

## EL TERMINO DE IMPUTACION (\*)

FOR

**James Goldschmidt**

Profesor que fué en la Universidad de Berlín

I. En su libro *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1), KELSEN busca demostrar que el concepto psicológico de la voluntad no es aplicable a las ciencias normativas, sean éticas o jurídicas. Para estas ciencias —este es el resultado al cual él llega— la voluntad no es otra cosa que el “término de imputación normativa” que remonta hasta una persona y se detiene allí. KELSEN opina que con esta comprobación desaparece la controversia entre el determinismo y el indeterminismo, y establece incluso la hipótesis de que el concepto de la voluntad es originario de la esfera normativa, y que de ésta ha sido transferido a la esfera explicativa de la psicología. KELSEN cree encontrar un apoyo para su hipótesis en la teoría psicológica “heterogénea” de la voluntad, según la cual la voluntad no es un elemento primordial de la vida mental, sino sólo un producto de otros factores psíquicos.

2. Evidentemente, el punto de vista normativo prevalece en el dominio del derecho. Todos los conceptos jurídicos deben ser interpretados desde este punto de vista que, como regla de interpretación, concierne al contenido de la norma y coincide, por consiguien-

(\*) Traducción de la “Revue Internationale de la Théorie du Droit”, vol. VII, fasc. 1, realizada por la esposa del autor, Sra. Margarita de Goldschmidt.

(1) 2ª. edición, 1923, pág. 107 y sigts. Cf., también, KELSEN: *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 1922, pág. 242 y sigts.

te, con el punto de vista teleológico (2). A veces, en los tipos jurídicos el elemento normativo reemplaza completamente al elemento real; así, por ejemplo, en los delitos de comisión por omisión (“Begehungsdelikte durch Unterlassung”), la no ejecución de una obligación suple la falta de una verdadera acción, y en la culpa (“Fahrlässigkeit”), la infracción al deber de prestar atención, sustituye a toda relación psíquica del autor con el resultado (3). Es innegable, sin embargo, que en la esfera jurídica se observan estrictamente dos principios:

a) En tanto es posible, los conceptos jurídicos se apoyan en los conceptos de hecho que pertenecen a la esfera real, que constituye la base de las normas respectivas; b) en los casos en que el elemento normativo sustituya enteramente al elemento real, es necesario que las exigencias que resulten de esto sean compatibles con las posibilidades reales.

De esta afirmación, resulta lo siguiente para el problema de la voluntad: a) Se debe verificar si el concepto psicológico de la voluntad no es aplicable de algún modo a las ciencias normativas, sobre todo a la jurisprudencia. b) Si la imputación normativa, especialmente la jurídica, se detiene en una persona, sea apartándose del concepto psicológico de la voluntad, sea suponiendo un “libre arbitrio”, este último en contradicción manifiesta con la ley causal que domina la esfera explicativa de la psicología, ¿qué posibilidad existe de alcanzar el punto final de esta imputación en el mundo real?

## I

3. Se me concederá que yo fui uno de los primeros en estable-

(2) Cf. KELSEN: *Hauptprobleme*, pág. 69. En este caso, la distinción, establecida por KELSEN, entre la concepción normativa y teleológica no tiene importancia.

(3) Cfs. mis trabajos: *Der Notstand, ein Schuldproblem*, en *Revista Austriaca de derecho penal*, tomo IV, pág. 149 y sigts.; *Metodología Jurídico-penal*, 1935, págs. 32-33.

er el “concepto normativo de la culpabilidad” (4). Esto no me ha impedido reconocer que el “reproche” que constituye el elemento normativo de la culpabilidad, recae sobre un determinado fenómeno psíquico, esto es, sobre una determinada “motivación” (5). Ahora bien, KELSEN se refiere a una teoría psicológica, la cual sostiene que el fenómeno de la “voluntad” no es un elemento psíquico particular, sino que comprende sólo un complejo de representaciones y de sentimientos. KELSEN, sin embargo, concede que esta teoría no es la dominante (6); y, en efecto, se hará bien en desconfiar de ella en un mundo en donde los sentimientos no valen nada, la inteligencia vale muy poco y la voluntad es todo. SCHOPENHAUER, en todo caso, es mejor “psicólogo” cuando sostiene el primado absoluto de la voluntad, tanto en la conciencia humana (7) como por doquiera en la naturaleza (8), aunque con esto se refiera, es verdad, menos a un fenómeno psíquico o a una construcción normativa, que a una categoría metafísica.

4. KELSEN (9) define como “querido en el sentido psicológico, un resultado que uno se representa como medio para satisfacer una aspiración asociándola con la representación de una actividad propia”. A esta definición se le puede objetar, en primer lugar, que ella no define la “voluntad”, sea como facultad permanente, sea como acto aislado (“volición”), sino que define el contenido de una representación. Esta representación, es verdad, llega a ser “motivo” y constituye, en esta calidad, el comienzo de una manifestación de la voluntad. Sin embargo, ella no puede pretender constituir el concepto de la “volición”. Además, hay que conceder que la “actividad propia” que uno se representa como “medida de sa-

(4) Cf. mis trabajos: *Der Notstand, ein Schuldproblem; Normativer Schuldbegriff*, en “Homenaje a Frank”, 1930, tomo I, pág. 428 y sigts. (traducido al castellano por MARGARITA GOLDSCHMIDT y RICARDO C. NÚÑEZ bajo el título *La concepción normativa de la culpabilidad*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1943); cf. también, WERNER GOLDSCHMIDT, *La culpabilidad*, en Revista de Derecho Público, Madrid, tomo IV, 1935.

(5) *Normativer Schuldbegriff*, pág. 442.

(6) *Hauptprobleme*, pág. 162.

(7) *Die Welt als Wille und Vorstellung*, parte 2ª, cap. 19.

(8) *Über den Willen in der Natur*.

(9) *Hauptprobleme*, pág. 112.

tisfacer la aspiración”, es la diferencia específica que distingue la “voluntad” de toda otra “aspiración”. No obstante, para definir, a su turno, el concepto de la “actividad”, es necesario recurrir al concepto de la “voluntad”, de manera que lo “definiens” nos remite a lo “definiendum”. KELSEN niega, repetidas veces <sup>(10)</sup>, a la voluntad, como “causa”, la calidad de “voluntad en el sentido psicológico”; incluso le niega la calidad de “voluntad” en general. Pero entonces, ¿dónde se debe clasificar este “acto psíquico de impulsión de los nervios motores”, aun cuando el fenómeno paralelo o posterior, este es, la contracción muscular, pudiera ser calificado de “fisiológico”? Fuera de este dualismo, no se puede establecer otro <sup>(11)</sup>. KELSEN mismo admite que la “impulsión psíquica de los nervios motores” constituye un “acto parcial del fenómeno de la volición” <sup>(12)</sup>. No es necesario exigir nada más. El hecho de que este “acto parcial” no pueda ser “aislado”, no es perjudicial; tampoco lo es la aseveración contestable de que este acto psíquico “se sustrae a la observación de sí mismo”. En suma, aunque exista solamente una “voluntad consciente”, cuyo mínimo, vale decir, la “espontaneidad” se juzga a veces como jurídicamente suficiente para imputar resultados no intencionales, la calidad de “causa” es esencial para el concepto de la “voluntad”.

5. KELSEN, para demostrar su tesis, de que “querer” y “causar” son dos cosas muy diferentes, se refiere a los numerosos casos en los cuales no coinciden la voluntad y el resultado. He aquí su argumentación: Supuesto que querer sea causar, entonces todo lo que es causado, debería ser también querido <sup>(13)</sup>. Sin embargo, esta argumentación sólo es concluyente contra aquellos que, sin más, identifican “el acto parcial del fenómeno de la volición”, a saber, “la impulsión psíquica de los nervios motores”, con la voluntad,

(10) *Hauptprobleme*, págs. 116 y sigts., 154.

(11) Como RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904, pág. 107, lo ha hecho. Contra él, con razón, KELSEN, *Hauptprobleme*, pág. 154. La ineptitud del concepto fisiológico de la volición ha sido demostrada por MORITZ LIEPMANN: *Einleitung in das Strafrecht*, 1902, pág. 27 y sigts.

(12) *Hauptprobleme*, pág. 154.

(13) *Hauptprobleme*, págs. 116, 152.

aun cuando este acto hubiera sido realizado inconscientemente. Por lo demás, la tesis de que la función causal es indispensable para la volición, no lleva a la conclusión de que todos los resultados ocasionados por la volición sean queridos. Más bien, como la volición se compone de dos elementos: el "motivo" y la "impulsión psíquica de los nervios motores", existe la posibilidad de que el resultado causado por ésta y la representación que constituye a aquél, no coincidan. En este caso, es cierto, se califica de "querido" sólo el contenido del "motivo" y no el resultado ocasionado. Sin embargo, esto no puede sorprender, porque el acto de la volición, como KELSEN lo comprueba con razón <sup>(14)</sup>, se consuma con la impulsión psíquica de los nervios motores. Se podría objetar que dicha calificación es completamente independiente del hecho de haberse llegado o no a una impulsión psíquica de los nervios motores. Pero he aquí que nos encontramos con un equívoco acerca del término "voluntad". Se lo emplea en tres sentidos: a) en aquel de una facultad permanente; b) en aquel de una disposición psíquica ("resolución"); c) en aquel de un acto-volición. La esencia es siempre la misma: la transformación de motivación en causalidad. En el primer caso, se trata de la facultad del hombre de llegar a ser causa conforme con su motivación; en el segundo caso, se quiere mencionar el estado del ánimo en el cual uno está dispuesto a transformar su motivación en causalidad (resolución tomada); en el tercer caso, en fin, hacemos referencia a la "volición", es decir, al acto efectivo de la transformación de la motivación en causa. Es al segundo caso al que se hace alusión cuando se califica de "querido" el contenido de una representación, sin tomarse en consideración el hecho de que se ha producido una manifestación de la voluntad. La prevención de KELSEN contra la asociación de la voluntad con la causalidad proviene del hecho de que él apoya su definición de la voluntad sobre el contenido de una representación (cf. supra n°. 4), es decir, que se detiene en un concepto incompleto de la "voluntad" en el segundo sentido.

(14) *Hauptprobleme*, pág. 109.

6. El acto psíquico que consuma la volición, a saber, la impulsión psíquica de los nervios motores, es un fenómeno de la conciencia. De qué manera este fenómeno, es decir, la transformación de lo psíquico en lo físico, se realiza, lo ignoramos y probablemente lo ignoraremos siempre. En este punto nos encontramos frente al problema ontológico o metafísico de las relaciones entre el cuerpo y el alma. El fenómeno de la conciencia de llegar a ser causa es una experiencia personal incontestable; ella no se “sustraer” de ninguna manera “a la observación de sí mismo”, aunque sólo podamos describir este fenómeno, sin poderlo definir. Ateniéndonos al carácter psíquico del acto consumativo de la volición, no encontramos dificultades para explicar el hecho de que reflexionando nosotros dirigimos, espontáneamente, nuestras representaciones en una dirección determinada, es decir, producimos causas, si no en el mundo exterior, por lo menos en el mundo de nuestros pensamientos. La intervención de un factor físico (la impulsión de los nervios) es, por otra parte, indubitable también en este caso; esto se manifiesta por el sentimiento de un esfuerzo, incluso de una fatiga, que sentimos innegablemente al reflexionar <sup>(15)</sup>.

7. No se debe confundir el caso en el cual la volición no tiene más que a efectos psíquicos, con aquel en el cual el proceso de la motivación aun no está concluido. Cuando un hombre sediento tiene miedo de resfriarse y, por ello, suprime su impulsión de beber <sup>(16)</sup>, él no ha llegado a una volición. Más bien, la representación del disgusto de un resfriado inminente, ha triunfado sobre la representación del placer de apagar la sed, y la volición intencional (de beber) no ha tenido lugar. Por consiguiente, la llamada “supresión de una impulsión”, que no es otra cosa que la superioridad de un motivo sobre otro, no constituye aún una “volición”, sin perjuicio de que ocurra otra cosa distinta tan pronto como una reflexión haya intervenido en el proceso de la motivación. La opinión

(15) Cf. LIEPMANN, loc. cit., págs. 43, 45. KELSEN, *Hauptprobleme*, págs. 10, 147, no distingue netamente el concepto psicológico de la volición (impulsión psíquica de los nervios motores) y el concepto fisiológico (la contracción muscular), el cual, por lo demás, carece de valor.

(16) Ejemplo de KELSEN: loc. cit., pág. 110.

opuesta de KELSEN <sup>(17)</sup> recuerda la tentativa de BINDING de probar la causalidad de la omisión, refiriéndose a la “supresión de la impulsión de volverse activo” (“Interferenztheorie”). KELSEN reconoce perfectamente que, en el caso de los delitos cometidos por omisión, no existe causalidad <sup>(18)</sup>. Pero no existe, porque no hay una manifestación de la voluntad <sup>(19)</sup>. De nuevo encontramos aquí el equívoco sobre el término “voluntad”. Hemos visto (cf. supra, n.º. 5) que ya se puede calificar de “voluntad”, el estado del alma en el cual uno está dispuesto a transformar su motivación en causa, es decir, la “resolución tomada”; y el reemplazo de una resolución por otra implica, en este sentido, un cambio de “voluntad”. Pero la característica de esta especie de “voluntad” es que una impulsión psíquica de los nervios motores, es decir, una volición, aun no se ha producido. El sujeto se ha detenido en la “motiyación”.

8. La volición falta en el caso en que una persona omite impedir un acontecimiento perjudicial. Ella se encuentra, al contrario, en el caso opuesto en que tal acontecimiento ha sido prevenido; p. ej., cuando una persona para un golpe de espada a fin de no ser golpeada. Es evidente que en este ejemplo de que se sirve KELSEN <sup>(20)</sup>, la volición se dirige a la acción de parar. KELSEN sostiene, por lo contrario, que ella se refiere a la “negativa” “de no ser golpeado”. Sin embargo, él mismo ha comprobado unas páginas más atrás <sup>(21)</sup>, que hay que tomar como contenido de la voluntad el medio por el cual el fin último de toda aspiración debe ser alcanzado, es decir, el medio por el cual un placer debe producirse, o un disgusto debe evitarse. KELSEN, es verdad, busca mantener la concordancia de los dos pasajes. Pero sólo lo consigue sustituyendo al “golpe” la “herida”, como disgusto evitado. Esta sustitución se podría, naturalmente, continuar efectuando a discreción, ya sea por el impedimento de una infección, de una gangrena, de una mutilación o de la muerte. Es la prevención de KELSEN contra el elemento causal de

(17) *Hauptprobleme*, págs. 110-112.

(18) *Hauptprobleme*, pág. 136 y sigts.

(19) Cf. mi *Metodología Jurídico-Penal*, págs. 32, 33.

(20) *Hauptprobleme*, pág. 113.

(21) *Loc. cit.*, págs. 109, 110.

la voluntad, la que lo lleva a establecer conclusiones para la voluntad, que, sin embargo, reconoce que son inaceptables para la causalidad.

## II

9. Quedamos, pues, en que la esencia de la voluntad en el sentido psicológico es la transformación de la motivación en causalidad, sea como objeto de una facultad permanente, sea como objeto de una disposición psíquica, sea como objeto de un acto efectivo. No existe la menor duda de que el derecho civil y el derecho penal parten de este concepto psicológico al reglar las consecuencias jurídicas que se vinculan a la existencia o no de la voluntad en un caso determinado. KELSEN no ha podido probar lo contrario <sup>(22)</sup>, salvo contra aquellos teóricos del derecho que se esfuerzan en demostrar la existencia de una voluntad en casos en que las leyes o los tribunales la declaran claramente como insignificante. Voy a citar algunos ejemplos.

Una declaración jurídica de voluntad supone lógicamente dos voluntades distintas: la del acto declarativo, que es una volición, y la que es declarada, la cual es una resolución (cf. supra, nota 5). La primera voluntad casi siempre tiene importancia. Si ella falta, como en el caso del error, la declaración es generalmente nula. Ahora bien, existe error excluyente de la voluntad cuando se ha declarado una cosa que no se ha querido declarar. No tiene importancia si la ley trate de descomponer este estado de hecho mediante distinciones superfluas, como lo hace el § 119, I, del Código Civil Alemán <sup>(23)</sup>, siendo lo mismo si la ley prescribe una nulidad de pleno derecho o requiere una acción de nulidad o de rescisión (art. 1117 del Código Civil francés), en fin si ella permite hacer valer la nulidad, en razón de error, violencia o dolo, también en los casos en los cuales no existe falta de voluntad en el sentido mencionado. Por otra parte, la ley tiene pleno poder para tomar a alguien la palabra en el caso en que las consideraciones

(22) *Hauptprobleme*, pág. 126 y sigts.

(23) Ya KELSEN, loc. cit., pág. 129.



debidas a la buena fe de la otra parte lo exijan. Y la preponderancia de estas consideraciones entraña la consecuencia de que la voluntad declarada carece, por lo general, de importancia, de suerte que, sobre todo, la reserva mental no anula la declaración. Todas estas reglas, evidentemente inspiradas en consideraciones teleológicas, no contradicen en nada al hecho de que ellas parten del concepto psicológico de la voluntad. Muy al contrario, ellas manipulan siempre con este concepto, sea que se basen en él, sea que constituyan excepciones. En este último caso, KELSEN no reconoce que “las excepciones confirman la regla” (24). Él no tiene en cuenta que el concepto de la “declaración de voluntad” comprende dos elementos, esto es: el elemento subjetivo, la voluntad, y el elemento objetivo, la declaración, y que las consideraciones debidas a la buena fe han hecho triunfar la “teoría de la declaración” sobre la “de la voluntad”.

10. Me será más fácil entenderme con KELSEN en relación al derecho penal. KELSEN (25) milita con energía en favor del carácter normativo del concepto de la culpabilidad. Como yo ereo ser uno de los fundadores de la “teoría normativa de la culpabilidad”, no tengo el menor motivo para contradecirle; ¡pero no vayamos demasiado lejos! KELSEN ataca la “teoría psicológica de la culpabilidad” por su lado más débil, esto es, por la culpa (“Fahrlässigkeit”). Ya he comprobado antes que la culpa pertenece a aquellos tipos jurídicos en los cuales el elemento normativo ocupa por completo el lugar de todo elemento real. Ahora bien, KELSEN va del carácter normativo de la culpa al carácter normativo de la culpabilidad. Ya esta conclusión me parece que es precipitada. El elemento normativo de la culpa, es decir, la infracción al deber de prestar atención, suple al elemento psíquico inmanente al dolo (“Vorsatz”), esto es a la previsión del resultado, de una manera análoga como, en el caso de los delitos de comisión por omisión (“Begehungsdelikte durch Unterlassung”), el elemento normativo, a saber, la no ejecución de la obligación de evitar el acontecimiento perjudicial, suple

(24) *Hauptprobleme*, pág. 127.

(25) *Hauptprobleme*, pág. 136 y sigts.

la falta de una verdadera acción (26). Por lo tanto, la prueba del carácter normativo de la culpa, no refuta el carácter psíquico de la culpabilidad, sino que más bien lo supone.

Por consiguiente, las deducciones siguientes de KELSEN, que buscan demostrar también el carácter normativo del dolo, sobrepasan su objeto. No pudiendo negar que el dolo implique un elemento psíquico, KELSEN pretende que este elemento forma parte del hecho ilegal, lo mismo que la muerte de la víctima en caso de homicidio (27). Ya que KELSEN tampoco puede negar que todos los otros elementos constitutivos del hecho ilegal son de naturaleza objetiva, sostiene que la ley penal, al suponer "intención" o "dolo", etc., no requiere hechos psíquicos, sino circunstancias exteriores en virtud de las cuales el juez presume los fenómenos psíquicos (28). No se podría reprochar a KELSEN que él trate de poner en relación el elemento psíquico con el imperativo jurídico, cuya infracción constituye la ilegalidad objetiva de la acción criminal; pues la norma de motivación ("Pflichtnorm") cuya infracción constituye en verdad el elemento normativo de la culpabilidad, ha sido establecida por mí recién más tarde (29). Pero no es menos verdad que él ha querido eliminar el elemento psíquico del concepto de la culpabilidad, incluso del concepto del dolo.

El elemento normativo de la culpabilidad, es decir, la infracción a la norma que exige que el individuo se deje motivar por el imperativo jurídico (30), recae sobre un fenómeno psíquico, a sa-

(26) Cf. mi *Notstand, ein Schuldproblem*, loc. cit., pág. 151 y sigts.

(27) *Hauptprobleme*, pág. 139.

(28) *Hauptprobleme*, pág. 157.

(29) 1913 en mi trabajo: *Der Notstand, ein Schuldproblem*, loc. cit.

(30) Ya KANT: *Metafísica de las costumbres*, 1ª. parte, Introducción, III, dice: Toda ley se compone de dos partes. La primera prescribe la acción que se debe ejecutar como objetivamente necesaria, es decir, ella la impone como deber. La segunda es el resorte que liga subjetivamente el móvil de la voluntad con la representación de la ley, esto es, hace del deber un motivo. Yo he transpuesto esta "norma de motivación", inmanente a todo imperativo jurídico, de la esfera moral a la esfera jurídica. La "norma de motivación" es "categórica" en el sentido de que ella reclama el triunfo del motivo del deber de manera absoluta, no admitiendo que se la eluda en virtud de consideraciones utilitarias. Pero ella es "hipotética" en cuanto que no quiere entrar en función sino en el caso de un "conflicto" de motivos, es decir, se con-

ber sobre la motivación. Donde la ley penal supone el “dolo” no es dudosa la existencia de una motivación reprochable, porque el dolo implica siempre la previsión del resultado perjudicial; e incluso allí donde la ley o los tribunales se contentan, en relación al dolo, con la previsión del resultado, y se vacilase en calificar el resultado previsto de “querido”, la motivación reprochable no está ausente. Al reconocerse que la previsión sola no constituye ni voluntad ni culpabilidad, las “teorías de la voluntad” y “de la representación” han sido reemplazadas, desde hace mucho tiempo, en la ciencia del derecho penal, por aquella “de la motivación” (31). Según ésta, existe dolo cuando la previsión del resultado no ha determinado al culpable de la acción criminal, en otros términos: no ha logrado llegar a ser contra-móvil. Yo concedo que esta jurisprudencia, por razones de la práctica criminal, incluye un cierto desvío del concepto psicológico de la voluntad; pero ella no se desvía, de ninguna manera, —y esto es lo esencial— de la base psicológica. Por lo demás, KELSEN a pesar de rechazar varias veces la equivalencia de “previsión” y de “voluntad” (32), no obstante, admite que todo lo que se prevé como necesariamente contenido por el efecto querido, sea también “querido”, aun cuando uno lo lamentase (33).

11. En tanto que la imputación normativa, aunque apartándose del concepto psicológico de la voluntad, presupone un fenómeno psíquico de motivación, no resulta difícil demostrar la compatibilidad de la imputación con las posibilidades del mundo real. ¿Es

tenta con una “legalidad”, aun cuando ésta descansara sobre otros motivos, salvo la idea del deber. Y ella es “hipotética” además, en tanto que se contenta con la “exigibilidad” (“Zumutbarkeit”) al reconocer “causas de exculpación” (“Entschuldigungsgründe”). Ella no exige, pues, ni un “rigorismo”, ni un “heroísmo ético”. Yo he resumido mi teoría, desarrollada en mis trabajos: *Der Notstand, ein Schuldproblem*, 1913, y: *Normativer Schuldbegriff*, 1930, loc. cit. últimamente en mi trabajo: *L' a priori dans le droit et la morale*, Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique, 1937, fasc. 1-2, págs. 131 y sigts., 138 y sigts.

(31) Cf. MAX ERNST MAYER: *Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, 1915, págs. 240 y sigts.

(32) *Hauptprobleme*, págs. 114, 149.

(33) *Hauptprobleme*, págs. 112, 113.

otra la situación en el caso en que el elemento normativo es substituído enteramente al elemento real, a saber en los delitos cometidos por omisión y en la culpa? ¡Seguramente que no!

En los delitos cometidos por omisión, la obligación de prevenir el resultado perjudicial, cuya infracción es equivalente al hecho de haberlo causado, es justificada por la "posibilidad" de ejecutar la volición demandada y de impedir el resultado reprobado (34). El reproche que en estos casos se hace a la motivación, se justifica por el hecho de que la previsión del resultado ilegal y el conocimiento de las circunstancias que constituían la obligación y la posibilidad de volverse activo, no han estimulado al culpable a actuar, en otros términos, no ha llegado a ser motivo. En el caso de la culpa, el deber de poner atención, cuya violación ocupa el lugar de cualquier relación psíquica con el resultado no previsto, está fundado en las circunstancias que implicaban la inminencia del resultado, y que el culpable debía haber conocido, aun cuando no haya reconocido su importancia (35).

12. La polémica de KELSEN se dirige contra una doctrina que busca demostrar la existencia de una voluntad en los casos en que la ley o la jurisprudencia hacen, más o menos, abstracción de ella. Pero él no se detiene en un resultado negativo de su crítica; más bien, él también pretende la existencia de una voluntad en los casos criticados. Sólo que reemplaza el concepto psicológico por un concepto normativo: la voluntad es una proyección en el interior del hombre, en virtud de la cual éste aparece como el término de la imputación (36).

Este es, sin duda, un resultado desconcertante, contrario a las tesis hasta ahora generalmente reconocidas. Estoy de acuerdo con que en algunos casos excepcionales se impone una responsabilidad por un resultado que no se ha causado o querido. KELSEN, sin embargo, no se contenta con deducir de esto que la voluntad y la causalidad no son los fundamentos de la responsabilidad (37) —lo que

(34) Cf. mi: *Metodología Jurídico-Penal*, pág. 3.

(35) Cf. mi *Notstand, ein Schuldproblem*, loc. cit., pág. 155 y sigts.

(36) *Hauptprobleme*, pág. 145.

(37) *Hauptprobleme*, pág. 144.

vendría ya a confundir la regla y la excepción—, sino que sostiene que por voluntad y causalidad no se debe entender más que una responsabilidad impuesta. KELSEN mismo se siente obligado a justificar una terminología tan sorprendente. Dice (38): “El que no desconoce la importancia del lenguaje para el pensamiento, quien comprende la conexión profunda entre palabra y concepto, no se sorprenderá de que la terminología jurídica, tenaz respecto de la palabra voluntad, nos sirva para reconstruir un concepto independiente, a pesar de los vanos esfuerzos de una jurisprudencia “psicológica”, tendientes a restringir o hasta excluir esta terminología a causa de su incompatibilidad con la psicología”. Es notable, sin embargo, que KELSEN, después de haber dirigido su polémica contra los esfuerzos de la jurisprudencia “psicológica”, para extender la aplicación del término jurídico de la voluntad, en contradicción con la psicología, le reproche haber querido “restringirlo e incluso excluirlo”.

### III

13. El concepto kelseniano de la voluntad es normativo, es decir, KELSEN convierte en principio la tendencia criticable y criticada (39) de tomar lo que es “debido” por lo que es “querido” (40), con la sola diferencia de que, desde el comienzo, califica este concepto de la voluntad de “normativo”. A la famosa fórmula kantiana “tú puedes, porque tú debes”, se ha, pues, sustituido así la fórmula kelseniana: “tú quieres, porque tú debes”. En el fondo estas dos fórmulas son equivalentes. Pues el hecho de que la imputación se detiene en el interior de un hombre y proyecta allí una voluntad culpable, está justificado por la argumentación de que la ley de la causalidad no juega más que en la esfera explicativa de la psicología, mientras que para la esfera normativa es necesario partir del postulado del “libre arbitrio” (41). No obstante, la vo-

(38) *Hauptprobleme*, pág. 160.

(39) *Hauptprobleme*, pág. 114.

(40) *Hauptprobleme*, Prefacio de la 2ª. ed., pág. IX: el concepto de la voluntad jurídica no es sino una expresión para el deber jurídico.

(41) *Hauptprobleme*, pág. 157 y sigts.; *Soziologischer und juristischer Staatsbegriff*, pág. 244.

luntad de la Teoría pura del derecho se distingue esencialmente de la “voluntad pura” de la Crítica de la Razón práctica. La “voluntad pura” implica la identidad de la voluntad con la norma autónoma, la voluntad de la Teoría pura del derecho, al contrario, implica la calidad de sujeto de una norma heterónoma infringida (42). En razón de esta diferencia, KELSEN escapa a la objeción que se ha hecho a KANT, a saber, que el “libre arbitrio” exige la distinción entre “voluntad” y “norma” (43); pero, al contrario, él se expone tanto más a las objeciones que SCHOPENHAUER ha formulado contra la conclusión kantiana: “tú puedes, porque tú debes”. “Cuando se ha reconocido una vez claramente”, dice SCHOPENHAUER (44), “que una cosa no es y que no puede ser, ¿para qué sirven, entonces, todos los postulados?” KANT, en rigor, habría replicado a esta objeción, que para él, “poder” (libre arbitrio) y “deber” (autonomía) coinciden (45). Pero para KELSEN, “voluntad” (norma heterónoma infringida) y “deber” se encuentran, justamente, en contraste. ¿Con qué derecho, entonces, la imputación se puede detener en el interior del hombre?

14. Especialmente dos preguntas se imponen frente a la teoría de KELSEN. a) ¿Cómo puede la eficacia de la norma heterónoma sustraerse a la ley de la causalidad? b) ¿Por qué no surge la voluntad, sino en ocasión de la infracción de la norma? (46) La Teoría pura del derecho responde a estas dos cuestiones. Según ella, “un deber” que se impone gracias a una “motivación” y que se presenta como el “resultado causal de la norma objetiva”, existe sólo en la esfera de la autonomía, es decir, en el dominio de las normas morales (47), que, por lo demás, hasta cierto

(42) *Hauptprobleme*, págs. 72 y sigts. 143 y sigts.

(43) Cf. N. HARTMANN: *Ethik*, 2ª. ed., 1935, págs. 92, 629, 682, 690.

(44) *Grundlage der Moral*, ed. Reclam, vol. III, pág. 524.

(45) Cf. también KELSEN: *Soziologischer und juristischer Staatsbegriff*, pág. 244.

(46) Esta es, por lo menos, la idea fundamental del concepto de “la imputación”, aun cuando él se aplique de una manera análoga a las “declaraciones de voluntad” del derecho privado; cf. *Hauptprobleme*, pág. 143..

(47) *Hauptprobleme*, págs. 317, 318.



punto, no implican sólo un “deber”, sino un “ser” (48). En la esfera heterónoma del derecho, no existe un momento real (psíquico) que conduciría desde las normas jurídicas a la voluntad de los individuos. Dado que las normas jurídicas implican un programa del Estado, el concepto del “deber jurídico” está, más bien, constituido por la expectativa de los perjuicios que el Estado va a infligir a un sujeto en el caso de una conducta determinada (49). Por consiguiente, para el método “puramente normativo” no surge la idea de una “causalidad” de la norma, y la idea de un “querer” y de un “deber” no surge más que en el momento de la violación de este último.

Este razonamiento es, sin duda, lógico y hasta irrefutable. KANT, para demostrar la exención de la voluntad de la ley causal, no hace más que tratar de demostrar la identidad de la “voluntad pura” con la “norma”. Lo que el “libre arbitrio” significa en tal sentido, no es en el fondo más que la “libertad” que el Duque de Alba, en el “Egmont” de GOETHE, quiere acordar a los Neerlandeses: hacer lo que ellos deban hacer. KELSEN, al contrario, corta la relación entre la “norma” y el individuo. La norma, este programa del Estado, no concierne, de ninguna manera, al individuo, y éste, en verdad, no puede “contravenir” la norma porque ella no le impone un “deber” en el sentido en que este término es tomado generalmente. Por consiguiente, la idea de una “causalidad” de la norma, en realidad, no puede surgir; pero tampoco puede surgir la idea de un “libre arbitrio”. En efecto, KELSEN, en el fondo, no es un partidario del “libre arbitrio”. Él no lo es ni siquiera en el dominio de las normas llamadas autónomas de la moral, cuya eficacia él se representa como un proceso causal de motivación (50). Si, no obstante, la imputación jurídica se detiene en el individuo, ella no se basa en una construcción normativa, ni deduce su legalización de un “deber”, el cual más bien la remite a un proceso de motivación, es decir, al dominio de la ley causal. No es por un fortuito que para la Teoría pura del derecho el

(48) *Hauptprobleme*, pág. 19 y sigts.

(49) *Hauptprobleme*, pág. 346 y sigts.

(50) *Hauptprobleme*, págs. 317, 318.

concepto de “voluntad”, así como el del “deber”, concluyen en el concepto de la “responsabilidad”.

15. Por diferentes que sean los conceptos de la “voluntad” de KANT y de KELSEN, vuelven a lo mismo, en cuanto son deducidos del concepto del “deber”. Pero por este camino no se llega al “libre arbitrio”, ni al “término de imputación”. Pues el “deber” se impone gracias a una “motivación” y se presenta como “el resultado causal de la norma objetivada”. KELSEN, es verdad, no admite esta concepción, sino para el deber moral, que, según él, es autónomo. Pero la norma moral “objetivada” es para el individuo “heterónoma”, como lo son todas las reglas sociales <sup>(51)</sup>, sin perjuicio de que incluso el acto de la obediencia sea el acto de una voluntad “autónoma” <sup>(52)</sup>; y si la teoría de KELSEN de que las normas jurídicas no son más que un programa del Estado agotara la esencia de las normas jurídicas, no habría ningún deber jurídico, sino solamente cargas o expectativas respecto a la amenaza de un procedimiento judicial <sup>(53)</sup>. Los ciudadanos no se pondrían más la cuestión de “lo que ellos deben, sino de lo que vendrá”. El deber, por consiguiente, remite a la psicología y al “determinismo”, lo que no puede sorprender, ya que todas las normas socia-

(51) Cf. O. v. GIERKE: *Recht und Sittlichkeit*, Logos, vol. VI, 1916-17, pág. 225; MAX ERNST MAYER: *Rechtsphilosophie*, 1922, pág. 42, nota I; mis obras *Prozess als Rechtslage*, 1925, pág. 234; *L' a priori dans le droit et dans la morale*, loc. cit., especialmente, pág. 129, pero también pág. 117 y sigts., pág. 123 y sigts., pág. 130 y sigts.

(52) Cr. MAX SCHELER: *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 1900, pág. 78, nota 2, pág. 520; mi *Prozess als Rechtslage*, loc. cit.; *L' a priori*, loc. cit., pág. 134.

(53) La manera que tiene KELSEN de considerar las normas jurídicas conduce, por lo menos en relación a las normas del derecho privado y del derecho penal, que él califica de “normas jurídicas en el sentido estricto” (*Hauptprobleme*, págs 189 y sigts., 211 y sigts.); al resultado de que las considera exclusivamente desde el punto de vista judicial. Por consiguiente, él llega exactamente a las mismas categorías que yo he establecido para el procedimiento. Remito a mi *Prozess als Rechtslage*, especialmente a las notas 807, 1173, 1259, 1558; a mi *Teoría General del proceso*, 1936, especialmente pág. 69, nota 7. Por lo demás, la teoría de que las “normas jurídicas en el sentido estricto” no implican más que “amenazas”, no es compatible ni siquiera con la suposición que ellas constituyan un “deber” del Estado, a menos que se altere el sentido de este concepto.



les tienden a influir en una voluntad extraña, y tal voluntad se manifiesta, en primer lugar, como “fenómeno” y, en consecuencia, como sujeta a la ley de la causalidad (54).

Se ha objetado, a menudo, que suponiéndose a la voluntad sometida a la ley de la causalidad, no se le podría imponer un “deber”, porque el acto de desobediencia demostraría que el individuo “no podría actuar de otra manera” (55). Pero este razonamiento implica un sofisma, como lo ha demostrado recientemente la “teoría lingüística” (56). “La cuestión de saber si una persona puede obedecer a una orden tiene sentido sólo antes del momento en que la persona debe actuar”. Pues el concepto de la “posibilidad” supone “el porvenir” y “la incertidumbre”. “Tan pronto como el porvenir incierto se ha vuelto un pasado cierto, la cuestión de saber si ha sido posible otra manera de actuar, ha cesado de tener un derecho de existencia”. Pues el legislador moral o jurídico parte de la suposición incontestable de que sus imperativos pueden influir sobre todos los ciudadanos adultos que no sean alienados, y “la desobediencia no contradice esta posibilidad, ya que no tiene ninguna relación con ella” (57).

Por otro lado, y en este punto hay que estar de acuerdo con KANT y KELSEN, uno no se aproxima a la esencia de la “voluntad” quedándose en el dominio de la psicología. No porque, como supone KELSEN, el fenómeno psíquico de la “voluntad” sea una ilusión a la que sólo se ha llegado “hipostasiando” el postulado normativo como una “realidad psíquica” (58). Yo me refiero, más bien, al concepto psicológico de la “voluntad” que he establecido más arriba (n.º 5), definiéndola como “transformación de motivación en causalidad”. Pero contentándose con el concepto jurídico de la

(54) Cf. mi: *L' a priori*, pág. 134.

(55) Cf. KANT: *Kritik der praktischen Vernunft*, ed. Reclam, pág. 115 y sigts., pero también KELSEN: *Hauptprobleme*, págs. 158, 159.

(56) WERNER GOLDSCHMIDT: *Die Schuld im Straf- und Zivilrecht*, 1934, n.º. 39; *La culpabilidad*, loc. cit., pág. 30 y sigts.; *Der Linguismus und die Erkenntnistheorie der Verweisungen*, 1936, pág. 91 y sigts.

(57) Cf. WERNER GOLDSCHMIDT: *La Culpabilidad*; ya apoyándose en este autor, mi: *L' a priori*, loc. cit., pág. 137; y mi: *Problemas jurídicos y políticos del Proceso Penal*, 1935, pág. 17.

(58) KELSEN: *Soziologischer und juristischer Staatsbegriff*, pág. 244.

“voluntad”, se permanece en la esfera explicativa y bajo el dominio de la ley de causalidad. No obstante, el “libre arbitrio” y el “término de imputación” siguen siendo los dos pilares de la “voluntad”.

16. Existe otra esfera fuera de la explicativa y de la normativa, esto es, la esfera volitiva o emocional, y en ella es necesario buscar la esencia de la “voluntad”. Esta comprobación parecería una verdad bastante banal, si hasta ahora ella no hubiera sido oscurecida por el prejuicio de que el “querer” forma parte del “ser”, y de que debe estar subordinado, por consiguiente, a la esfera explicativa de la psicología. El propio KELSEN no ha podido escapar a este prejuicio (59), a pesar de que, al mismo tiempo, trata de liberar a la voluntad de su enlace psicológico. Sin embargo, no ve otra posibilidad que la de transferirla a la esfera normativa. Seguramente, el “querer” hace parte del “ser”, y si nosotros hacemos, sea de la voluntad propia, sea de la voluntad ajena, el objeto de nuestra percepción, de nuestra representación o de nuestros razonamientos, ella cae como “fenómeno” en la esfera explicativa de la psicología y, en consecuencia, bajo la ley de la causalidad. No obstante, el “querer” no es sólo un objeto de nuestro conocimiento; él es, más bien, a la vez, una función mental independiente elemental, que como tal tiene sus condiciones particulares, análogas a las de la percepción y de la razón, y que tiene, además, su propia experiencia (60). Como el “psicologismo” ha sido abandonado en la “teoría del conocimiento”, es preciso superarlo en la “teoría de la voluntad” (61). En síntesis, necesitamos una “Filosofía trascendental de la voluntad”, análoga a la “Filosofía trascendental de la razón” establecida por KANT. La vía hacia una “Crítica de la voluntad” ha sido abierta por SCHOPENHAUER que reconoció en la voluntad la

(59) Cf. su observación contra KIRSCHMANN: *Hauptprobleme*, pág. 158, nota 4.

(60) Para todo lo que sigue, remito a mi trabajo: *L' a priori dans le droit et dans la morale*, loc. cit., cap. VI.

(61) El trabajo de HEINRICH MAIER: *Psychologie des emotionalen Denkens*, 1908, sigue absolutamente el método psicológico.

“cosa en sí”. Pero SCHOPENHAUER se ha detenido a mitad del camino. Él sólo creyó suministrar una contribución a la Crítica de la razón pura, y, por consiguiente, no ha salvado la esfera explicativa.

Si se prosigue el camino en que SCHOPENHAUER se ha comprometido, se llega, en primer lugar, al resultado de que el “libre arbitrio es el a priori de la voluntad. Esto quiere decir que él condiciona, independientemente de la experiencia, la posibilidad de cada acto de querer, y he ahí la respuesta a la cuestión fundamental de una crítica de la voluntad, concebida en términos kantianos: ¿Cómo es posible un querer? No nos hace falta saber, si para la esfera explicativa el “libre arbitrio” es transcendente y reside en el “carácter inteligible” (62). Para la esfera emocional él constituye, ciertamente, la suposición “transcendental”. El “libre arbitrio” no vale más que para los propios actos del individuo. No vale ni cuando juzgamos los actos de otros, ni cuando observamos nuestros propios actos y reflexionamos sobre ellos. Entonces, ellos siguen siendo “fenómenos” de la esfera explicativa y están sometidos a la ley de la causalidad.

Sin embargo, las cosas toman de nuevo otro aspecto, si pasamos de la esfera explicativa a la esfera de la voluntad. Para la voluntad, los objetos del mundo exterior no son “fenómenos”, sino “resistencia”. Cada tentativa del hombre para imponer su voluntad al mundo exterior, encuentra esta “resistencia”. Por esto, se adquiere la convicción de la existencia de “cosas en sí” y de una “voluntad” o “fuerza” que les es inmanente. A las “cosas en sí”, contra las cuales nuestra propia voluntad choca, pertenece, sobre todo, la voluntad de los otros hombres. De esta resulta que para la esfera volitiva, la voluntad, también de los otros hombres, está exenta de la ley de causalidad, es decir, que ella es el “término de imputación”.

De esta manera se llega al resultado de KELSEN, sin partir de la esfera normativa, sino fijando sus ideas directamente sobre la

(62) KANT: *Kritik der reinen Vernunft*, ed. Reclam, pág. 432 y sigts.; *Kritik der praktischen Vernunft*, ed. Reclam, pág. 118 y sigts.

esencia transcendental de la voluntad. El establecimiento del “término de imputación” no se basa en la suposición de un “deber”, que conduce más bien a atenuar las consecuencias (63). Él tiene su raíz inmediatamente en la tendencia emocional de detenerse en, aquél con el cual nuestra propia voluntad ha chocado. El hecho de que la Teoría pura del derecho haya llegado a establecer este concepto, se explica por el hecho de que ella concibe las normas jurídicas (en sentido estricto) exclusivamente como advertencias que indican de qué manera el Estado hará efectiva la “responsabilidad”.

---

(63) Cf. mi: *L' a priori*, loc. cit., págs. 128 y sigts., 135 y sigts.