

LA MORTALIDAD DE LA IMPUTACIÓN PENAL *

MORTALITY OF CRIMINAL CHARGES

M.Sc. Minor E. Salas

Solís

*Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Costa Rica
Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad de Costa Rica*

RESUMEN: Con las líneas directrices que caracterizan a una visión crítico realista del Derecho, el autor muestra las inconsecuencias de una teoría de la imputación penal, sus carencias metodológicas y su falta de rendimiento en el ámbito de la filosofía del Derecho, las cuales pueden traducirse en un fracaso al ser trasladadas al ámbito forense.

PALABRAS CLAVE: imputabilidad penal; Filosofía del Derecho; norma penal.

ABSTRACT: With the guidelines that distinguish a critical realistic vision of the Law, the author exhibits the inconsistencies of the criminal imputation theory, its methodologic lacks and its performance absence in the Law philosophy ambit, which may translate into a failure at the moment to be transferred to forensic ambit.

KEYWORDS: Criminal imputation, Law Philosophy, criminal rule.

Fecha de recepción: 16 de septiembre de 2013.

Fecha de aprobación: 27 de mayo de 2014.

I. BASES PARA UNA FILOSOFÍA DE LA NORMA PENAL

0.0. Tómese una norma penal cualquiera. La estructura básica de ésta reza: "*El que (o "quien") cometiese la conducta X será sancionado de la forma tal.*" Esta estructura otorga los elementos necesarios sobre los que se puede construir una filosofía de la norma penal en el sentido de una reflexión analítica y meta-dogmática sobre el contenido de ésta. Los componentes de una filosofía de la norma son, desde mi punto de vista, los siguientes:

A. Un análisis del porqué de la norma -o sea sobre la legitimación político-jurídica de su existencia y aplicación-.

B. Un análisis del "quien" o de "el que" como componente indispensable y sustrato de toda norma penal: *nullum crimen nulla poena sine auctor.*

C. Un análisis del elemento activo o sea de la conducta¹ expresada en la norma. Se insertan en este plano todos los estudios dogmáticos sobre el concepto de acción.

1 * Publicado originalmente, con algunas modificaciones, en: Criminalia. Academia Mexicana de Ciencias Penales, Año LXIX, Número 1, Enero-Abril del 2003, México D.F., páginas 169-187. El presente artículo no entra en detalles, sino que expone a título de tesis muy breves algunas ideas que pueden ser sugerentes en materia de lo que yo denomino una "filosofía de la norma jurídico-penal". Por lo tanto, el estilo de escritura es aforístico y quizás un tanto engorroso de leer. He tratado de solventar un poco las dificultades del texto con las notas al pie de página. Se usa el término "conducta" en sentido genérico, sin tomar partido en la discusión dogmática sobre cuál es el concepto más adecuado.

D. Un análisis de la pena o sanción como consecuencia jurídica.

Sobre los niveles A, C y D (el de la legitimación, el de la conducta y el de la sanción), la cantidad de reflexiones dogmáticas es enorme. Sobre ellos no me ocuparé en este trabajo. No es este el caso con el segundo de los niveles (el del “quien”).² Este es justamente el eje central de este estudio. A ello paso de seguido:

II. ANÁLISIS DEL “QUIEN” DE LA NORMA PENAL

0.1. El problema puede plantearse concretamente como sigue:

¿Quién es el “quien” al que hace alusión toda norma penal? La respuesta a esta pregunta es la respuesta al problema de la imputación en el derecho penal. Este “quien” representa no obstante, según mi valoración, el gran incógnito antropológico del cual parte la teoría dogmática del derecho penal. La pregunta clave es entonces: ¿En qué sentidos -lingüísticos o no- es que la norma refiere a un “quien” como presupuesto de su estructura? ¿Cuáles son las características de ese “quien” y cuál es su relación con categorías como: derecho penal ontológico, derecho penal normativo, valor, trascendencia, misticismo, moral, política, etc.? Este ensayo es un intento de respuesta a estas interrogantes.

² Los estudios en este plano sí que existen, *pero* generalmente giran en torno a problemáticas de inimputabilidad o ausencia de conducta: esto es cuando el “quien” es utilizado como una masa o instrumento, supuestos de *actio libera in causa*, etc. Nuevamente, estos trabajos son análisis dogmáticos y no metadogmáticos o filosóficos que es lo que aquí se intenta.

III. DE LOS SUSTRATOS ANALÍTICOS O DE LAS DISTINTAS FORMAS EN QUE LA NORMA PENAL PRESUPONE EL "QUIEN"³

El "quien", como componente antropológico de la norma, se expresa, según mi punto de vista, de múltiples formas. Estas formas o manifestaciones son las que seguidamente se estudiarán. El objetivo que se persigue es analizar la estructura ontológica que posee la categoría del "quien" que se utiliza en las normas de carácter penal. Ello con el propósito de contribuir a lo que sería una teoría de la norma jurídico-penal.

Primer sustrato: el "quien" como fragmento y las periferias del derecho penal

- 1.0. El "quien" es en primer lugar: a) el núcleo, y b) el límite del derecho penal.⁴ ¿Qué significa esto?
- 1.1. Sostener que hay un núcleo⁵ es sostener que hay una periferia. Esta periferia hace que el derecho penal y su imputación no sean lo universal.⁶ El "quien" es sólo un fragmento del fragmento. Fuera de ese "quien" podría estar el "espacio fuera del derecho penal"⁷ o la existencia de otros

³ No se trata en este ensayo de definir los diferentes sustratos que se analizarán. Definir es el fin del proceso del conocer. La filosofía se ha ocupado durante siglos de las "definiciones" de las categorías que seguidamente se verán. Aquí se trata de mostrar algunos usos de los términos en cuestión.

⁴ En el ensayo se utiliza la expresión "el derecho penal". Sin embargo, hay que tener en cuenta que no existe un derecho penal como categoría unitaria en todos los momentos del tiempo y del espacio. Lo que existe son unos derechos penales (¡en plural!), que pueden ser similares o no entre si, dependiendo del país, del tiempo, del sistema político, etc.

⁵ La tesis aquí expuesta no tiene relación, al menos directamente, con lo señalado por la denominada Escuela de Francfort en lo atinente a un derecho penal nuclear.

⁶ De allí la muy defendida dogmáticamente fragmentariedad del derecho penal.

⁷ Se suele ilustrar este tipo de problema allí donde se da una colisión de vida contra vida. Hay algunos casos representativos, por ejemplo: El "caso de los montañeros", donde "uno de los montañeros unidos por una cuerda cae al vacío, y el otro, que no es capaz de sostenerlo, corta la cuerda, para no precipitarse junto con aquél". El "caso del globo", A y B se encuentran en la barquilla de un globo aerostático que sólo puede soportar el peso de uno de ellos y amenaza por eso con desplomarse, y A se salva arrojando a B por la borda. El "caso Mignonette": los tripulantes del velero británico "Mignonette", que había naufragado en una tormenta, llevaba veinte días en

supuestos meta-penales (mecanismos alternativos de control social). El “espacio fuera del derecho” aparecerá para la dogmática no sólo como lo irresoluble sino también, y justamente por ello, como lo *enigmático*.

- 1.2. Un enigma emerge cuando de dos argumentos jurídico-penales contrapuestos (verbigracia, imputable o no imputable, jurídico o antijurídico, culpable o no culpable) se contraponen, pero de ninguno de ellos es deducible lógicamente **ni** lo verdadero **ni** lo falso.⁸ Lo verdadero o lo falso están aquí más allá del derecho penal, en el espacio fuera. Estos casos representan un límite de la gramática del lenguaje, pero no un límite de la política. Es decir el caso es irresoluble lógicamente, pero no axiológicamente.

Lo irresoluble de un caso penal no proviene sólo de la insuficiencia del instrumental jurídico, como puede pensarse y suele argumentarse, sino de la insuficiencia de la lógica, de la insuficiencia de las ciencias humanas, y de lo *impenetrable* de ciertos eventos de la vida.

- 1.3. Lo enigmático es el vencimiento de la lógica formal, la derrota del *tertium non datur*.⁹ El mediador entre el bien y el mal, lo sacro y lo profano, lo

alta mar en un bote de salvamento sin alimentos y corrían peligro de morir de hambre; entonces el capitán mató al grumete y la tripulación se alimentó con su carne y sangre, consiguiendo mantenerse con vida hasta ser encontrados y salvados por otro barco. La exposición de los casos se ha tomado de: Claus Roxin, *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de Luzón Peña et al., Editorial Civitas S.A., 1997, consúltese por ejemplo las pgs. 567 ss. La mayoría de estos supuestos suelen ser tratados, sea como casos de colisión de deberes sea como problemas de estado de necesidad. Dicho enfoque no merece mi aprobación. Se trata, según mi perspectiva, de supuestos de "enigmas del derecho penal", en el sentido de límites lingüísticos según se verá infra.

⁸ De aquí se logrará colegir que la concepción que se defiende de un enigma no es de naturaleza metafísica, sino simplemente lógica, o mejor, lingüística.

⁹ El ejemplo histórico de esta superación del principio del tercero excluido (o *tertium non datur*) nos la ofrece la conocida controversia entre dos grandes lógicos de la historia: W. Hamilton y Stuart Mill. El primero de ellos afirmaba que cualquier enigma de lo humano es resoluble por la siguiente vía: es probable, argumentaba Hamilton, que nunca sepamos si la materia es o no divisible hasta el infinito, si el universo tiene o no un principio, etc., pero lo cierto del caso es que una de las dos opciones (es divisible o no lo es, tiene un principio o no lo tiene) ha de ser verdadera y la otra falsa. A esta cuestión Stuart Mill respondía, con toda razón diría yo, que entre la verdad y la falsedad de cualquier proposición lógica hay una tercera opción; a saber, la falta de sentido o el absurdo.

correcto y lo incorrecto, no es el silogismo sino el valor (ver 1.5., y 4.0 ss.). Aquí inicia el reino de la política y de la ética.

- 1.4. No todo lo decible es ontológicamente posible. Sabiamente sostenía el Mefistófeles de Goethe: "Los hombres creen generalmente, cuando oyen palabras, que por fuerza deben contener alguna idea (y algún sentido o solución)." Esa es justamente su perdición. De allí que no todo lo lógicamente formulable es lógicamente resoluble.

- 1.5. La superación de lo enigmático es siempre, no la solución, sino la **ponderación**¹⁰ (ver 8.4.ss.). Los enigmas se disuelven, más no se resuelven. Nuevamente, el "quien" es sólo el fragmento del fragmento. El derecho penal apunta sólo al fragmento.

- 1.6. El límite primero del derecho penal lo da la ley penal: *nullum crimen sine lege*. El respeto inicial debe ser para con la ley.

- 1.7. La ley, sin embargo, no es la frontera o límite final. Ésta cede ante la fuerza de los mundos sociales y sus cargamentos ideológicos.¹¹ El **poder**,¹² o más concretamente, los poderes, son la frontera final. Que la ley no deba de doblegarse arbitrariamente a esa frontera es el valor ideal de sociedades libres. No obstante, la ley es a su vez poder –el que se ha consolidado-. De

"Abracadabra es una segunda intención" no es ni falsa ni verdadera, carece de sentido, simplemente. En nuestro caso, preferimos hablar de enigma para evitar las connotaciones negativas del término absurdo. Cfr. Carlos Vaz Ferreira, *Lógica Viva*, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1952, p. 96 ss.

¹⁰ Esta tesis es de vital importancia, por ejemplo, para las ciencias de lo humano (siendo el Derecho una de ellas). Muchos de los problemas más relevantes y complejos en las sociedades humanas no admiten una "solución", sino simplemente ponderaciones, valoraciones ético-políticas con miras a la consecución de ciertas metas.

¹¹ Uno de los ejemplos más dramáticos que he leído: El Código Civil alemán se mantuvo durante cinco sistemas políticos radicalmente distintos. Las mismas disposiciones rigieron durante el Nazismo y durante la Democracia. **Pero**, su interpretación... Cfr. Bernd Rüther, *Rechtstheorie* (Teoría del Derecho), Editorial C.H.Beck, München, 1999, pgs. 22 ss.

¹² No hay que ir muy lejos para percatarse de que efectivamente el derecho penal suele responder a los intereses de quienes tienen el poder para imponer las normas. Esto se evidencia en forma más extrema cuando una dictadura o gobierno totalitario asume el poder en un país.

su consolidación obtiene su legitimación positiva; de su valor u horizonte ideal –de su justicia- su legitimación metapositiva.

- 1.8. El límite, ya no de la ley, sino del derecho penal, es ese “quien”. *Nullum crimen nulla poena sine lege sine auctor.*
- 1.9. En resumen: hay un “quien” que es originario -pero no por ello evidente- para el derecho penal en su forma de ley penal. Pero adicionalmente, y esto es nuclear, existen otras tres dimensiones:
- a) Lo meta-jurídico, como lo enigmático;
 - b) La fuerza de un alguien, como poder;
 - c) Lo axiológico, como barrera potencial de ese poder.

Segundo sustrato: el “quien” como individuo y empirie

- 2.0. El **individuo** era el átomo. Una superación lo conduce hasta la materia primera e indivisible. Pero la materia es la expresión de sí: “al principio era la palabra”. De allí el individuo se hará lenguaje. Pero la palabra en sí y por sí misma, solitaria, es la negación del individuo. He aquí lo individual silencioso, lo callado. El epítome es: *Individuum est ineffabile*.¹³
- 2.1. La forma externa de lo individual, allende su palabra, es la simple **corporeidad** *per se*. Una corporeidad contingente, finita; es decir, que sufre. Pero ese sufrimiento y dolor está más allá de lo individual, en su autoconciencia (ver 5.0.ss.).

¹³ Para lo que sigue en torno a la categoría de “individuo” consúltese la voz correspondiente en el *Historisches Wörterbuch der Philosophie* (Diccionario histórico de la filosofía), Editores Joachim Ritter y Karlfried Gründer, Tomo IV (I-K), Darmstadt, 1976.

- 2.2.** Efectivamente, el sentido del mundo se muestra en el individuo como entidad básica. Éste es pues el “quien” de la norma penal. El mundo es lo que el caso es (Wittgenstein).¹⁴ Pero ¿qué ha de ser el caso? Nuevamente, lo inefable, la substancia sin ventanas (Leibniz), inexpresable y solitaria.¹⁵ Esta es la evolución de lo individual. Pero ¿cómo se manifiesta ella ante lo penal? Veamos:
- 2.3.** Como unidad de lo causal: La problemática de la causalidad en el derecho penal es a la vez la problemática de la unidad del mundo, pero en lo fundamental, de la individualidad o corporeidad como unidad presupuesta y sus manifestaciones. Cuando el mundo se transforma en mundos y el “quien” en quienes, la causalidad pierde sentido. Ésta presupone la unidad del mundo y del “quien”, es decir, de la corporeidad. Esta presuposición de la unidad es un límite del derecho penal. Ello ya que la unidad es la síntesis *a posteriori* de un yo pensante (Kant), no un atributo esencial del mundo, de la corporeidad, ni del individuo.¹⁶ Ésta es contingente.
- 2.4.** Como unidad de lo corpóreo: Pero lo individual y corporal no sólo se manifiesta penalmente en la causalidad. La corporeidad también es vínculo unitario de lo *afectivo* para con el mundo de los otros. María quiere a Pedro, pero no a un Pedro universal como entelequia o modelo platónico, sino a este Pedro como individuo único.
- 2.5.** Sin embargo, el individuo como unidad de lo causal o como corporeidad es simple empirie. Pero una empirie pura es muda. Un mundo de sólo empirie sería absolutamente opaco y sin relieve; impenetrable. Esta es la barrera

¹⁴ Ludwig Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*, Schriften 1, Editorial Suhrkamp, Proposición I.

¹⁵ G.W. Leibniz, *Hauptschriften zur Grundlegung der Philosophie, Die Monadologie* (Escritos principales para la fundamentación de la filosofía. La Monadología), Editor Ernst Cassirer, tomo II, Editorial Felix Meiner, Hamburgo, 1966, pgs. 435 ss.

¹⁶ La noción de unidad es polisémica en Kant. Véase al respecto: *Kritik der reinen Vernunft* (Crítica de la razón pura), Editor Jens Timmermann, Editorial Felix Meiner, Hamburgo, 1988, en especial el índice del término “Einheit” (Unidad) en las páginas 932 ss.

del empirismo: el mundo sólo se percibe en su valor (ver 4.1.ss.) y el valor no es la pura empirie.

- 2.6. Ergo: el objeto de la imputación no puede ser ni la pura empirie ni el individuo aislado, enajenado. El individuo es así una ficción necesaria del derecho penal. El único es sólo la metáfora.
- 2.7. El animal político (Aristóteles) es un universal presupuesto del cual parte el derecho.¹⁷

Tercer sustrato: el "quien" como persona o de la puesta-en-escena

- 3.0. La **persona** es la máscara del individuo como pura empirie.¹⁸ La empirie se disfraza para convivir socialmente.
- 3.1. El individuo es *construido* como persona en el teatro de lo social y de lo jurídico.
- 3.2. Ya dije, lo individual es tan sólo lógicamente posible (v.g. una proposición atómica),¹⁹ nunca normativamente posible. El advenimiento al mundo del individuo se dio sólo en el origen presupuesto de éste. El Mito de Adán es la unidad irrepetible del mundo y del individuo, la pérdida del paraíso.

¹⁷ Aristóteles, *Politik* (La Política), párrafo 1253a 2f., Editorial Felix Meiner, Hamburgo, 1966.

¹⁸ Que esto es así, se refleja buscando la etimología del vocablo "persona" en cualquier diccionario. Etimológicamente el término proviene del latín que significa "máscara" o "rol". De allí que no es nueva la idea de algunos penalistas actuales de decirnos que la imputación penal recae sobre un rol. Aparte de que como se verá de seguido ello no es necesariamente correcto. La persona, es decir el rol, es tan sólo uno de los sustratos de la imputación, no el único ni el más importante.

¹⁹ Al menos esta era la pretensión de los atomistas lógicos, siendo el defensor más representativo Bertrand Russel.

- 3.3. La persona es el segundo advenimiento del individuo: su advenimiento social. Se pierde el paraíso, pero se gana la sociedad. El derecho penal existe porque no se está en el paraíso.
- 3.4. Sólo se nace como persona en el mundo del derecho. Nunca tan sólo empírica u ontológicamente.
- 3.5. El derecho es dios.²⁰
- 3.6. La personalidad es la manifestación de la persona en cuanto máscara social. Es una *relevancia simbólica*. Esta relevancia es la que capta el derecho en su imputación. El tipo penal no es más que una relevancia simbólica de lo social.
- 3.7. La relevancia simbólica se manifiesta en los indefinidos roles sociales, en las múltiples puestas-en-escena vivenciales en que actúa la persona. La persona no es más que sus puestas-en-escena. A eso está limitado el derecho penal.
- 3.8. Esta puesta-en-escena es uno de los sustratos y uno de los por qué de la imputación penal. Hay fracasos-teatrales, escenas-fallidas. A esas se les imputa penalmente una responsabilidad. La escena-fallida es el delito.
- 3.9. La persona, a quien presupone lo penal, se adhiere, es la anémona del individuo como empirie. El individuo, su nombre, su número, su derecho, su deber, su relación, su posición, su tener, su haber, su relación con el otro,

²⁰ Con la expresión se busca resaltar el efecto **creador** de derechos y obligaciones que tienen los sistemas jurídicos. Sin embargo, sucede también que los ordenamientos muchas veces se auto-otorgan prerrogativas sobre vida y muerte de las personas (piénsese en aquellos sistemas donde existe la pena de muerte). Esto sin olvidar, por supuesto, que es a través del derecho que se suelen justificar no sólo las nobles acciones, sino toda clase de barbaries. ¿Qué es esto sino una apoteosis del derecho, una exaltación del poder de la norma? ¿No es esto acaso la aptitud de un "dios" (aunque sea maligno)?

es decir, su mismidad y otredad, su amor para con..., o su odio para con..., es decir, su actuación social: la suma de todo esto es la persona.

- 3.10.** La persona, como ese *summum* y compendio cualitativo de lo social relevantemente estampado al individuo es lo que toma el derecho penal para su imputación. Para ser exactos, no la persona, sino un aspecto de ella: su escena-fallida, es el componente simbólico del tipo penal. De allí que el derecho penal sea la conservación de lo socialmente relevante, la tentativa de la paz jurídica, la búsqueda de supresión de la escena-fallida.
- 3.11.** Sin embargo, ni el individuo ni la persona agotan la imputación de lo penal. La búsqueda del "quien", de "el que...", tiene que continuar.

Cuarto sustrato: el "quien" como agente ético -o de la trascendencia de la norma penal-.

- 4.0.** La auto-realización de la persona está en su ejercicio social y político, pero también moral. En su ejercicio con el otro, en su odio, amor o indiferencia para con... En su valor. Todo esto en formas normativa e idealmente establecidas. Este es el ejercicio moral de la persona; su constitución como **agente**, y en específico, como agente moral.
- 4.1.** Una teoría de la imputación penal sin agente -quien es una precondition a su vez de la culpabilidad, de la responsabilidad, de la reprochabilidad, etc.- es simplemente impensable. Estos atributos no son inmanentes al agente, sino que se hacen de su relación con el otro y con lo ideal, con el valor. La imputación no recae pues sólo sobre un ser social (persona) sino también sobre un ser moral (agente). Al derecho penal no le puede ser ajeno lo ideal que entraña lo ético.

- 4.2. El agregado, ese *plus* de la persona que la hace agente, es lo absoluto, lo trascendente.²¹
- 4.3. Dios habita en el agente.
- 4.4. Lo absoluto o trascendente es lo místico.
- 4.5. El mundo social²² sin lo místico es impensable e imposible. Lo místico se infiltra en todo lo social.²³
- 4.6. El agente se expresa sólo en su acto moral. No existe lo amoral sino sólo en la soledad del individuo que como se vio es impenetrable e inefable.
- 4.7. Lo absoluto es la impotencia del lenguaje. No más. ¡Dios nace de los límites y de los vacíos de la gramática! Quien no comprende la instrumentalidad del lenguaje no comprende sus límites y posibilidades. Del límite insalvable de todo lenguaje hay dos derivaciones: lo inexpresable y lo trascendental. Interesa aquí, para el derecho penal, lo trascendental.
- 4.8. Lo absoluto o trascendental es la condición de posibilidad de la *proximidad*, su **ética** (ver 4.5.). No hay ética que no pretenda trascender lo real hacia lo ideal.
- 4.9. La proximidad (el carácter de ser prójimo) es a su vez la condición de posibilidad del acto social, o mejor aún, de los actos sociales -de las puestas en escena- que presupone e interesan al derecho penal en su imputación.

²¹ Véase al respecto la nota al pie de página número 24.

²² Debería de decirse más bien: los mundos sociales. Igual con otras muchas expresiones en singular. Esto para evitar caer en las "falacias del todo" a las que alude Fernando Savater, en: *Panfleto contra el Todo*. Alianza Editorial (col. El Libro de Bolsillo N° 900), Madrid, 1983.

²³ Tesis también defendida en forma magistral por L. Kolakowski en *La presencia del mito* (tr. de Cristóbal Piechocki, a partir de la tr. al.); Amorrortu, Buenos Aires, 1975.

- 4.10. Lo místico también está en el derecho penal. ¡El derecho penal no puede ser *ateo*!²⁴
- 4.11. El acto social es la manifestación exterior, mundana, de absolutos, y por ello de lo místico. Los pilares de la tierra son el cielo.²⁵
- 4.12. La realización del agente se consuma con su autorrealización.

Quinto sustrato: el “quien” como sujeto. Episteme y dolor

- 5.0. La autorrealización o autoconocimiento es el **sujeto** -el *cogito, ergo sum*-. El sujeto es entonces el que conoce, sea a partir o con el objeto, estando en o contra éste; el sujeto-pensante. El sujeto es la síntesis reflexiva del individuo, de su posición en un mundo social y de su condición respecto a lo absoluto. Más claramente: es la síntesis del individuo, de la persona y del agente juntos. El sujeto es auto-reflexión (Hegel).²⁶

²⁴ Esta cuestión es el objeto de la Religión del Derecho. La pregunta más concretamente sería: ¿en qué medida puede un derecho penal prescindir de ciertos presupuestos axiológicos (valores) últimos? Radbruch resumía la problemática así: "*Wesendlos sind Recht und Staat nur insofern, als das gesamte Weltleben wesendlos ist, für einen Standpunkt außerhalb dieser Welt, 'vor Gott'*". (Sin esencia son el Derecho y el Estado sólomente en tanto que la totalidad de la vida en el mundo también sea sin esencia, desde un punto de vista fuera de este mundo, o sea 'ante Dios'). Véase *Rechtsphilosophie* (Filosofía del Derecho), Studienausgabe, Editores Ralf Dreier y Stanley L. Paulson, Editorial UTB für Wissenschaft, §12, p. 95, 1999. Aquí debo de hacer una aclaración de central importancia: afirmar que el derecho penal presupone lo absoluto es una afirmación, para mí, de tipo descriptivo. Con ella no pretendo decir que yo **deseo** que así sea o que estoy de acuerdo con ello, sino tan sólo que, en el estadio actual de elaboración de la dogmática penal, y en especial de la norma, ello parece **ser** así. Esto no es demérito para la dogmática penal, pues más bien, muchos de los principios fundamentales sobre los cuales ésta reposa y que constituyen el núcleo de las llamadas “sociedades democráticas libres”, no se sostendrían sobre bases axiológicas de una ética eminentemente relativista.

²⁵ La posibilidad de fundar un mundo social o ética (presupuestos del derecho penal) sobre bases no metafísicas o trascendentales, ha sido el proyecto de múltiples corrientes filosóficas (v.g. el existencialismo ateo, el marxismo, entre otras). Aquí no se está afirmando que ello no sea pensable, posible o deseable, sino simplemente que algunas categorías que se manejan en la dogmática penal tienen como fundamento elementos de corte trascendente. Ahora bien, el concepto "trascendente", tal y como se emplea en este documento, no conduce a una concepción judeo-cristiana. Lo que aquí más bien se postula es que la trascendencia remite a un axioma ético o lógico último, más allá del cual no hay una justificación plausible, y del cual se parte para evitar una regresión *ad infinitum* de los juicios morales o lógicos. Véase además la nota al pie anterior, número 24.

²⁶ G.W.F. Hegel, *Phänomenologie des Geistes* (Fenomenología del espíritu), Editores Hans-

- 5.1. El derecho penal toma del sujeto la condición y posibilidad de su conocer; es decir su saber y su pensar; mejor aún, su auto-pensarse. Por ejemplo, en el dolo.
- 5.2. El sujeto sólo es posible como sujeto de conocimiento o epistémico.
- 5.3. Este conocer (se) del sujeto exige la posibilidad analítica y sintética (Kant).²⁷ Esto es: las facultades de posibilidad del conocimiento, la superación de la empirie e incluso el advenimiento de un sujeto trascendental.
- 5.4. La trascendencia del conocimiento se muestra aquí en la imposibilidad de fundamentación última de un juicio apodíctico. Nuevamente, en el conocimiento y en su lógica y en la condición de posibilidad de éste, habita lo místico. Lo místico es el límite de nuestra gramática.
- 5.5. Pero el sujeto en su yo pensante no es sólo trascendencia es también **dolor**.²⁸ Pero el dolor es la ruptura de la unidad que requiere el sujeto pensante del idealismo y que también requiere el derecho penal. El dolor rompe la unidad del mundo y del sujeto. Inicia así la negación que presuponen al mundo y al sujeto y por ello al derecho penal. Pero de esto no me ocuparé aquí.
- 5.6. Lo opuesto a un conocimiento trascendental kantiano es un conocimiento como técnica. La pregunta por la condición de posibilidad del conocimiento

Friedrich Wessels y Heinrich Clairmont, Editorial Felix Meiner, Hamburgo, 1988. En especial véase el apartado titulado "Die Verwirklichung des vernünftigen Selbstbewußsein durch sich selbst" (La auto-realización de la conciencia racional).

²⁷ Kant, *Op.cit.*, en especial el apartado introductorio referido a la diferencia entre los juicios analíticos y los sintéticos, pgs. 56 ss. de la edición citada.

²⁸ Piénsese aquí en Kierkegaard, en contraposición al sujeto absoluto de Hegel, heredado por el derecho penal. Véase en especial: *Der Begriff der Angst* (El concepto de la angustia), en: *Gesammelte Werke*, Editores Emanuel Hirsch et al., Editorial Eugen Diederich, Düsseldorf/Köln, 1951-1966.

está aquí supuesta. Se parte de un segundo plano, de un conocimiento ya prefigurado. La condición de lo posible la da aquí el lenguaje. El sujeto se hace nuevamente lenguaje. Pero este sujeto no es de interés del derecho puesto que el derecho pretende ser más que una mera técnica.²⁹

- 5.7. Al derecho penal le es indiferente el dolor del sujeto o su condición de lenguaje. Le interesa únicamente su condición ideal de yo-pensante; es decir le interesa un sujeto fragmentado.

IV. CRÍTICA A LOS SUSTRATOS HASTA EL MOMENTO ANALIZADOS. SUS INSUFICIENCIAS

- 6.0. Se han visto hasta ahora cinco distintos sustratos o usos del "quien" que presupone la imputación penal, a saber: el "quien" como fragmento, como individuo, como persona, como agente y como sujeto. Pero, ¿cuál de ellos es el centro imputable, la respuesta a nuestro "quien"? ¿el individuo como mera empirie, la persona como escena de la actuación social, el agente como centro y crisol de los juicios ético-morales y por ello místicos, o el sujeto como paradigma de un saber(se)? La respuesta al "quien" sigue todavía en suspenso y la dogmática penal en el umbral del silencio.

Las categorías o sustratos antedichos son *límites* negativos de la imputación penal. Esto es, los distintos usos hasta ahora estudiados no dan cuenta certera de qué es lo que ha de entenderse por el "quien" de la norma. Veamos porque ello es así. Concentrémonos especialmente en una crítica de los últimos cuatro sustratos.

²⁹ El derecho como pura técnica fue el proyecto (abandonado) de un positivismo jurídico radical.

- 6.1.** Lo individual como corporeidad empírica *per se* es tan sólo parcialmente relevante jurídicopenalmente. ¿De qué se componen los muertos fuera del amor, respeto y recuerdo de quienes viven? Lo paradójico será esto: lo individual es la posibilidad como sustrato real o corpóreo de la personalidad, de las sociedades y de los derechos penales. Sin embargo, por sí mismo él es una ausencia de sentido. Este es el límite negativo del individuo para lo penal.
- 6.2.** La persona como *agregatum* es sólo la forma jurídica de lo real. Si el individuo es la materia, la persona es su forma. La personalidad es llave de acceso a lo social y jurídicopenalmente relevante. Más correctamente, ésta es lo social y lo jurídicamente relevante. Pero la simple forma, carente de un contenido real, no puede ser un centro de imputación de lo penal. ¿De qué sirve un rol sino existe un actor? He aquí el límite de la persona.
- 6.3.** El agente es la moralidad y la eticidad de la persona. Pero el derecho penal pretende no ser lo moral (¿lo logra?). Su consecuencia: la pena, no es la contraposición o negación de lo moral sino la negación de la negación, es decir, del delito (Hegel).³⁰ He aquí pues el límite del agente.
- 6.4.** El sujeto, y concretamente el sujeto epistemológico, como pura síntesis del intelecto no es de interés penal sino que tan sólo se presupone tal y como este yo pensante se revela a través del individuo, de la persona y del agente. Pero ya se vio como el sujeto, como unidad sintentizadora, se rompe bajo ciertos supuestos.³¹ Este es el límite del sujeto.

³⁰ G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (Lineamientos de la filosofía del derecho), 5ta. Edición, Hamburgo, 1995, apéndice al párrafo número 97.

³¹ Esta ruptura es clara en los llamados sujetos inculpables o inimputables (v.g. un oligofrénico).

Sexto sustrato: el “quien” como unidad mística o metafísica

7.0. En síntesis: lo que al principio era evidente -el “quien” unitario y sereno de la dogmática, el terreno sólido de "el que..."- se ha roto. Este “quien” parece haber perdido su contenido sólido, desvaneciéndose en una penumbra conceptual de lo múltiple y de lo polisémico, en un claroscuro de lo que no se sabe, pero que se presupone.

La dogmática parte, por ende, de la presuposición de una unidad ontológica, epistemológica y lógica, es decir, sintética que es de carácter polisémico. ¿Qué es esa unidad? Esto no ha sido nunca definitivo en la exposición filosófico-dogmática y esa ha sido hasta ahora mi crítica. He mostrado los diferentes usos que se le pueden dar al “quien”.

7.1. El “quien” es en último análisis para la dogmática una delimitación construida del individuo, pero que no es sólo el individuo, una consideración de la persona, pero que no es la totalidad de la persona, del agente sin ser el agente, y del sujeto sin que se agote en el sujeto. La imputación penal es, paradójicamente, todos estos niveles y ninguno de ellos.

7.2. Es necesario aclarar lo anterior en detalle. Me valgo de las siguientes tesis y de un ejemplo (la problemática de la persona jurídica).³² El centro de imputación de la norma -el “quien” o el "el que..."- surge de la reflexión de las diversas manifestaciones del individuo, de la persona, del agente y del sujeto, sin que se agote en ellas. Ese centro es -al menos tal y como lo requiere necesariamente el derecho penal- una relación cualitativa de todos estos elementos entre sí y el **valor**. Que la imputación penal recaiga sobre esa unidad sintética que resulta de la relación de los distintos sustratos y no

³² No pretendo entrar a la discusión dogmática, muy controversial, de si se puede o no sancionar a las personas jurídicas (empresas) a través del tipo penal. Mi objetivo es más bien utilizar esa discusión como un **ejemplo** para ilustrar las tesis que hasta aquí se han venido presentando en torno a la imputación penal.

sobre otro tipo de entidades (piénsese en la negativa generalizada de la dogmática –i.e. de los teóricos del derecho penal- de sancionar a las personas jurídicas) encuentra su fundamento en lo siguiente:

No en la escasa relevancia del asunto, pues como sabemos hoy día no son los "individuos" los únicos que gobiernan al mundo o actúan en él, tampoco en el citado argumento de que la persona jurídica es un constructo jurídico abstracto y que la persona natural un simple ente empírico, pues tanto uno como el otro son constructos jurídicos (ver 3.0.ss.), sino que lo decisivo es la siguiente tesis:

- 7.3.** El derecho penal presupone una aspiración de relación con la trascendencia. El centro de imputación de lo penal, como derivado de la relación cualitativa del individuo, de la persona, del agente y del sujeto, es un centro de imputación **místico**, es decir, de base metafísica. Esta misticidad reposa y significa únicamente una relación con el **valor**, es decir con la trascendencia. Que la persona jurídica no se considere imputable obedecerá a su carencia e imposibilidad de entablar una relación con el valor y no a ningún otro tipo de argumento. El "quien" que la norma requiere, al menos hasta este momento de su historia, es una unidad ontológica, epistemológica y ética. Pero lo particular de esta unidad no es la materialidad de sus componentes, sino su aspiración a elevarse sobre esa materialidad en un intento de acercamiento a aquellos valores, aspiraciones, y muchas veces mitos, que orientan su existencia.
- 7.4.** La "unidad" a que me refiero, y que presupone el derecho penal con el "quien" quiere estar cerca de Dios.³³ "*Y seréis como dioses*" reza la antigua promesa.

³³ Nótese que yo no estoy argumentando que esté o no de acuerdo con dicho enfoque (ver notas al pie 23 y 24). Lo que estoy señalando es que la norma penal, quiérase o no, y debido a la estructura lógica y ética de su formulación actual, requiere la presencia, como elemento substantivo, de esa unidad sintética que está en directa relación con el plano axiológico, es decir, con los valores.

7.5. De lo dicho se desprende una conclusión crucial: el derecho penal actual reposa sobre la estructura de los cinco sustratos hasta aquí analizados. Por eso constituye éste un derecho penal de **base ontológica**, cuya médula es una relación con el valor y con la trascendencia. Éste presupone una “entidad” compuesta con ciertos atributos y de la cual no puede prescindir. Lo que hace el derecho penal hasta hoy es otorgar relevancia, en grados distintos, a los diferentes niveles analíticos mencionados. Ejemplo de ello es esto: en delitos especiales, el papel preponderante lo ocupa el sustrato analítico de la persona. Aquí sólo es imputable quien posee un rol de relevancia simbólica. Igual sucede con delitos de omisión donde hay un garante, que no es otra cosa que un rol. En delitos de resultado el papel central lo ocupa el individuo como corporeidad que “mueve el mundo”. En el análisis del dolo el énfasis se coloca sobre el sujeto como entidad que se sabe y quiere, y así sucesivamente.

Se han analizado hasta el momento cinco formas en que puede entenderse el “quien...” de la norma penal. Hay **dos** formas adicionales en que puede éste decirse y que han también de estudiarse. Estas dos formas son la ostensiva y la valorativa. Mediante el análisis de estas dos formas pretendo construir mi propia concepción sobre el “quien” de la norma penal.

Séptimo sustrato: el “quien” como lo que se muestra (disolución ostensiva) y como valoración

8.0. Fragmento, individuo, persona, agente y sujeto (es decir, la unidad sintética que crea el derecho con su norma) es lo que en lenguaje abstracto se denominaría la "*idea del ser humano*".³⁴ Sin embargo, a esta idea le es

³⁴ Habrá que reconocer que el valor de “la idea de ser humano” posee en muchos contextos un carácter heurístico e incluso retórico. Nótese que me refiero a “la idea de ser humano”, no a éste como tal. (El concepto surge prácticamente como paráfrasis de la definición otorgada por Radbruch del derecho: “la idea del derecho”). Cfr. *Op.cit.*, pgs.11 ss. Dada la

imputable infinidad de atributos, incluyendo, dicho sea de paso, innumerables discursos retóricos. De la idea de lo humano, según mi criterio, no ha de decirse mucho, sino tan sólo **mostrarse**: allí está un Pedro; el de a lado es Juan; y el que le sigue Miguel. Ellos sufren, se muestran alegres, parecen convivir pacíficamente, cumplen con el derecho, viven y mueren... etc.

- 8.1. El acto más humano es la **ostensión**, es decir, lo que se muestra.³⁵ El resto es discurso.
- 8.2. Parte de nuestra respuesta al “quien” es entonces: **ese-de-allí**. Esta es la respuesta ostensiva: el concreto ente que se muestra en tal y tal circunstancia; el que ha sido capturado por las instancias de control penal en una cierta comunidad a las 20:30 horas; el in fraganti; el que ha sido golpeado o tratado con respeto por las instituciones penales; el que teme el peso de la justicia y de la burocracia donde vive la justicia y que ahora se presenta cabizbajo ante la autoridad de un cierto Juez; en fin: el procesado.

Desde este punto de vista, ya no ontológico-conceptual sino instrumental-realista y por ello **normativo**, la pregunta por el “quien” entraña un límite lingüístico, un "embrujo del lenguaje" (Wittgenstein),³⁶ igual que el "Abracadabra es una segunda intención" (Stuart Mill).³⁷ Hay que volcarse sobre la empirie y circunstancia temporal y espacial concreta para responder entonces a la pregunta por el "quien..."

inabarcable multiplicidad de elementos envueltos en esta idea no puede ocuparme de ella aquí. Lo cierto del caso es que me parece más "humano" (si es que la expresión cabe) un análisis como el que aquí se delinea, a los usos eminentemente retóricos de dicha noción.

³⁵ De allí lo artificial de todo "discurso de los derechos humanos". Lo que se requiere más que un "discurso" es un mostrar la presencia real (el respeto o la violación) de los derechos de los seres humanos en comunidades concretas. Esto no lo han comprendido a cabalidad muchos que viven, no **para** sino **de** los derechos humanos.

³⁶ Sobre los sinsentidos del lenguaje, véase por ejemplo las proposiciones 4.003 y 5.6 del *Tractatus Logico-Philosophicus*, Edición citada supra, nota al pie 13.

³⁷ Explicaciones en Vaz Ferreira, *Op.cit.*, pgs. 96 ss.

- 8.3. Lo imputable, el “quien...” de la norma es, según esta perspectiva, simplemente **lo-que-se-muestra**.
- 8.4. La respuesta ostensiva, se manifiesta correcta, pero hay que complementarla. Ésta presenta un momento de la imputación penal como si fuera el último y el único. Ese-de-allí o lo-que- se-muestra, será o no objeto de la imputación en un *a posteriori*, que se decide además de por su concrecicidad de estar presente como tal en un proceso penal, también por poseer un conjunto de atributos de relevancia socio-simbólica. Esto es, de ser ente de una valoración, de una **ponderación** político-criminal. El imputado es una construcción jurídica.
- 8.5. Los atributos necesarios para una imputación son siempre ese *a posteriori*. Ese *a posteriori* es el *constructo*. En el acto de construir la dogmática penal los objetos y sujetos se construye a sí misma.

Detrás del ente-imputable no hay nada inmanente que lo haga objeto de dicha imputación. ¿Por qué seguir buscando dicha inmanencia? Se trata de una decisión y ésta es la forma externa de una ponderación. La elaboración de la dogmática penal es la elaboración de estas ponderaciones ético-políticas en un lenguaje y una gramática: la penal.

- 8.6. ¿Qué han de ser pues esas ponderaciones? Los *a posteriori*. Por ende, nuevamente, lo imputable sólo se muestra. Ello se percibe sólo en el marco del conjunto de premisas desde el cual se pregunta, se percibe en un después. Si se dan las premisas -que no son sólo jurídico-penales, sino históricas, políticas, sociales, culturales, etc.- se obtendrá una cierta decisión, una ponderación, que aunada a una concrecicidad, será la respuesta definitiva a la pregunta por el “quien”. El “quien” es en su segundo momento la ponderación. Ésta no es lo universal y abstracto.

Contrariamente, sólo en la determinación de su contenido se alcanza su respuesta.

El “quien” es lo real que aspira a lo ideal.

- 8.7.** Hay que realizar precisiones, definir conceptos, distinguir lo que es decible de lo que no es decible, lo resoluble de lo irresoluble, lo ontológico de lo normativo, lo ponderable de lo imponderable, lo que se sabe de lo que no se sabe y al final terminar acudiendo a lo ilevante: la realidad concreta en que uno se mueve. Esa-realidad-de-allí. Habrá entonces que determinar el dónde, el cuándo, el por qué, el para qué, el cómo. Todos ellos elementos, en un segundo momento, de la ponderación.
- 8.8.** Un derecho penal basado en los cinco primeros sustratos es un derecho ontologicista y metafísico. Un derecho penal fundamentado en los dos últimos niveles es un derecho de *base normativa*. Decir que existe una base normativa es decir lo siguiente: Quien es imputable penalmente, no se infiere de una estructura del mundo ni de atributos especiales de éste. Tampoco se deriva la imputación de una estructura del valor o de la trascendencia que acompañan ineluctablemente a las sociedades humanas, sino que se deriva de una ponderación y de un estar-allí como procesado. Esta ponderación y este estar-allí-procesal son los dos últimos niveles analíticos del “quien” que se han estudiado.

Cuál de los dos tipos de derecho penal se adopte (el de base ontológica o el de base normativa) es una cuestión de fines que no puede resolverse aquí.

- 9.0. Síntesis:** se han estudiado **ocho** posibles sentidos (o usos) en que se puede referir filosófica y analíticamente al "quien" de la norma penal. Se ha efectuado con ello un análisis de una categoría que en su inicio se tomaba

por evidente, unitaria, incontrovertible. Se ha visto como, mediante el análisis filosófico de la norma, se llega a la conclusión de que ésta presupone una unidad sintética cuya aspiración es la trascendencia, es decir, *el valor*. Pero a la vez, se ha mostrado como esta unidad es por otra parte un constructo jurídico-político -el derecho penal crea no sólo los delitos, sino también a los entes a quienes se los imputa-. Por último hemos visto como la médula del "quien" se manifiesta tan sólo en el acto-procesal de su mostrarse y cuya forma jurídica es la ponderación posterior de dicho acto. Se han fundado así las bases para distinguir entre dos paradigmas radicalmente distintos de la dogmática penal.

V. LÍMITES METODOLÓGICOS DE NUESTRA PREGUNTA INICIAL POR EL "QUIEN"

- 9.1. Las potenciales limitaciones del análisis aquí efectuado no obedecen sólo a su contenido, sino al valor de la pregunta inicial: la pregunta por el "quien", el "quien" sin más. Los límites del saber están dados por las preguntas, no sólo por las respuestas. Más allá no es posible de ir.

- 9.2. Concluye así este ensayo haciendo referencia al elemento metodológico imprescindible de toda indagación científica. Mostrando como la legitimidad de un problema, en nuestro caso formular la pregunta: ¿En qué sentido es que se dice el "quien" imputable penalmente?, pueda resultar, en último análisis, una formulación impenetrable dados los puntos de partida. Habrá siempre que hacer referencia a un dónde, a un cuándo, a un por qué, a un para qué...y tantas otras precisiones más³⁸...

³⁸ Las "preguntas universales" tienen un carácter fundamentalmente simplificador, pero también terapéutico. Es más simple preguntar: ¿quién es imputable penalmente? a secas, y dar alguna respuesta abstracta e igualmente "universal", que preguntar: ¿quién es imputable, dadas las premisas concretas del código penal español, alemán o costarricense, y en este momento específico en el cual los sistemas jurídicos operan bajo unas democracias o unas dictaduras concretas, y en estas circunstancias económicas concretas, en estos estadios de elaboración de los derechos procesales penales de las comunidades respectivas, en esta burocracia judicial específica al servicio de la cual trabajan estos y aquellos funcionarios, quienes son bien o mal

10.0. El derecho penal se convierte así en múltiples derechos penales, la imputación se transforma en imputaciones, el mundo en mundos, el ente imputable, el “quien”, que al principio se mostraba indiferentemente como unidad simple, se muestra ahora en su casi impenetrable y compleja conformación, y la dogmática penal y sus categorías muestran así su muy humana **mortalidad**.

pagados, etc. etc.? (Nótese, todo ello en **plural**). En fin, con lo "universal" se evitan las preguntas incómodas. Esto a la vez nos provee de un sentimiento de totalidad y de que somos partícipes de alguna unidad o identidad estable y serena llamada "Ordenamiento Jurídico", o "Sociedad" o "Democracia". En fin, esta presunta identidad-armónica-universal nos otorga tranquilidad y seguridad. Pero lo cierto del caso es que hemos de aceptar, por razones de honestidad intelectual, que todo esto no es más que una simplificación e hipóstasis de lo real. Los mundos sociales, y en consecuencia los mundos jurídicos, no son más que mezcolanzas indisolubles de múltiples, diversos, contradictorios, antagónicos ingredientes, que se entrelazan unos a otros en formas muchas veces inextricables. Una dilucidación analítica de esos ingredientes sólo es posible parcialmente en el momento de la reflexión filosófica, no siempre presente en la praxis.