300 años después de la aparición de los «*Elementa*»— es la de llevar acabo plenamente la diferenciación entre ambas formas de imputación en Derecho penal, esto es, la diferenciación entre el *id quod in se...* y el *id quod in sua causa penes aliquem fuit* o, si se quiere, la distinción entre la *actio libera in se* y la *actio libera in sua causa* —junto a la de todos modos evidentemente necesaria evitación de confusiones conceptuales, como por ejemplo la confusión o mezcla de *actio praecedens* y *actio libera in sua causa*, que frustraría absolutamente todo tratamiento racional de los problemas correspondientes—. Con la diferenciación de las dos formas de imputación se abordan elementos estructurales de los que debe ser consciente todo aquél para quien en Derecho penal se trata de evitar las contradicciones —y, con ello, de alcanzar la racionalidad—. Es de utilidad conocer dónde y cómo son eficaces estos elementos estructurales. Para escoger dos ejemplos del segundo nivel de imputación: es útil saber que en el § 35 párrafo 1 frase 2 StGB, en la medida en que se trate de «causación» de un peligro de estado de necesidad por el mismo autor, nos encontramos ante un caso de una *actio libera in sua causa* legalmente regulada⁵⁹, mientras que en caso paralelo de una posible *actio libera in sua causa* en la que el autor, por acción u omi-

⁵⁷ Referencias en HRUSCHKA (nota 5), *Strafrecht*, p. 339.

⁵⁸ *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1789, capítulo I (N. 12).

⁵⁹ La palabra «*liber*» se refiere a la «*libertad de situaciones de necesidad*». El autor del § 35 párrafo 1 frase 1 StGB comete por tanto una *actio non libera in se*. La determinación excepcional de la frase 2 significa que la *actio libera in sua causa* es punible.

sión precedentes, es responsable de la «incapacidad» debida a una enfermedad «de comprender el injusto del hecho o de comportarse según esa comprensión», no está regulado legalmente ni en el § 20 StGB ni en otro lugar⁶⁰. A diferencia de lo que, por ejemplo, ocurre en el art. 12 del StGB de Suiza de 1937, en el § 20 StGB alemán actual no se reconoce legalmente una *actio libera in sua causa* para la exclusión de la culpabilidad — y este hecho y el problema que va unido a él se debe plantearse antes de intentar dar una solución al último, sea cual sea ésta⁶¹.

Si la primera tarea de la doctrina penal sería incorporar la excelente aportación de PUFENDORF y sacarle partido —en ambos niveles de imputación y para todos los casos correspondientes—, las demás tareas irían más allá de PUFENDORF. La segunda tarea consistiría en elaborar completamente el paralelismo —que, con la ampliación del concepto de *actio coacta*, PUFENDORF solamente deja esbozado— de la problemática de la imputación extraordinaria en los dos niveles de imputación, esto es, por ejemplo, desarrollar las analogías que existen entre la exclusión de la *imputatio facti* en caso de *vis absoluta* y la exclusión de la *imputatio iuris* en caso de *vis compulsiva*. En tercer lugar, se trataría de poner en relación los grupos de casos en los que se excluye la imputación ordinaria, no por una *actio* (u *omissio*) *praeecedens* sino por una *actio* (u *omissio*) *concomitans* del autor, con los grupos de casos en los que parece que PUFENDORF solamente pensó. ¿En qué relación se encuentran los llamados casos de imprudencia, en el sentido estricto de imprudencia, y la mayoría de casos del § 17 StGB en los que al autor, por descuido simultáneo evitable, le falta el conocimiento de los hechos relevantes o la comprensión actual del injusto respecto a los demás casos de imputación extraordinaria? Finalmente, deberán elaborarse sistemáticamente las condiciones de una imputación extraordinaria⁶². PUFENDORF nos ha dejado una retahíla de tareas a la que la doctrina penal actual debería poder hacer

⁶⁰ ¡El § 323a StGB determina la punibilidad de una *actio praeecedens*!

⁶¹ En la medida en que se trate del § 20 StGB, la palabra «*liber*» se refiere a la «libertad de incapacidades debidas a una enfermedad, de comprender el injusto del hecho o de actuar conforme a tal comprensión». La palabra «*liber*» puede referirse aquí también a la falta de un *conocimiento* [*Erkenntnis*], pero ello no juega ningún papel efectivo y tampoco lo habría jugado en PUFENDORF; sin embargo, según PUFENDORF (*De Jure Naturae et Gentium*, lib. I, cap. IV, § 10), una *actio* es también una *actio invita*, una acción «no voluntaria» [*unfreiwillige Handlung*], cuando quien actúa desconoce las circunstancias objetivas de su acción (*cfr.*, también, *De Officio Hominis et Civis*, lib. I, cap. I, § 16).

⁶² Sobre las peculiaridades de este catálogo de tareas, *cfr.* HRUSCHKA (nota 5), *Strafrecht*, p. 269 ss.

frente —y no por último, también gracias a las contribuciones de quienes en el siglo XVIII descubrieron⁶³, con la diferenciación de los dos niveles de imputación, un elemento estructural adicional importante, descubrimiento sin el cual las tareas hoy pendientes apenas podrían formularse y, menos aún, solucionarse—.

ANEXO I

Sobre la diferencia entre los conceptos de *actio libera* y *actio ad libertatem relata*

Que la terminología empleada por PUFENDORF y otros no tiene el monopolio para expresar el contenido que se significa con la misma, a saber, la diferencia entre imputación ordinaria y extraordinaria, se muestra también en que a esta terminología, desde que DARIÉS diferenció entre *actio libera* y *actio ad libertatem relata*, se presenta un competidor de gran éxito, pues con la contraposición de *actio libera* y *actio ad libertatem relata* se puede obtener el mismo rendimiento que con la de *actio libera in se* y *actio libera in sua causa*. Para seguir con un ejemplo que también utiliza DARIÉS⁶⁴: «*Quicquid coactione physica agimus, id nec sponte nec libere agimus; licet fieri possit, ut ad libertatem atque spontaneitatem referatur.*» «Lo que hacemos bajo los efectos de violencia física no lo «hacemos» ni espontánea ni libremente; aun cuando puede ocurrir que muchas veces nuestros movimientos estén referidos a la libertad y a la espontaneidad». Junto a ello, respecto a la *actio ad libertatem relata*, dice: «*Quum fieri possit, ut status ille, quo positio contrarium eius, quod per coactionem physicam facimus, nobis simpliciter impossibile est, a determinata quadam spontaneitatis nostrae adcommoatione, et a spontanea consultationis omissione dependeat; manifestum est, fieri posse, ut id, quod coactione quadam physica agimus, ad spontaneitatem et libertatem nostram sit referendum.*» — «Puede ocurrir que todo estado por el cual, una vez existe, se nos hace simplemente imposible hacer lo contrario de lo que «hacemos» a causa de la violencia física, depende de una determinada operación de nuestra espontaneidad o de una omisión espontánea de las reflexiones que serían pertinentes. Entonces existe evidentemente la posibilidad de referir lo que «hacemos» a causa de la violencia física a nuestra espontaneidad y libertad.» En otro lugar, DARIÉS escribe sobre la contrapo-

⁶³ Cfr., sobre ello, el anexo II.

⁶⁴ *Observationes Iuris Naturalis*, vol. I, 1751, obs. XII, § XI. El título de la obs. reza: *De Coactione et Actionibus ad Libertatem Relatis*.

sición de *actio libera* y *actio ad libertatem relata*⁶⁵: «En ambos casos, nuestras acciones son *acciones morales* [*sittliche Handlungen*]⁶⁶, las cuales son, en el primer caso, acciones realmente libres y, en el otro caso, aunque no son acciones en verdad libres, hacen referencia a la libertad, lo que yo he expresado de este modo: *ad libertatem referuntur*.... se refieren a la libertad.»

La distinción de DARIÉS encontró rápidamente entrada en el Derecho penal. Johann Christoph KOCH (1732-1808), quien precisamente durante el tiempo en que DARIÉS enseñó en Jena, fue estudiante y, más tarde, docente y, por ello, estaba familiarizado con la obra de DARIÉS, construye sobre la diferencia entre *actio libera* y *actio ad libertatem relata* cuando escribe⁶⁷: «*Saepissime... in eiusmodi statu sumus, in quo nec usu voluntatis gaudemus, nec rationis, in quem tamen nos culpa nostra aut dolo coniecimus. Quo in casu omnino delinquere dicimur ob eam rationem, quia haec actio nititur in tali, quam libere inmediate agendo suscepimus, ideoque ad libertatem refertur.*» — «Muy frecuentemente, nos encontramos en un estado en el que no gozamos ni del uso de nuestra voluntad ni del uso de nuestra razón, en el que, sin embargo, nos hemos puesto a nosotros mismos por nuestra propia culpa o incluso intencionadamente. Precisamente por esta razón, se dirá de nosotros que, en ese caso, hemos cometido un delito. Porque la acción cometida en este estado se basa en una acción que hemos realizado de modo directo libremente y, por ello, *se refiere a la libertad.*»

Johann Ludwig ECKARDT (1732-1800), coetáneo de KOCH, más tarde catedrático en Jena, trabajó, desde luego, con la contraposición de los conceptos de *actio libera* y *actio ad libertatem relata*⁶⁸. También él incorpora la diferenciación de DARIÉS. La terminología se había convertido claramente en una tradición de Jena. En todo caso, FEUERBACH, en la «*Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs*» de 1804 habla solamente de las «acciones referidas a la libertad», sin emplear la expresión «*actio libera in causa*»⁶⁹. Por lo demás, los penalistas de finales del siglo XVIII y principios del XIX emplean con la misma frecuencia —y a menu-

⁶⁵ *Philosophische Nebenstunden*, Erste Sammlung, 1749, estudio cuarto, addenda, p. 199 ss., p. 206.

⁶⁶ Éstas son las *acciones morales* de PUFENDORF, *cfr.* nota 5.

⁶⁷ *Institutiones Iuris Criminalis*, 1.^a ed., 1758, lib. I, § 36 escolio (resaltado en el original; error de impresión corregido según la 8.^a ed. de 1788).

⁶⁸ *Principia Iuris Naturalis de Actionum Moralitate ad Ius Criminale Applicata*, 1788, § 5, p. 7. *Cfr.*, también, Johann Bernhard MÜLLER, *Abhandlung über den Maassstab der Verbrechen und Strafen*, 1789, p. 8 ss.

⁶⁹ Primera parte, p. 80, también bajo la mención de la expresión latina «*actio ad libertatem relata*».

do con preferencia— la contraposición de los conceptos *actio libera in se* y *actio ad libertatem relata* que la contraposición de los conceptos *actio libera in se* y *actio libera in (sua) causa*; así, por ejemplo, KLEINSCHROD, GROLMAN y TITTMANN⁷⁰. También en la primera mitad de nuestro siglo, se encuentra con no poca frecuencia la expresión «*actio ad libertatem relata*». FRANK y RITTLER⁷¹ todavía la emplean. A partir de entonces, desaparece de la literatura penal y es desplazada por la expresión «*actio libera in causa*».

ANEXO II

Sobre la historia del descubrimiento y recepción de la diferenciación entre *imputatio facti* e *imputatio iuris*

En los años treinta del siglo XVIII, autores de relieve equiparan la *imputatio* de PUFENDORF con la *applicatio legis ad factum*; así, por ejemplo, Heinrich KÖHLER⁷² (1685-1737) y Johann Gottlieb HEINECCIUS⁷³ (1681-1741). No es que el pensamiento de la equiparación carezca de todo fundamento, pues es cierto que la aplicación de una ley (práctica) a un suceso presupone el carácter de acción de ese suceso y, con ello, implica la imputación del suceso como acción. Pero es incorrecto identificar simplemente la aplicación de la ley al hecho con la imputación. Por ello, Christian WOLFF (1679-1754) se opone en 1738 expresamente a cualquier identificación de esa clase, aunque (o mejor, porque) percibe con exactitud el vínculo de implicación que se da⁷⁴.

⁷⁰ Referencias a KLEINSCHROD, GROLMAN y TITTMANN, véase *supra*, nota 10.

⁷¹ FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18.^a ed., 1931, V al § 51; RITTLER, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, Allg. Teil*, 2.^a ed., 1954, p. 170.

⁷² *Juris Naturalis Exercitationes VII*, 1732; en la segunda edición de 1735, que es la que yo utilizo, véase § 381 y § 414.

⁷³ *Elementa Iuris Naturae et Gentium*, 1737; en la segunda edición —que es la que yo utilizo— de 1742, lib. I, § 95: «*Adplicatio legis ad factum dicitur imputatio*». Si lo veo correctamente, fue primero Christian THOMASIIUS (1655-1728) quien hizo del concepto de *applicatio legis* objeto expreso de consideraciones jurídico-universales; *cfr. sus Institutiones Jurisprudentiae Divinae*, 1.^a ed., 1688, lib. III, cap. XI. En sus *Fundamenta Juris Naturae et Gentium*, 1.^a ed., 1705, 4.^a ed., 1718, lib. I, cap. VII, THOMASIIUS trata, por otra parte, la imputación bajo el título «*De Normae Applicatione*», lo que debió haber favorecido el malentendido de que hay que equiparar *imputatio* y *applicatio legis ad factum*.

⁷⁴ *Philosophia Practica Universalis, Pars Prior*, 1738 (reimpresión de 1971), § 598: «*Ex applicatione legis ad factum intelligitur, actionem esse talem, quae imputari possit... Apparet itaque actum imputationis definiri minime posse per applicationem legis ad facta*». — «De la aplicación de la ley al hecho resulta que el suceso (*actio*) se ha producido de tal modo que puede ser imputado... Evidentemente, a partir de ahí no

Su definición de la *imputatio* ofrece —si se ve a la luz de la posterior diferenciación— una definición de *imputatio facti*⁷⁵: «*Imputatio actionis, sive positivae, sive privativae, dicitur iudicium, quo agens declaratur causa libera ejus, quod ex actione ipsius consequitur, boni malique vel sibi, vel aliis.*» — «Imputación, sea de un suceso, sea de la omisión de una acción, se llama al juicio a través del cual quien actúa es declarado *Urheber* de aquello que se realiza a través de la acción, sea esto algo bueno, sea algo malo, sea para él o sea para otros.»

Ya antes de WOLFF, Nicolaus Hieronymus GUNDLING (1671-1729) sostiene una opinión semejante, aunque desde luego no argumenta con la misma perspicacia. En efecto, en el «*Jus Naturae ac Gentium*» de GUNDLING de 1728, hay un capítulo con el título «*De Applicatione Juris ad Factum seu Imputatione*»⁷⁶, lo cual recuerda aún con más fuerza la equiparación realizada por KÖHLER y HEINECCIUS. Sin embargo, después dice expresamente⁷⁷: «*Imputare dicitur aliquem pro auctore Facti habere et declarare.*» — «Imputar significa declarar a alguien *Urheber* de un hecho». Con ello, GUNDLING diferencia entre aplicación de la ley al hecho e imputación del hecho. En los «*Gundlingiana*» de 1726⁷⁸ se dice también: «Pero si el hecho ha de distinguirse con claridad, a los ojos de quienes lo juzgan, hay que presentarlo con todas o las principales circunstancias. Por eso, frecuentemente la *quaestio facti* debe plantearse antes que la *quaestio iuris*. Porque la decisión o el juicio desde el Derecho tiene lugar después del hecho».

Esta es, al menos en una primera exposición, la situación que encuentra la generación de estudiantes avanzados de los años treinta; la diferenciación conceptual de aplicación de la ley y de imputación se había completado y la futura terminología había quedado dibujada con la alusión de GUNDLING a la distinción entre *quaestio facti* y *quaestio*

es posible definir el acto de imputación como aplicación de la ley al acto». Sobre ello se tratará con detalle.

⁷⁵ Nota 74, § 527. En cambio, la definición de imputación que da WOLFF en el § 3 de las *Institutiones Juris Naturae et Gentium* de 1750 (reedición de 1969) no ha de verse como una definición sólo y precisamente de *imputatio facti*.

⁷⁶ Cap. IV, en la p. 48 ss. de la 2.ª edición (ampliada) de 1728. En la 1.ª edición de 1715, el cap. IV, p. 38 ss., tiene todavía el mero título «*De Applicatione Juris ad Factum*». La modificación indica que GUNDLING, durante la elaboración de la segunda edición de su libro, estuvo bajo la presión de la doctrina dominante, a la que, por una parte, no pudo resistir aunque, por otra parte, solamente la aceptó en una especie de confesión formal. Desde luego, GUNDLING no vió todavía claramente la problemática de la relación entre *applicatio legis ad factum e imputatio (facti)*.

⁷⁷ Nota 76, cap. IV, § VI.

⁷⁸ Fragmento 36, p. 56 ss.: *Von der Imputation und Zurechnung*; la cita es de la p. 57 s. Los *Gundlingiana* eran muy conocidos y citados con frecuencia.

iuris proveniente del Digesto⁷⁹ y conocida por todo jurista⁸⁰. Según entiendo, DARIÉS (1714-1791) es el primero que, con este trasfondo, en 1740 diferencia terminológicamente entre la *imputatio facti* y la *imputatio iuris* y sitúa la *applicatio legis ad factum* entre las dos⁸¹. Además, DARIÉS define la *imputatio facti* —plenamente en el sentido de la definición de *imputatio* de GUNDLING y de WOLFF— como «*declaratio, quod aliquis sit auctor facti*»⁸², mientras que, en cambio, la *imputatio iuris* es el «*iudicium de merito facti*», el «juicio sobre el mérito del hecho»⁸³ y critica, al igual que WOLFF, la mezcla de *imputatio* y *applicatio legis ad factum* en la literatura coetánea.

Sin embargo, el mérito de haber reconocido la diferencia entre *imputatio facti*, *applicatio legis ad factum* e *imputatio iuris* no puede atribuírsele solamente a DARIÉS. Ya antes que él, Johann Jacob LEHMANN⁸⁴ (1683-1740) diferenció en su comentario⁸⁵, publicado en 1721,

⁷⁹ Digesto 39.5.2.7. — Digesto 48.5.1.12.

⁸⁰ Que tal vínculo era evidente para los autores de mediados del siglo XVIII lo ponen de relieve, entre otros, las referencias que BAUMGARTEN hace en los §§ 128, 171 de sus *Initia* (cfr. sobre ello el texto correspondiente a las notas 98 y 99). BAUMGARTEN trata las *quaestiones facti* expresamente en el contexto de la *imputatio facti* y las *quaestiones iuris* en el contexto de lo que él llama *imputatio legis*.

⁸¹ Según entiendo, antes del año 1740 no hay ningún texto que diferencie, empleando precisamente este vocabulario, entre *imputatio facti* e *imputatio iuris*. — El pasaje correspondiente en la primera edición de las *Institutiones Iurisprudentia Universalis* de 1740 (*Pars Generalis*, § 225 escolio) dice: «*Hac ex ratione nonnulli, quos pia mente veneror, imputationem per adplicationem legis ad factum definiverunt. Sed ex rationibus in superioribus adductis, quod hic actus imputationi iuris antecedit, et imputationi facti sequatur, mihi videtur*». — «Por este motivo, muchos autores a los que tengo especial admiración» (entiendo que se refiere a KÖHLER, quien hasta su muerte en el año 1737, fue un maestro muy apreciado y a quien debió de haber conocido DARIÉS, quien en 1735 se doctoró en Jena como Magister y también enseñó allí desde 1736) «definen imputación como aplicación de la ley al hecho. Sin embargo, por los puntos de vista a los que arriba se ha hecho alusión, me parece que este acto de aplicación de la ley es precedente a la *imputatio iuris* y sigue a la *imputatio facti*». Si entiendo correctamente al autor, DARIÉS, catorce años después de la aparición de las *Institutiones* reclama para sí en las *Observationes Iuris Naturalis*, vol. II, 1754, obs. XLII § XXI, el haber sido el primero en emplear la expresión «*imputatio iuris*»: «*Illum (actum) cum doctoribus vocavi imputationem facti, et hunc (actum) imputationem iuris*». — «Aquel acto lo he llamado, de acuerdo con la terminología dominante, *imputatio facti*; a éste, en cambio, *imputatio iuris*». La expresión «*imputatio facti*» ya llevaba mucho tiempo en uso, por lo menos en construcciones como la de Samuel STRYKS, *Disputatio de imputatione facti alieni* (1688).

⁸² Nota 81, *Institutiones*, § 213.

⁸³ Nota 81, *Institutiones*, § 218.

⁸⁴ Desde 1717 *Professor Moralium* en Jena; sobre LEHMANN, cfr. JÖCHER, *Allgemeines Gelehrten-Lexicon*, segunda parte, 1750, columna 2344. LEHMANN no fue en su tiempo en absoluto desconocido, aunque esto sea lo que se deduce de GLAFEY, *Vollständige Geschichte des Rechts der Vernunft*, 1739 (reedición, 1965), p. 276 s.

⁸⁵ *Adnotationes*.

sobre el «*De Officio Hominis et Civis*»⁸⁶ de PUFENDORF, los tres pasos de la imputación, que enumera de modo muy sobrio y ordena en una sucesión fija⁸⁷: «*Imputatio prima praecedat secundam, et haec tertiam.*» — «La primera imputación precede a la segunda y ésta a la tercera». LEHMANN aporta diferentes definiciones más o menos detalladas. De modo muy conciso, dice en un pasaje⁸⁸: «*Imputatio varia deprehenditur; vel enim auctori adscribitur illius actio humana; vel ei ut bona, mala aut indifferens tribuitur, vel consequentia actionis huius ipsi decernuntur.*» — «La imputación se concibe como múltiple; así, a veces se adscribirá al *Urheber* la acción humana que le pertenece a él; a veces se le asigna la acción como buena, mala o indiferente y a veces se le atribuyen las consecuencias de esta acción.» Además, LEHMANN equipara la *imputatio prima* con la *imputatio possibilis* y la *imputatio tertia* con la *imputatio actualis* de los autores antiguos⁸⁹. Desde luego, se trata de un malentendido, aunque fructífero⁹⁰. En todo caso, LEHMANN hace constar que todavía nadie ha mencionado la *imputatio secunda*⁹¹: «*Mediae nullam faciunt mentionem.*»

⁸⁶ Nota al lib. I, cap. I, § 17, p. 58-60.

⁸⁷ Nota 86, p. 59. Si esta frase se compara con la segunda frase del escolio al § 225 de DARIES (reproducido arriba en la nota 81), se puede constatar sin dificultades una dependencia del más joven respecto al mayor —dejando de lado el importante hecho de que DARIES y LEHMANN enseñaron en Jena simultáneamente unos cuatro años—. Por ello, no puede ponerse en duda con sentido, que DARIES conoció y trabajó las *adnotationes* de LEHMANN a PUFENDORF.

⁸⁸ Nota 86, p. 58 s.

⁸⁹ Nota 86, p. 59.

⁹⁰ Ya PUFENDORF hace la distinción entre *imputatio possibilis* e *imputatio actualis* y, por cierto, ya en los *Elementa*. En el lib. II, axiom I, § 4, afirma en efecto: «*Longe autem diversa sunt, actualis imputatio et imputabilitas, ut ita dicam, seu actu imputari, et recte posse imputari. Non enim omnes actiones, quae imputari possunt, etiam semper actu agentis imputantur, aut necessarico imputandae sunt.*» — «Además, la *imputatio actualis* y la *imputabilitas* (imputabilidad [*Zurechenbarkeit*]), si es que lo puedo decir así, son distintas, o bien son distintos el hecho de que algo se imputa sólo actualmente y la posibilidad de que algo pueda ser imputado sólo de modo correcto. Porque no todas las acciones que pueden ser imputadas se le imputarán siempre actualmente a quien actúa, ni deben serle imputadas necesariamente». Pero esta distinción de PUFENDORF, comprendida por muchos de sus comentaristas y seguidores, significa y afecta a algo muy distinto a lo que tenía presente LEHMANN. Porque en LEHMANN se trata en cada uno de los tres niveles de imputación de un acto de imputación absolutamente *actual*, no a una imputación meramente *posible* y, por eso, la caracterización de la *imputatio prima* como una «*imputatio*» *possibilis* es absolutamente inadecuada. Tampoco es casualidad que todavía nadie haya mencionado la *imputatio secunda* de LEHMANN, porque la *imputatio secunda* puede entrar en juego si ya se ha concebido el primer nivel de imputación como suceso de imputación actual (y no meramente posible).

⁹¹ Nota 86, p. 59. — LEHMANN mismo pudo haber sido influido por THOMASIVS, *Fundamenta* (nota 73), lib. I, cap. I, § 70 y lib. I, cap. VII, § 21 ss., en donde se menciona una diferencia entre las que DARIES más tarde llamaría *imputatio facti* e *impu-*

Con esta tripartición, LEHMANN encauzó el tema. La situación que DARIÉS encontró estaba marcada esencialmente por la contribución de las investigaciones de LEHMANN. El paso con el que DARIÉS supera a LEHMANN consiste en que aquél considera la *imputatio legis ad factum*, que se corresponde con la *imputatio secunda* de LEHMANN («*Secunda es, quando actio... ut bona, mala aut indifferens declaratur*») como un juicio autónomo de la imputación, de carácter muy distinto y que no puede ser clasificado como un nivel más de imputación entre los otros. Porque imputación significa que la mirada del juzgador se dirige al *sujeto* del hecho. Un acontecer se le imputará al sujeto como hecho (imputación de primer nivel; *imputatio facti*), bien el buen hecho a título de mérito [*zum Verdienst*], bien el hecho antijurídico a título de culpa [*zur Schuld*] (imputación de segundo nivel; *imputatio iuris*). En cambio, en el acto de aplicación de la ley (*applicatio legis ad factum*) no ocurre nada semejante, pues la cuestión no es *el sujeto* del hecho sino, por el contrario, *el hecho* del sujeto y su conformidad o no conformidad con las exigencias de la ley; la perspectiva del juzgador es muy distinta a la de la imputación.

No debe confundirse la distinción de DARIÉS entre *imputatio facti* e *imputatio iuris* con la distinción de WOLFF entre *imputatio physica* e *imputatio moralis*⁹². La *imputatio physica* de WOLFF es la mera constatación de un vínculo causal entre un suceso en el que un sujeto está implicado y un efecto de este suceso «*seposita omni moralitate actionis*» — «si se deja de lado toda moralidad del suceso.» En cambio, con la *imputatio moralis* se imputan sucesos (*acciones*) a un sujeto (*agens*). Por tanto, *imputatio facti* e *imputatio iuris* deben entenderse de igual forma como *imputationes morales*. También DARIÉS, que comprende la diferenciación de WOLFF (1754)⁹³, parte de este punto y escribe expresamente que, en la *disciplina moralis*, la ciencia moral, a la que también pertenece la jurisprudencia, la expresión (*terminus*) «*imputatio*» se utiliza «*non physice sed moraliter*»⁹⁴.

tatio iuris, esto es, una mención de la diferencia de LEHMANN entre el primer y segundo paso de la imputación, aunque, desde luego, solamente una mención.

⁹² *Philosophia Practica Universalis*, Pars Prior, 1738, § 642.

⁹³ *Observationes Iuris Naturalis*, vol. II, 1754, obs. XLII, § XVII.

⁹⁴ Nota 93, obs. XLII, § XVIII. SCHIERSCHMID (sobre éste, nota 97) vió esto mismo y, por ello, en 1742, en vez de hablar simplemente de «*imputatio facti*» e «*imputatio iuris*», habla de «*imputatio facti moralis*» e «*imputatio iuris moralis*». — Sin embargo, la terminología es todo menos unitaria. Por ejemplo, BAUMGARTEN (notas 98 y 99), en § 125 y con frecuencia en otros lugares, ¡se refiere a «*imputatio facti (physica)*» e «*imputatio legis (moralis)*»! Véase también la nota 115.

Desafortunadamente —es decir, desafortunadamente visto desde el punto de vista del desarrollo posterior— según se desprende, DARIES no explicitó más en ningún lugar la diferencia entre la perspectiva en la imputación de primer y segundo nivel por una parte y la aplicación de la ley al hecho, por otra. A DARIES, como era lógico⁹⁵, le debió parecer suficiente haber puesto de relieve lo evidente. Sin embargo, esta omisión tuvo consecuencias de no poca importancia. Ciertamente, la diferencia entre *imputatio facti* e *imputatio iuris* se implanta rápidamente⁹⁶; empieza una historia larga y compleja cuya explicación posterior aún no se ha llevado a cabo. Además, bajo la influencia que WOLFF tuvo a mediados del siglo XVIII, apenas existía el peligro de una nueva confusión entre *imputatio facti* y *applicatio legis ad factum*. En cambio, surgió un nuevo peligro, a saber, la confusión y mezcla de *imputatio iuris* y *applicatio legis ad factum*. Este peligro tenía que proceder sobre todo de los partidarios de aquellos autores que en los años treinta habían identificado *imputatio* y *applicatio legis ad factum*. No es casualidad que Johann Justin SCHIERSCHMID (1707-1778), discípulo de KÖHLER, adopte la nueva terminología pero, en seguida —ya en el año 1742⁹⁷—, equipare la *imputatio iuris (moralis)* y la *applicatio legis ad factum*.

Es sobre todo Alexander Gottlieb BAUMGARTEN⁹⁸ (1714-1762), discípulo de WOLFF, quien sucumbe al peligro. BAUMGARTEN, en el § 125 de sus «*Initia Philosophiae Practicae*» de 1760, define la *imputatio facti*

⁹⁵ DARIES, cuyos intereses superan ampliamente lo meramente jurídico, escribió, entre otras cosas, una lógica que fue muy considerada: *Via ad veritatem*, 1755.

⁹⁶ Sobre SCHIERSCHMID, quien en 1742 adopta la diferenciación, *cfr.* nota 97. Daniel NETTELBLADT (1719-1791), discípulo de WOLFF, define la *imputatio facti* como el juicio «*quo quis causa libera declarat actionis ipsius in se consideratae*» — «a través del cual alguien es declarado *Urheber* de su acción, en la medida en que ésta sea considerada en sí misma»; en cambio, define la *imputatio iuris* como el juicio a través del cual alguien es declarado *causa libera* «*boni malive quod ex ea sequitur*» — «de lo bueno o de lo malo que se sigue de la acción»; se trata de definiciones que, tras las de DARIES, deben considerarse imprecisas y que reflejan en su formulación una excesiva dependencia respecto a WOLFF. La cita proviene de NETTELBLADT, *Systema Elementare Universae Iurisprudentiae Naturalis*, 3.ª ed., 1767, § 89 (1.ª ed., 1749).

⁹⁷ *Elementa Iuris Naturalis*, 1742. SCHIERSCHMID continuó las lecciones de KÖHLER en Jena tras la muerte de este último y permaneció allí hasta 1743. Vivió en Jena la aparición de las *Institutiones* de DARIES. Por ello, en el § 68, define la *imputatio facti (moralis)* y la *imputatio iuris (moralis)* de un modo que se corresponde con las definiciones de DARIES. Pero después, en el § 73 y en los §§ 133 ss., SCHIERSCHMID, bajo alusión directa a KÖHLER, equipara la *imputatio iuris* y la *applicatio legis ad factum*.

⁹⁸ Sobre BAUMGARTEN, *cfr.*, por ejemplo, SCHISCHKOFF, *Philosophisches Wörterbuch*, 21.ª ed., 1982, p. 58, voz «Baumgarten» y KRUG (nota 29), vol. 1, 1832, p. 293, voz «Baumgarten».

correctamente como «*iudicium, quo quis certi facti auctor iudicatur esse*», esto es como «juicio a través del cual alguien es visto como *Urheber* de un hecho concreto». En cambio, equipara la *imputatio iuris* con la *applicatio legis ad factum, sive facti sub lege subsumptio*. Esto es significativo porque KANT (1724-1804) tomó los «*Initia Philosophiae Practicae*» de BAUMGARTEN como base de sus lecciones de Filosofía Práctica⁹⁹. En una conferencia oral, KANT definió tanto la *imputatio legis* como la *applicatio legis ad factum*, como subsunción de una acción en las leyes morales¹⁰⁰. Ciertamente, a KANT no le podía quedar oculto el desatino de esta equiparación. En su obra escrita («*Metaphysik der Sitten — Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*», de 1797) define la «imputación (*imputatio*) en sentido moral» como «el juicio a través del cual alguien es visto como *Urheber (causa libera)* de una acción, que entonces se llama hecho (*factum*) y se somete a las leyes»¹⁰¹. Dado que con ello la imputación se reduce de nuevo a la *imputatio facti*, se pierde para el desarrollo posterior de la filosofía práctica la *imputatio iuris* como clase de imputación especial y diferente de la *applicatio legis ad factum*. Una pérdida que no se puede valorar suficientemente porque, con posterioridad a la «*Metaphysik der Sitten*» de KANT, solamente la doctrina penal tuvo en cuenta la diferenciación de DARIES.

La recepción de nuevos conocimientos por la doctrina penal tiene lugar, desde luego, muy despacio. Esto no es en absoluto una evidencia. Por el contrario, la demora presentó rasgos absolutamente llamativos porque el desarrollo que se ha dibujado tuvo lugar en una parte esencial en la Universidad de Jena y allí, de nuevo de forma especial, en la Facultad de Derecho. LEHMANN estuvo desde 1709 hasta su muerte (1740) en Jena; KÖHLER, de 1720 hasta su muerte (1737); SCHIERSCHMID, como estudiante y, después de 1737, hasta 1743; DARIES en todo caso como estudiante y, después, desde 1736 hasta 1763. Nada podría haber sido más natural que los representantes del Derecho penal en Jena participaran en la discusión. Sin embargo, Johann Rudolph ENGAU (1708-1755)¹⁰², autor de los «*Elementa Iuris Criminalis*», obra aparecida por primera vez en 1738 y después, por lo menos, en cinco ediciones posteriores¹⁰³, pudo percibir de modo muy parcial lo que, por así decirlo, ocurría ante sus ojos.

⁹⁹ Por ello los *Initia* de BAUMGARTEN están impresos en la AA de las obras de KANT.

¹⁰⁰ Cfr. AA, vol. 27.1, p. 91 ss., p. 152 ss., p. 159 (apuntes de POWALSKI).

¹⁰¹ *Werke*, AA, vol. 6, p. 227.

¹⁰² ENGAU estuvo desde 1726 hasta su muerte en Jena y, desde 1738, como catedrático de Derecho.

¹⁰³ La última edición que conozco —la sexta, editada por HELLFELD— es de 1767.

En la bibliografía de nuestro siglo sobre la historia de las ideas dogmáticas se ha alabado a ENGAU por su diferenciación entre los conceptos de *delictum* y *crimen*¹⁰⁴. De hecho, ya en la primera edición de sus «*Elementa*» de 1738¹⁰⁵, ENGAU define el *delictum* como un «*factum legi humanae, poenam minitanti contrarium*», esto es, como «un hecho contrario a una ley humana que lo conmina con pena». En cambio, para él un *crimen* es en primer lugar simplemente un «*delictum dolo malo perpetratum*» — «un *delictum* que se ha cometido con «dolo malo» [*böser Vorsatz*]». Sin embargo, en las ediciones posteriores del libro¹⁰⁶, modifica el concepto, pues ENGAU pasa a definir el *crimen* como «*delictum quod auctori suo imputari potest*», esto es, un «*delictum* que puede ser imputado a su *Urheber*»¹⁰⁷.

La creciente influencia de la teoría de la imputación queda aquí clara, pero ENGAU no vió en absoluto las consecuencias. El esquema de ENGAU solamente podía parecer una delimitación «inequívoca y enérgica» entre «antijuricidad objetiva y culpabilidad subjetiva» a una perspectiva dogmática a la que, por su parte, ya se le hubiera escapado desde hacía tiempo el concepto de imputación¹⁰⁸. En realidad, difícilmente puede ser mayor la confusión introducida por ENGAU¹⁰⁹. Esto ha sido reconocido por la generación de discípulos. Johann Christoph KOCH (1732-1808), que fue estudiante en Jena, donde también obtuvo el grado de Dr. iur. y pasó a ser docente en 1756¹¹⁰, y en quien pueden ver-

¹⁰⁴ Cfr. SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, 1930 (reimpresión de 1973), p. 19, p. 38, en especial, p. 67 s.; BOLDT, *Johann Samuel Friedrich von Böhmer und die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft*, 1936, p. 68, nota 81, p. 106 ss., p. 155 s.

¹⁰⁵ Cfr. § 14, p. 20; § 31, p. 27.

¹⁰⁶ No he podido acceder a la segunda edición de 1742 que empleó SCHAFFSTEIN, ni a la tercera edición. Las citas siguientes son de la cuarta edición de 1753.

¹⁰⁷ § 14, p. 16 s., y § 31, p. 23. No es cierto que, como afirma BOLDT (nota 104), p. 155 s., ENGAU ofreciera ya en 1738 esta definición, esto es, en la primera edición. La definición de *crimen* citada arriba se da más bien después de la aparición de las *Institutiones* de DARIES, libro que, como muestra por ejemplo la reacción de SCHIERSCHMID, debió de levantar en Jena cierto escándalo. De ello deduzco que, en todo caso, la modificación del concepto de crimen en ENGAU debe ponerse en relación con la discusión sobre la imputación que DARIES desencadenó en Jena.

¹⁰⁸ SCHAFFSTEIN (nota 104), p. 67; también estaría de acuerdo, BOLDT (nota 104), p. 107 s.

¹⁰⁹ Además, ENGAU se permite errores considerables, por ejemplo, como el siguiente: de la premisa de que en caso de falta de uso de razón o falta de libertad de la voluntad, etc., no hay un *crimen verum*, deduce que los niños pequeños, etc., no pueden cometer ningún *crimen* (por tanto, ¿tampoco un *quasi crimen* —según un concepto empleado por él—?). Cfr. §§ 34, 35; p. 25 s.

¹¹⁰ Desde 1759, KOCH desarrolla su actividad en Gießen.

se las huellas de la formación de DARIÉS¹¹¹, formuló el argumento decisivo contra ENGAU. La diferenciación de ENGAU entre *delictum* como *factum legi contrarium* y *crimen* como *delictum quod auctori suo imputari potest* incluye la suposición de que podría haber *facta legi contraria* —hechos antijurídicos— que no podrían ser imputados. En cambio, KOCH¹¹² se opone con una consideración enérgica que conduce a la tesis de que nada que no pueda ser calificado como antijurídico —*legi contrarium*— puede ser imputado.

Esto es todo menos un rechazo de la diferenciación entre *delictum* y *crimen* por «motivos puramente terminológicos»¹¹³. Lo que KOCH más bien hace es cubrir la contradicción interna que hay en los conceptos de ENGAU. En ello no es difícil reconocer la aclaración de WOLFF de que la *applicatio legis ad factum* implica la *imputatio facti* y con ello la imputación del *factum* como una *actio libera*. Porque la comprobación del juez penal de que un *factum* es *legi contrarium* es el resultado de una *applicatio legis ad factum* y, por tanto, trae consigo las consecuencias de ésta. No es casualidad que, por su parte, KOCH defina el *delictum* como «*violatio legis poenalis humanae libera*»¹¹⁴, esto es, como lesión de una ley humana penal que puede ser imputada como *actio libera* o como *actio ad libertatem relata*. En este punto, se produce un importante avance intelectual.

KOCH no logra una plena recepción de la diferencia de *imputatio facti*, *applicatio legis ad factum* e *imputatio iuris*. Si lo veo correctamente, esta recepción se produce más bien en el último cuarto del siglo. J.L.E. PÜTTMANN (1730-1796), catedrático de Derecho en Leipzig desde 1771, quien en 1779 publica sus «*Elementa Iuris Criminalis*», debe

¹¹¹ Véase *supra*, anexo I.

¹¹² *Institutiones Iuris Criminalis*, 1.^a ed., 1758, lib. I, § 12, escolio 1.

¹¹³ Así, sin embargo, SCHAFFSTEIN (nota 104), p. 68. — BOLDT (nota 104, p. 108, nota 43, le reprocha a KOCH incluso una «mezcla de culpabilidad y antijuricidad». Sin embargo, esto pone únicamente de relieve que BOLDT desconocía la orientación de la objeción de KOCH. La fundamentación de BOLDT según la cual KOCH considera que el hecho de un *furiosus* no es imputable, parte, sin lugar a dudas, del presupuesto de que, en el caso del *furiosus*, no se excluye la imputación de primer nivel, sino la imputación a la culpabilidad. Sin embargo, no se debe tomar simplemente como base la psicología vulgar del siglo XX, pues KOCH entiende claramente, como ya antes lo había hecho PUFENDORF (véase, *supra* V, texto correspondiente a la nota 27), que el comportamiento del *furiosus* no es una *actio moralis*, por lo cual —a la luz de la nueva terminología que, desde luego, KOCH no utiliza— la *imputatio facti* ya está excluida. BOLDT podría haber caído en la cuenta de que KOCH, en lo que se refiere a la imputación, trata al *furiosus* igual que a un animal al que precisamente no se le puede imputar nada de lo que causa.

¹¹⁴ *Cfr.* lib. I, § 12, § 14, § 29, § 35, § 53, § 67.

considerarse de los primeros autores que hacen suya la diferenciación en Derecho penal¹¹⁵. Sin embargo, aquí debo limitarme a hacer un esbozo del desarrollo posterior en Jena. Ciertamente, DARIÉS ya había dejado Jena en 1763; murió en Frankfurt an der Oder en 1791. Sin embargo, en Jena se mantuvo el recuerdo de la obra de DARIÉS. En 1788, su discípulo Johann Ludwig ECKARDT (1732-1800), que llegó a ser catedrático de Derecho en Jena¹¹⁶, se adelanta con un pequeño trabajo que lleva el título característico «*Principia Iuris Naturalis de Actionum Moralitate ad Ius Criminale Applicata*». En él ECKARDT alude a una diferenciación —ciertamente muy arbitraria— entre *imputatio physica* e *imputatio moralis*¹¹⁷. Después, el conocido kantiano Carl Chr. Erh. SCHMID (1761-1812), desde 1793 catedrático de Filosofía en Jena¹¹⁸, incorpora de nuevo la diferenciación de DARIÉS, al contraponer la «imputación del hecho» y la «imputación a título de culpa o de mérito»¹¹⁹. Gottlieb HUFELAND (1760-1817), quien vivió en Jena de 1784 hasta 1803, al final como catedrático de Derecho, se refiere a SCHMID cuando escribe que «la comparación de las teorías jurídicas de la imputación con las morales es ventajosa»; también debe ponerse en relación con SCHMID que HUFELAND, en la segunda edición de 1795 de sus «*Lehrsätze des Naturrechts*» se refiera prolijamente a la diferenciación de «imputación del hecho (*imputatio facti*)» e «imputación del derecho (*imputatio iuris*)»¹²⁰.

Ésta es la situación que el joven Paul Johann Anselm VON FEUERBACH (1775-1833) encontró cuando llegó a la Universidad de Jena. En su «*Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*» de 1799, FEUERBACH discute tanto la diferenciación de WOLFF entre *imputatio physica* e *imputatio moralis*, como la diferenciación de DARIÉS entre *imputatio facti* e *imputatio iuris* —con referencia expresa a DARIÉS— e intenta hacerlas fructíferas para el Derecho penal¹²¹. Con

¹¹⁵ Lib. I, § 38, donde PÜTTMANN diferencia entre *imputatio physica* e *imputatio moralis* de un modo que se corresponde con aquél en el que SCHIERSCHMID y BAUMGARTEN llevan a cabo su diferenciación. La diferenciación de PÜTTMANN jamás se debe confundir con la de WOLFF.

¹¹⁶ Cfr. HAMBERGER/MEUSEL, *Das gelehrte Teutschland*, 5.ª ed., vol. 2, 1796, p. 144 s., y vol. 9, 1801, p. 272.

¹¹⁷ En el lugar citado, § 27.

¹¹⁸ Sobre él, cfr., por ejemplo, KRUG (nota 29), vol. 3, 1833, p. 629 s., voz «Schmid».

¹¹⁹ *Versuch einer Moralphilosophie*, 2.ª ed., 1792, § 371, p. 503.

¹²⁰ §§ 601 ss., p. 319 ss. La cita es de la p. 318 (§ 600). En la 1.ª edición de las *Lehrsätze* de 1790, todavía no aparece la diferenciación.

¹²¹ Primera parte, p. 150 ss. En la p. 153, muestra reverencia a ECKARDT —aunque carece de consecuencias—. FEUERBACH también se refiere a la segunda edición de las *Lehrsätze* de HUFELAND, a las *Exercitationes* de KÖHLER e incluso a los *Elemen-*

ello se completó la recepción por la doctrina penal —por lo menos en Jena—¹²². La doctrina penal se había vuelto consciente de la necesidad de responder por sí misma a las preguntas planteadas por la teoría de la imputación. No es éste el lugar para juzgar si esta tarea, que le atañe a ella y, desde la interrupción del desarrollo paralelo en la filosofía práctica, solamente a ella, también se ha desarrollado en el período siguiente.

ta de ENGAU; por tanto, la tradición de Jena le es familiar. Sin embargo, FEUERBACH, aun cuando critica a los autores —por ejemplo, a ENGAU en la p. 165—, no es siempre realmente crítico en relación con las obras de sus predecesores, como, por ejemplo, muestra su reseña de ENGAU.

¹²² En este contexto debe apuntarse como interesante, que Karl Ludwig von GROLMAN, en la 1.^a edición de sus *Grundsätze der Criminalwissenschaft* de 1798, todavía califica de inútil la diferenciación entre *imputatio facti* e *imputatio iuris* (p. 17; § 37, nota b), mientras que en la 2.^a edición de 1805 entra con más precisión (p. 46; § 40, nota a). Esto lo atribuyo a la influencia de FEUERBACH, con quien GROLMAN tenía amistad desde el cambio de siglo. Para los conocimientos de base necesarios sobre la historia de la Universidad de Jena debe aludirse además a MASCHKE, *Universität Jena*, 1969, en especial, p. 28 ss.