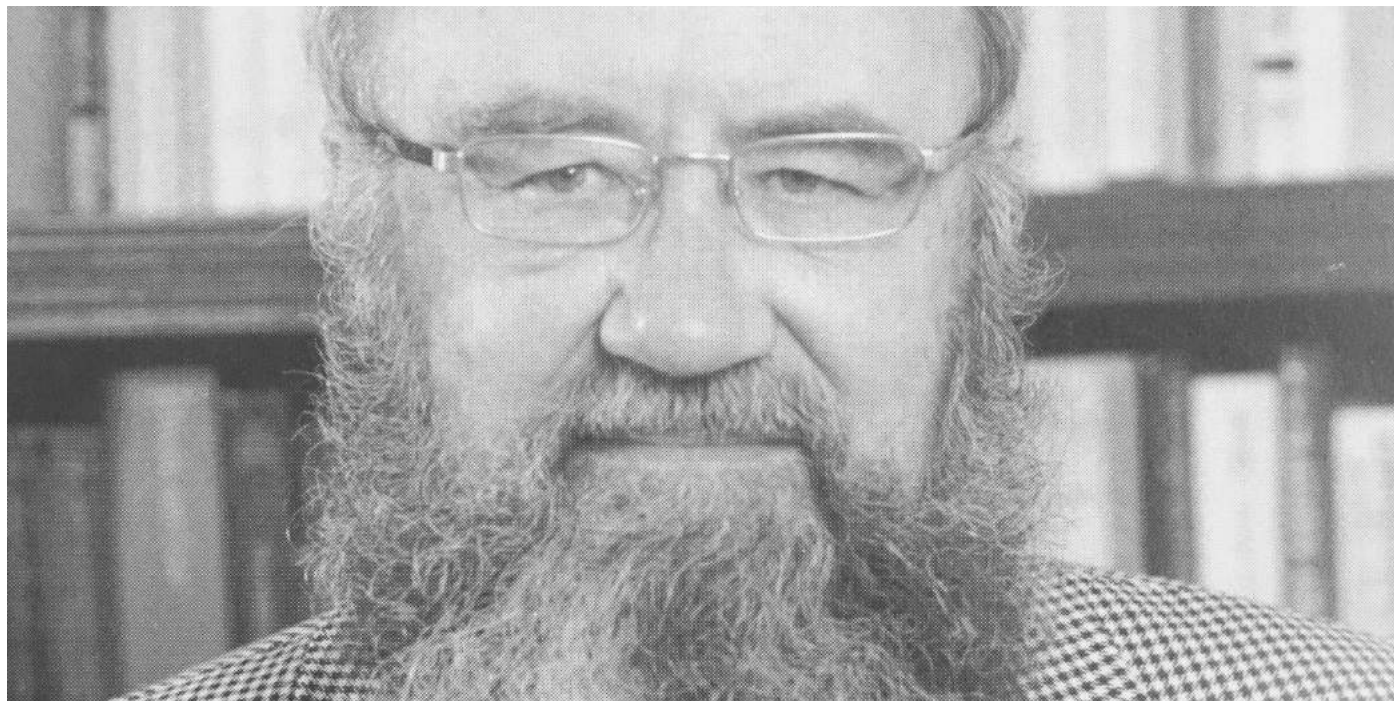


enfoques penales

CRIMINT - Revista En Letra Derecho Penal



Joachim Hruschka *in memoriam*

Fascículo especial

DIRECTORES

Leandro A. Dias

Juan Pablo Montiel

Carla Salvatori

Contenido

Introducción al Fascículo especial en memoria a Joachim Hruschka, por Juan Pablo Montiel p. 2

Necrología - Joachim Hruschka (1935-2017), por Jan C. Joerden p. 4

Es geht um die Probleme selbst. En recuerdo del profesor Joachim Hruschka (1935-2017), por Pablo Sánchez-Ostiz p. 7

Joachim Hruschka, como mi antecesor de cátedra, por Hans Kudlich p. 9

De islas y penas, por Joachim Renzikowski p. 12

La teoría de la imputación en Hruschka - Un esbozo, por Jan C. Schuhr p. 15

¿Presupone la applicatio legis ad factum una imputatio facti?, por Juan Pablo Mañalich p. 22

¿Presupone la *applicatio legis ad factum* una *imputatio facti*?

POR JUAN PABLO MAÑALICH (UNIVERSIDAD DE CHILE)

A Joachim Hruschka es imputable, como una contribución científica insoslayable, una muy precisa clarificación de la diferencia entre el uso directivo o prescriptivo y el uso adscriptivo o atributivo del lenguaje en el marco de la reconstrucción teórica de cualquier posible sistema de Derecho penal. (1) Él logró explicar la diferenciación así tematizada a través de una distinción, propia del discurso de la Teoría del Derecho, entre dos clases de reglas, que respectivamente se dejan designar como reglas de comportamiento y reglas de imputación. (2) La significación fundamental de esta distinción ante todo descansa, a mi juicio, en que ella conduce a la siguiente proposición: las condiciones bajo las cuales a una persona resulta imputable un comportamiento como quebrantamiento de una norma no puede quedar establecidas por la propia norma quebrantada. (3) Pues semejante auto-referencialidad de una norma resulta excluida por necesidad lógica. (4) La razón para esto se encuentra en que una norma no puede, qua regla de comportamiento, prescribir su propio seguimiento. A la pregunta por las condiciones de responsabilidad por un comportamiento jurídicamente incorrecto, la respuesta no puede derivarse de la norma fundante de esa misma incorrección. Las reglas que fijan las condiciones para que un comportamiento exhiba el valor declarativo de una contradicción de una norma cualquiera, pueden ser denominadas “reglas de imputación”, justamente porque esas condiciones admiten ser redefinidas como condiciones de imputación, de cuya satisfacción depende la admisibilidad jurídica de la respuesta punitiva a alguna instancia de comportamiento antinormativo.

En pos de fundamentar la tesis de que las condiciones de una vinculación personal a una norma no pueden quedar establecidas por esta misma norma, cabe echar mano a una propuesta de reconstrucción lingüístico-analítica de la estructura y función de las normas de comportamiento jurídico-penalmente reforzadas. La puesta en vigor de una norma tal puede ser entendida como un acto de habla, cuya fuerza ilocutiva se encuentra referida a que sus destinatarios reconozcan, de manera eficaz para la acción, la pretensión de seguimiento entablada por el emisor de la norma. (5) El objeto de referencia del éxito ilocutivo de la promulgación de la norma respectiva se deja determinar a partir de la conjunción de dos componentes que impactan la estructura locutiva del acto de habla promulgatorio, a saber, a partir de la combinación de un operador deóntico y un contenido proposicional. El operador deóntico define el carácter de la norma como prohibición o requerimiento (o bien como permisón o liberación), mientras el contenido proposicional especifica la descripción de la forma de comportamiento que a través del operador deóntico resulta prohibida o requerida (o bien permitida o liberada). Así, el contenido proposicional de la norma se deja caracterizar como proposicional, en la medida en que aquél especifica la proposición que a través del comportamiento del agente debe (o bien puede) ser hecha verdadera o no verdadera. (6)

Si el establecimiento de la antinormatividad de un comportamiento descansa únicamente en la estructura locutiva de la norma correspondiente, entonces aquél debe ser asimismo independiente de que la norma sea aplicada como norma de determinación o de valoración. Siguiendo a Hruschka, a las reglas de comportamiento puede atribuirse tanto una “función de configuración” como una “función de parámetro (evaluativo)”. (7) La preservación de la identidad del contenido de la norma a través de su aplicación prospectiva y su aplicación retrospectiva se explica por el hecho de que la perspectiva de destinatarios actuales o ideales de la norma no puede determinar ni modificar su respectivo contenido. Pues justamente en esa independencia del contenido de la norma se sustenta la condición de posibilidad de su pretensión de vinculación. Las capacidades y las representaciones de los destinatarios de la norma sólo pueden tener importancia, por ello, bajo la pregunta por la posibilidad de un seguimiento de la norma, mas no así bajo la pregunta por la satisfacción o no satisfacción de su contenido proposicional. Precisamente los presupuestos de la posibilidad y exigibilidad de un seguimiento eficaz de la norma son determinados a través de las correspondientes reglas de imputación.

Una norma se ve seguida si y sólo si su respectivo destinatario se encuentra en posición de formarse la intención, a través de un reconocimiento de la norma como premisa vinculante, de evitar el comportamiento antinormativo. De ahí que la imputación jurídico-penal pueda ser reconstruida con la ayuda de un modelo intenciones “escalonadas”, (8) con arreglo al cual la atribución de responsabilidad por el no-seguimiento de una norma sólo ha de afirmarse si el sujeto de la eventual imputación era capaz de formarse, con eficacia para la acción y en consideración de la norma, la intención de realizar intencionalmente una alternativa de comportamiento adecuada a la norma.

A partir de la distinción entre tales capacidades intencionales de primer y segundo orden se obtiene la distinción entre dos niveles de imputación, que siguiendo a Hruschka pueden ser identificados con los planos de una *imputatio facti* y una *imputatio iuris*. (9) La imputación de primer nivel, o *imputatio facti*, consiste en la adscripción de un comportamiento como la ejecución o la omisión de una determinada acción, esto es, como un hecho, cuyo presupuesto es la capacidad individual de la persona en cuestión de evitar intencionalmente el comportamiento antinormativo. Esta capacidad, que en tal medida puede ser definida como una capacidad de acción, queda constituida tanto por una determinada medida de capacidad de control corporal como por la representación de las circunstancias del hecho. Si resultan satisfechas las condiciones de esta capacidad de acción, entonces al destinatario de la norma puede imputarse el comportamiento normativo a título de una infracción deber, puesto que la existencia situacional de la capacidad de realizar intencionalmente la alternativa de comportamiento normativamente adecuada fundamenta la vinculación personal del destinatario a la norma.

En el segundo nivel de imputación, esto es, de la *imputatio iuris*, se trata en cambio de una atribución definitiva de responsabilidad en referencia al comportamiento ya constituido como infracción de un deber, a través de la cual se constituye la culpabilidad por esa misma infracción de deber. En este nivel se trata de la pregunta de si el destinatario de la norma estaba en posición de

*A Joachim
Hruschka es
imputable (...) una
muy precisa
clarificación de la
diferencia entre el
uso directivo o
prescriptivo y el
uso adscriptivo o
atributivo del
lenguaje en el
marco de la
reconstrucción
teórica de
cualquier posible
sistema de
Derecho penal.*

formarse, en consideración de la norma, la intención de segundo orden de evitar intencionalmente el comportamiento antinormativo. Esta capacidad, que descansa en el potencial de reflexividad de las intenciones, puede ser definida como capacidad de motivación. La imputación a título de culpabilidad depende, así, de la satisfacción de condiciones bajo las cuales es racional esperar que la norma sea reconocida como premisa de obligación eficaz.

Esta expectativa decae, en primer lugar, si en el destinatario de la norma no se da la capacidad de motivación con arreglo a la norma, esto es, en casos en que se configura una causa de inculpabilidad, sea porque no se ven satisfechos los presupuestos (reglados) de la propia capacidad individual de motivación, sea porque el potencial autor no reconoce la antinormatividad *in concreto* predicable del respectivo comportamiento. Por otra parte, la expectativa en cuestión también decae si el seguimiento de la norma, aun cuando posible, es tenido por jurídicamente inexigible en la situación específicamente configurada, que es justamente lo que ocurre cuando se configura una causa de exculpación.

La satisfacción de las condiciones de posibilidad y exigibilidad de un seguimiento situacional de la norma en cuestión se dejan redefinir como la satisfacción de las condiciones del éxito ilocutivo del acto de habla promulgatorio de la norma. Por ello, son condiciones de imputación aquellas bajo las cuales un seguimiento de la norma podía y debía ser esperado. Esto se sigue inmediatamente del principio *ultra posse nemo obligatur*. (10) Aquí se encuentra la razón por la cual la concreción de la norma abstracta en un deber personal del eventual sujeto de la imputación, que precisamente consiste en su vinculación personal a la norma, presupone la capacidad de acción del destinatario de la norma. En lo que sigue quisiera mostrar que aquí se trata, con todo, de un presupuesto puramente pragmático, y no lógico.

La pregunta que debe responderse aquí es la de si oraciones del tipo “P debe hacer X, pero P no es capaz de hacer X” son absurdas o carentes de sentido. (11) Desde el punto de vista de la teoría de los actos de habla aquí uno debería olvidar la distinción entre “sentido” como significado (proposicional) y “sentido” como fuerza pragmática. Pues aquello que resulta prescrito a alguien no debe ser confundido con las condiciones de las cuales depende que el destinatario del acto de habla prescriptivo pueda realizar lo que se le prescribe. Lo contrario supondría, en efecto, confundir el contenido proposicional con las condiciones del éxito ilocutivo del acto de habla en cuestión. Esto se vuelve más fácil de advertir una vez que dejamos de representarnos el correspondiente acto de habla directivo o “prescriptivo” como la emisión de una orden individual, (12) para identificarlo más bien con la producción legislativa de una razón obligante de carácter general. Pues entre una y otra categoría existen al menos dos diferencias fundamentales que han de ser tenidas en cuenta en el presente contexto. La actividad de legislar consiste, por una parte, en la realización de actos de habla formalizados, de manera tal que la mera referencia a la intención “del legislador” ha de ser sustituida por criterios institucionalizados. Pero la actividad de legislar queda definida, por otra parte, por su orientación a la puesta en vigor, entre otras, de reglas generales de comportamiento, que precisamente no se encuentran dirigidas a destinatario concreto alguno.

Con ello se obtiene una base para reinterpretar la afirmación de Hruschka según

La satisfacción de las condiciones de posibilidad y exigibilidad de un seguimiento situacional de la norma en cuestión se dejan redefinir como la satisfacción de las condiciones del éxito ilocutivo del acto de habla promulgatorio de la norma

la cual la aplicación de una regla de comportamiento cualquiera, en la forma de una *applicatio legis ad factum*, siempre presupondría una *imputatio facti*. (13) Esto puede interpretarse en el sentido de que no se trata aquí de la enunciación de una condición lógica de posibilidad para subsumir o no subsumir un determinado comportamiento bajo la descripción constitutiva del contenido semántico de la norma, sino más bien de la formulación de una consideración pragmática. Pues en lo que aquí interesa solo carecería de sentido esperar también un seguimiento de la norma si el destinatario de la norma es situacionalmente incapaz de evitar intencionalmente el comportamiento normativo. Con ello, no se trata de si la *imputatio facti* antecede “lógicamente” a la *applicatio legis ad factum* o al revés, sino más bien de que la caracterización jurídica de un comportamiento, no obstante ser lógicamente independiente de su imputabilidad como ejecución u omisión de una determinada acción, recién se vuelve relevante en la medida en que semejante imputabilidad siquiera pueda venir en consideración.

Esto no altera en lo absoluto el hecho de que las normas de comportamiento exhiben una primacía lógica frente a las reglas de imputación, en cuanto ellas determinan el objeto de la eventual imputación. Qué capacidad física y la representación de qué circunstancias sean necesarias para la evitabilidad del comportamiento antinormativo, depende siempre de la norma de comportamiento respectiva, la cual especifica la proposición que ha de ser hecha verdadera (tratándose de un requerimiento) o no verdadera (tratándose de una prohibición). (14) Sin embargo, las específicas capacidades sobre las cuales descansa la evitabilidad intencional del comportamiento antinormativo no son propiedades de las formas de comportamiento, cuya descripción se encuentra correlacionada, en cuanto contenido de la norma, con el respectivo operador deóntico, sino que ellas aparecen como condiciones que posibilitan una imputación del comportamiento *qua* infracción de deber y bajo las cuales se constituye el así llamado “injusto personal”. Como categoría mediada por un juicio de imputación, el deber personal pone en relación recíproca el deber-ser objetivo con el poder subjetivo, por vía de lo cual se ve realizado el principio *ultra posse nemo obligatur*. (15)

Notas finales

(1) Al respecto *Hruschka*, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., 1988, pp. 424 y ss.

(2) *Hruschka*, *Rechtstheorie* 22 (1991), pp. 449 y ss.

(3) *Kindhäuser*, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 29 y ss., 58, 132 y ss. Al respecto asimismo *Mañalich*, *Nötigung und Verantwortung*, 2009, pp. 23 y ss., 36 y ss., 46 y ss.

(4) *Vogel*, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 41 y s.

(5) Véase *Kindhäuser* (nota 3), pp. 133 y s.; *Vogel* (nota 4), pp. 34 y ss.

(6) Acerca del así llamado “cuadrado deóntico”, véase sólo *Hruschka/Joerden*, *ARSP* 73 (1987), pp. 104 y ss.

(7) *Hruschka/Joerden* (nota 6), pp. 95 y ss.; *Hruschka* (nota 2), pp. 450 y s.

(8) Al respecto *Kindhäuser* (nota 3), pp. 41 y ss.

(9) Fundamental *Hruschka*, *Strukturen der Zurechnung*, 1976, pp. 34 y ss. Véase también *Hruschka* (nota 1), pp. 337 y ss.; *el mismo* (nota 2), pp. 451 y ss.

(10) Cuyo ámbito de validez sólo se recortado por aquellas reglas de imputación que precisamente establecen criterios de imputación extraordinaria; al respecto *Hruschka* (nota 1), pp. 274 y ss., 311 y ss., 326 y ss., 337 y ss. Véase también *Mañalich* (nota 3), pp. 67 y ss.

- (11) Sobre el problema véase *Von Wright*, *Norm and Action*, 1963, pp. 107 y ss. ,114 y ss.
- (12) Así empero *Von Wright* (nota 11), pp. 114 y s.
- (13) *Hruschka* (nota 9), pp. 30 y ss.: *el mismo* (nota 1), p. 366; *el mismo* (nota 2), pp. 452 y s.
- (14) Véase sólo *Hruschka* (nota 9), pp. 18 y s.
- (15) Véase *Hruschka* (nota 1), p. 416.

(