

La teoría pura de la imputabilidad jurídica

Waldir Severiano de Medeiros Júnior¹

SUMARIO: I. - Introducción; II. - Crítica al libre albedrío; III. - Crítica de la condición de *posibilidad* de la imputación jurídica; IV. - Crítica de la libertad práctica; V. - Crítica del significado de la función sociopsicológica de la imputación jurídica; VI.- Conclusión; VIII. - Bibliografía

RESUMEN: El artículo examina la teoría de la imputabilidad jurídica de Kelsen en los siguientes puntos: la crítica amplia y detallada del libre albedrío o de la libertad absoluta de la voluntad como condición de posibilidad de la imputabilidad jurídica; la identificación de la voluntad abstractamente determinable, inherente a la composibilidad de libertad y determinismo, como condición real de posibilidad de la imputabilidad jurídica; la aclaración de la relación entre la idea de libertad práctica y el instituto de la imputabilidad; y la demostración del sentido (contra)motivacional de la función sociopsicológica de la imputabilidad jurídica.

PALABRAS CLAVE: teoría pura del derecho – imputabilidad jurídica – libertad de la voluntad – libre albedrío – función sociopsicológica de la imputación

ABSTRACT: The paper examines, using bibliographic methodology, the Kelsen's theory of the legal imputability, in whose development the following points stand out: the broad and detailed criticism of the free will or absolute freedom of the will as a condition for the *possibility* of the legal imputability; the indication of the abstractly determinable will, substantiating the composibility of freedom and determinism, as the true condition of *possibility* of the legal imputation; the

¹ Doctor en Derecho y Justicia (FDUFMG). Profesor de Derecho en ICSA, UNIFAL-MG. E-mail: waldirmsjunior@gmail.com

clarification of the relationship between the idea of practical freedom and the institute of the imputability; and the demonstration of the (counter)motivational meaning of the socio-psychological function of the legal imputability.

KEYWORDS: pure theory of the law – legal imputability – freedom of the the will – free will – sociopsychological function of the imputation.

I.- Introducción

En este estudio, realizado con metodología bibliográfica, nos centraremos en las siguientes cuestiones que conforman la teoría de la imputabilidad jurídica de Kelsen (PAULSON, 2001): **a)** el rechazo de la idea de que la función sociopsicológica de la imputación jurídica, para ser viable, presuponga el libre albedrío o cualquier otra idea de libertad absoluta de la voluntad, ya que, por el contrario, lo que la práctica de la imputación presupone es un tipo específico de causalidad, a saber, la causalidad asociada a la voluntad humana abstractamente determinable; **b)** el establecimiento claro y detallado de la voluntad abstractamente determinable como fundamento de la posibilidad de imputación; **c)** la aclaración del significado real de la libertad ética relacionada con el instituto de la imputabilidad; y **d)** la indicación del significado de la función sociopsicológica connatural a toda imputabilidad, incluida la imputación retributiva, a saber, la contra motivación preventiva.

Otras cuestiones vinculadas no serán tratadas aquí – como la distinción entre la imputabilidad en sí (es decir, la imputabilidad como deber-ser) y los principales factores del orden del ser más estrechamente relacionados con ella, a saber, el acto de voluntad que produce la imputabilidad y el acto de voluntad que su función sociopsicológica puede provocar; y lo que vendría a ser un fundamento (ideológico) de legitimidad para la imputabilidad basado en el pensamiento de Kelsen, especialmente sus coordenadas axiológicas relativistas (por ejemplo, la libertad dentro de los límites del empirismo, el derecho positivo como pacificación social y la justicia como democracia). Se trata de cuestiones que, por no estar directamente relacionadas con la teoría de la imputabilidad de Kelsen, así como por la necesidad de delimitar el objeto y pretensiones de cualquier investigación, no serán abordadas en esta ocasión.

Dicho esto, comencemos.

II.- Crítica al libre albedrío

Un punto comúnmente pasado por alto es que Kelsen se ocupa de disipar la creencia de que sólo una voluntad absolutamente libre es capaz de explicar la imputación jurídica. Y esto lo hace sólo para allanar el camino a la constatación de que, en realidad, no hay incompatibilidad entre imputabilidad y causalidad, sino que son compatibles (KELSEN, 2001d, p. 344-346), presuponiendo la primera a la segunda o, más exactamente, una manifestación específica de ésta, a saber, la ley de la motivación (KELSEN, 2001a, p. 229).

Para empezar, la crítica de Kelsen se dirige contra al menos diez formas diferentes de concebir la creencia en el libre albedrío que pueden observarse en la experiencia común. Estas son:

- a)** el libre albedrío como opuesto a la ley de causalidad;
- b)** el libre albedrío como ficción necesaria;
- c)** el libre albedrío como conciencia o sentimiento subjetivo;
- d)** el libre albedrío como hecho inferible de la experiencia del remordimiento;
- e)** el libre albedrío como el poder de actuar según la voluntad;
- f)** el libre albedrío como la única facultad capaz de explicar el hecho de que sólo los seres humanos sean considerados imputables;
- g)** el libre albedrío como ausencia de obstáculos a la decisión de la voluntad;
- h)** el libre albedrío como imprevisibilidad;
- i)** el libre albedrío como antídoto contra la "disculpología determinista"; y
- j)** el libre albedrío como criterio de justicia retributivista.

Así las cosas, debemos analizar ahora con detenimiento la denuncia que hace Kelsen de la insostenibilidad de cada uno de estos argumentos a favor del libre albedrío.

Porque sólo cuando conozcamos la crítica de Kelsen al dogma del libre albedrío podremos entender su demostración de que, a pesar de las diferencias entre

imputabilidad y causalidad, son compatibles (composibles). En efecto, la primera presupone la segunda.

a) El libre albedrío como opuesto a la ley de causalidad

Kelsen comienza su crítica del libre albedrío abordando la que quizá sea la mayor creencia común sobre el libre albedrío: que el libre albedrío es el antónimo, el opuesto diametral y la antípoda del determinismo causal.

Aquí, la creencia común es “correcta”, porque todo y cualquier libre albedrío, independientemente de su ropaje terminológico y de su acento doctrinal, consiste exactamente en esto: una supuesta voluntad absolutamente libre de los vínculos de la determinabilidad, especialmente de la determinabilidad causal, o, lo que es lo mismo, una supuesta voluntad dotada de la capacidad de, por sí misma, prestarse como causa de efectos, sin que, sin embargo, ella misma pueda ser vista como efecto de causas (KELSEN, 2006, p. 104).

La esencia de la idea del libre albedrío reside en esta pretensión de una voluntad humana absolutamente desvinculada del determinismo causal y capaz de funcionar como causa incausada, punto de origen, punto cero, de un efecto: la acción o el hecho humano.

Incluso cuando hablamos de grados de libre albedrío, seguimos hablando de una voluntad absolutamente libre, porque los grados no se refieren a la supuesta facultad del libre albedrío en sí, sino a las condiciones empíricas, como la ausencia de coacción externa y la posesión de facultades mentales – para su ejercicio.

Esto significa que estas condiciones, si no se cumplen o no se cumplen satisfactoriamente, hacen imposible – en todo o en parte – el ejercicio de una voluntad que se cree capaz de causar absoluta, indeterminada e indiferentemente la conducta humana. Más, si se cumplen debidamente hacen posible el ejercicio de una voluntad que se cree capaz de causar absoluta, indeterminada e indiferentemente el efecto de la conducta humana.

Para Kelsen, tal libertad de la voluntad, más allá de sus contradicciones internas (¿una voluntad absolutamente libre que es relativamente ejercitable?!), no puede concebirse ni probarse en el ámbito de la experiencia posible, que se rige probabilísticamente por el determinismo causal.

No por casualidad el libre albedrío – es decir, la creencia en una voluntad capaz de decidir por sí misma a pesar de cualquier determinabilidad – se ha imaginado

siempre como un atributo del alma inmortal objeto de la acción retributiva divina – y por tanto como un atributo claramente metafísico-religioso (KELSEN, 2006, p. 104).

Por ello, a no ser que se quiera tomar al sujeto jurídica y empíricamente imputable como un sujeto religioso y metafísicamente imputable, no tiene sentido, de hecho es un completo disparate, la suposición que Kelsen no dice que es *imposible* por la condición *probabilística* de su determinismo causal de una voluntad absolutamente libre para hacer posible la comprensión del instituto de la imputabilidad, por lo demás compatible (composable), como pronto veremos, con el determinismo causal (KELSEN, 2006, p. 104-105).

b) El libre albedrío como ficción necesaria

A continuación, se presenta la objeción de Kelsen al argumento del libre albedrío como ficción.

Se trata de un argumento que, desde un punto de vista científico, ni siquiera merecería ser tomado en serio, puesto que él mismo avanza la inexistencia de su objeto (en este caso, el libre albedrío), si la criatura humana no tendiera a preferir una "dulce mentira" o una "mentira necesaria" a una "verdad inconveniente", y si pensadores importantes, como Platón (que recomendaba el retributivismo para el vulgo y un intelectualismo ético para los elegidos) (RUSSEL, 1957, p. 107-108), Kant (cuyo reconocimiento de la imposibilidad de conocer la existencia de su sujeto inteligible absolutamente autónomo no le impide *postularlo* como si pudiera conocerse su existencia) (KELSEN, 2006, p. 411) y Vaihinger (2011) (quien, alentado por el perspectivismo nietzscheano, acaba reduciendo el conocimiento al ficcionalismo del *como si*), no hubieran opinado, cada uno a su manera, en esta dirección.

A diferencia del argumento anterior, en el que quien lo adopta, a pesar del carácter forzado de la idea del libre albedrío, cree firmemente en la existencia del libre albedrío (a veces precisamente porque es forzado, como ocurre con el *credo quia absurdum*), en el argumento en cuestión, en el que el libre albedrío absoluto es visto como una ficción, quienes lo defienden muestran algo de hipocresía, desesperación o burdo pragmatismo, pues racionalizan conscientemente la "ficción" (en este caso, eufemismo de "mentira" o, cuando menos, de "no verdad") del libre albedrío en favor del mantenimiento de la imputabilidad retributivista.

En este sentido, a pesar de la más que probable inexistencia del libre albedrío, las personas, o en todo caso la mayoría de las personas, necesitan creer que están dotadas de libre albedrío, so pena de poner en peligro el sistema ético-imputativo convencional (léase: el sistema de imputabilidad retributivista, única forma de imputabilidad concebible bajo el credo del libre albedrío).

Como puede verse, hay rastros de elitismo en esta postura. Porque el libre albedrío debe ser mantenido conscientemente como una ficción sólo por los ilustrados. Mientras que el resto de la sociedad debe continuar creyendo que tiene libre albedrío (KELSEN, 2001c, p. 320-321).

Sin embargo, según la refutación de Kelsen (2006, p. 106), este argumento, al menos desde un punto de vista científico, no tiene razón de ser. Porque, como demostraremos más adelante, la realidad del instituto de la imputabilidad no supone ni necesita suponer la ficción del libre albedrío, ya sea porque es compatible con el determinismo causal (incluso la tesis de la imputabilidad posibilitada por la creencia ficticia en el libre albedrío acaba suponiendo el determinismo, es decir, que esta creencia acaba influyendo, como motivo, en la determinación de la acción) (KELSEN, 1995, p. 243), ya porque incluso puede identificarse con la libertad humana, siempre que por libertad humana entendamos libertad humana posible, es decir, libertad empírica, relativa.

c) El libre albedrío como conciencia o sentimiento subjetivo

A continuación, otro argumento a favor del libre albedrío esgrimido por el jurista vienés es que tenemos libre albedrío porque subjetivamente *sentimos* que lo tenemos.

Sin embargo, como se desprende de las refutaciones de Kelsen a este tipo de argumentos, sentir o tener la impresión de que algo existe o es de tal o cual manera no significa necesariamente que ese algo exista realmente o sea realmente de tal o cual manera.

Lo que importa, a efectos de conocimiento, es la verificación objetiva de esa conciencia o concepción subjetiva de una voluntad absolutamente libre de las ataduras de la determinabilidad que no pocas veces atormentan al ser humano en sus introspecciones.

Y, según el maestro austriaco, no hay nada en la conciencia (aparte del sentimiento de una voluntad expansiva) que corresponda a una voluntad

absolutamente libre: antes bien, lo único que la psicología empírica que se coloca bajo el signo de la causalidad (KELSEN, 2011, p. 56) verifica objetivamente es una psique que, aunque extremadamente compleja, opera según sus propias leyes, por peculiares que sean.

Así, si una persona tiene la impresión subjetiva de que es, por ejemplo, bella, fuerte, inteligente y dotada de libre albedrío, no se deduce que lo sea realmente (KELSEN; CAMPAGNOLO, 2002, p. 124-125).

Por ello, objetivamente, al menos resulta frívolo concebir el sentimiento de una voluntad absolutamente libre como piedra angular de algo tan serio como la imputabilidad, especialmente la jurídica. (Recuérdese, por cierto, que la psicología evolutiva actual tiende a considerar el sentimiento de libertad de la voluntad como una especie de ilusión seleccionada por su mayor "valor de supervivencia" frente al realismo determinista. Sí, parece que, desde el punto de vista de la naturaleza, el sentimiento de libre albedrío era/es una ilusión necesaria) (WILSON, 1999, p. 114).

d) El libre albedrío como hecho inferible de la experiencia del remordimiento

Casi imperceptiblemente, este argumento del libre albedrío como sentimiento o concepción subjetiva se transmuta en el argumento de que el libre albedrío tiene que existir porque, de lo contrario, no podríamos entender el remordimiento, el arrepentimiento, la punzada de la conciencia, etc.

En otras palabras, si el ser humano siente esos sentimientos de autocensura por una falta cometida es porque, en el momento en que decidió cometerla, era (o siente que era) absolutamente libre de decidir en sentido contrario, es decir, de evitarla.

Por tanto, el autorreproche sería un indicio de que uno podría haber elegido de forma absoluta, indeterminada e indiferente actuar de un modo distinto al que condujo a la conducta reprochable.

Según Kelsen, el argumento del remordimiento, del arrepentimiento o de la punzada de conciencia es, cuando menos, frágil, tanto porque se trata de un sentimiento (y ya sabemos cómo el sentimiento, para Kelsen, es una referencia precaria para fundamentar el conocimiento de cualquier cosa), como porque las personas no pocas veces sienten remordimiento, arrepentimiento o punzada de conciencia por diferentes motivos (KELSEN, 2006, p. 106).

Pero, sobre el punto en cuestión, la principal refutación de Kelsen (2006, p. 106-107) es la siguiente: las personas sienten remordimientos, pesar o una punzada de conciencia incluso cuando han actuado a sabiendas de que no podían haber hecho otra cosa. Sí, ni siquiera el determinista más convencido puede librarse de las autorrecriminaciones. Lo cual, empíricamente, sólo puede significar lo siguiente: que la culpabilidad (*lato sensu*) o la inocencia no es una cuestión de libre albedrío o de la relación entre una voluntad absolutamente libre y la conciencia en el momento del comportamiento, sino simplemente una cuestión de la relación entre la voluntad *empírica* y la conciencia *empírica* en el momento del comportamiento (KELSEN, 2006, p. 137).

De hecho, la culpabilidad (en sentido amplio) es la conciencia que acompaña al acto volitivo-conductual considerado incorrecto (las diversas formas y grados en que esto puede ocurrir determinarán los distintos tipos de culpabilidad), y la inocencia es la conciencia que acompaña al acto volitivo-conductual considerado correcto.

De ahí que los sentimientos de culpa e inocencia sean más acusados en el animal humano, dado el nivel completamente distinto de su conciencia.

El examen de dicha conciencia cuando la voluntad se traduce en conducta es importante a efectos de comprender las particularidades de la determinación (contra)motivacional que guio la manifestación volitivo-conductual del agente, pero en modo alguno para disipar el determinismo que, por otra parte, sigue siendo determinismo a pesar de su grado o consistencia, en términos de previsión y/o intención de la conciencia, y el juicio de (no) imputabilidad, cuyas configuraciones y ajustes, especialmente en el momento de la (no) aplicación de la sanción impuesta, serán tanto más satisfactorias cuanto más informadas estén por un diagnóstico capaz de captar las sutilezas del determinismo (contra)motivacional (KELSEN, 2001b, p. 268).

e) El libre albedrío como el poder de actuar según la voluntad

Además, Kelsen tiene clara la diferencia entre el *poder de actuar como uno desea* y el *poder de elegir lo que uno desea*. Una diferencia que, por cierto, Schopenhauer (2002, p. 35-132) fue el primero en demostrar de forma clara y sistemática.

De hecho, el libre albedrío existiría si los seres humanos pudieran elegir su propia voluntad con absoluta libertad, en otras palabras, si los seres humanos pudieran elegir su propia voluntad indiscriminadamente.

Sin embargo, la voluntad no se elige a sí misma, o, en todo caso, no se elige a sí misma con absoluta libertad, porque, al menos en el marco de la experiencia posible, no es sólo causa de efectos, sino también, y principalmente, efecto de causas.

Lo único que se le concede al ser humano es *la libertad de actuar como quiera*, es decir, el *poder de dar rienda suelta a su voluntad*, y aun así bajo la condición obvia de la ausencia de obstáculos (como limitaciones físicas, pobreza, dependencia, alienación, opresión política, etc.) (BERLIN, [s.d.], p. 166-217).

Por cierto, es precisamente la libertad de dar rienda suelta a la propia voluntad (*libertad de actuar como uno quiera*), y no la libertad de elegir la propia voluntad (*libertad de elegir lo que uno quiera*), lo que hace posible la imputabilidad.

Pero esto no es libre albedrío, porque es sólo la libertad de la voluntad empírica, por tanto posible, por tanto relativa, y por tanto identificable con la causalidad como determinismo abstracto-motivacional (KELSEN, 2006, p. 107).

f) El libre albedrío como la única facultad capaz de explicar el hecho de que sólo los seres humanos sean considerados imputables

También se dice, continúa Kelsen, que la facultad del libre albedrío debe existir porque sólo tal facultad podría explicar por qué no consideramos imputables a las cosas inanimadas y a los animales, sino sólo a los seres humanos.

Sin embargo, como se apresura a señalar el pensador austriaco, sólo los seres humanos son imputables porque el deber-ser establecido por la imputación se refiere únicamente al comportamiento humano o, más exactamente, se refiere a algo cuya representación sólo puede funcionar como causa del comportamiento humano (KELSEN, 2006, p. 107-108).

A grandes rasgos, se sabe que las cosas inanimadas producen y sufren una acción causal y que los animales causan efectos y sufren influencias causales.

Sin embargo, la representación normativa especialmente la representación de la sanción impuesta sólo puede actuar como causa en el seno de la especie humana. Incluso en el pasado, cuando las cosas irracionales y los animales eran colocados como objeto de un juicio imputativo, existía una cierta intención de que también repercutiera indirectamente, a modo de ejemplo contramotivacional, en la criatura humana (KELSEN, 1943, p. 320-321).

g) El libre albedrío como ausencia de obstáculos a la decisión de la voluntad

Siguiendo adelante, otro argumento a favor del libre albedrío es el que, según la observación de Kelsen, señala al libre albedrío como sinónimo de la posibilidad de decidir libre de obstáculos.

Tanto es así que cuando esta posibilidad no se cumple, poniendo en peligro la decisión del libre albedrío, los ordenamientos jurídicos modernos descartan la imputabilidad.

Es el caso, por ejemplo, del niño y del enfermo mental, o del adulto en su sano juicio sometido a "coacción irresistible", ya que los dos primeros, debido a su constitución psíquica inferior a la constitución psíquica considerada normal, y el tercero, debido a la presión irresistible, se ven impedidos de ejercer satisfactoriamente su supuesto libre albedrío (KELSEN, 2006, p. 108).

Sin embargo, para el filósofo del derecho vienés, este argumento tampoco se sostiene.

En parte porque los niños y los enfermos mentales no son inimputables por el hecho de que su condición psíquica limitada ponga en peligro el ejercicio de su supuesto libre albedrío, sino porque esa limitación psíquica pone en peligro la posibilidad de que sean conducidos "[...] con bastante eficacia a la conducta prescrito a través de la representación [contramotivacional] de normas jurídicas [...]" (KELSEN, 2006, p. 108); y en parte porque, en el plano de la experiencia posible, todas y cada una de las conductas tienen lugar bajo la "coacción irresistible" de la causalidad, no siendo los casos de "coacción irresistible" más que casos de "coacción irresistible" *extraordinaria*, en los que la irresistibilidad de la coacción extraordinaria, precisamente por ser extraordinaria, es más poderosa que la irresistibilidad de la coacción *ordinaria*, es decir, que se supone eficaz sobre el "tipo medio de ser humano" que actúa en el "tipo medio de circunstancias" (KELSEN, 2006, p. 108-109).

En definitiva, los factores que comúnmente eluden (inimputabilidad) o atenúan (semi-imputabilidad) la imputabilidad no son los que dificultan el ejercicio del libre albedrío, "la decisión del libre albedrío", sino, en realidad, los que dificultan en todo (inimputabilidad) o en parte (semi-imputabilidad) la habitual eficacia contra motivacional (sociopsicológica) de la representación de la sanción impuesta.

h) El libre albedrío como imprevisibilidad

Continuando, que el libre albedrío existe porque no somos capaces de predecir la conducta humana, interfiriendo ya el propio ejercicio de la premeditación en la determinación de la conducta futura como señala, por ejemplo, Max Planck, ciertamente bajo la impresión del llamado "efecto observador" de la mecánica cuántica, es otro argumento en favor del libre albedrío al que se enfrenta Kelsen (2001d, p. 339-344).

En efecto, como suelen añadir quienes así argumentan, después de toda la incertidumbre y previsibilidad meramente probabilística-estadística demostrada por la física cuántica, ya no puede hablarse, de una vez por todas, de determinismo causal, sonando más plausible la hipótesis del indeterminismo o libre albedrío que la del determinismo volitivo.

Sin embargo, este tipo de argumentación es el resultado de una serie de malentendidos.

En primer lugar, la imprevisibilidad no es lo mismo que el indeterminismo, sino el conocimiento determinable (relativo), es decir, el desconocimiento o desconocimiento de todos los factores que contribuyen a determinar el fenómeno investigado.

En segundo lugar, para Kelsen la previsibilidad no es el elemento crucial en el proceso de constitución del conocimiento. En el caso del comportamiento humano, por ejemplo, sólo es posible desentrañar los motivos que probablemente lo determinaron observando conductas que ya han tenido lugar. Y que sea posible calibrar algún patrón de conducta mínimamente satisfactorio y proyectarlo hacia el futuro no es tanto una cuestión de conocimiento científico-causal como tal, sino de avanzar (KELSEN, 2001d, p. 330) en él y de querer utilizarlo para ese fin práctico predictivo.

En tercer lugar, porque el probabilismo, a juzgar por la revisión crítica de Kelsen (1943, p. 249 y ss.) de la teoría de la causalidad, se parece *más* a una actualización empírico-positivista del principio de causalidad que a su descarte.

Y, en cuarto lugar, porque la carga de la prueba en el debate libre albedrío *vs.* determinismo recae sobre el defensor del libre albedrío, ya que todos y cada uno de los fenómenos incluidas las acciones humanas están, al menos desde un punto de vista probabilístico, causalmente determinados. La causalidad de algunos fenómenos

puede ser más fácil de detectar (véanse los fenómenos regulados por la causalidad mecánica) que la de otros (véanse los fenómenos humanos regulados por la ley de la motivación abstracta). En cualquier caso, probabilísticamente hablando, cualquier fenómeno está bajo la égida del determinismo causal.

i) El libre albedrío como antídoto contra la "disculpología determinista"

Pero si el libre albedrío probablemente no existe; si probablemente sólo hay determinismo(s); y si, como suele decirse, "comprenderlo todo es perdonarlo todo", ¿no se convertiría el determinismo, en el contexto de la vida humana, en disculpología?

No, asegura Kelsen, tanto porque, como veremos con más detalle a continuación, la imputabilidad, aunque distinta de la causalidad, es compatible con ella e incluso la presupone, porque es perfectamente posible comprender, perdonar y no renunciar a las consecuencias imputadas (KELSEN, 2006, p. 109), sobre todo cuando se entiende que éstas no tienen como función o finalidad intrínseca la venganza.

j) El libre albedrío como criterio de justicia retributivista

Pero, en última instancia, ¿cómo abordamos la cuestión de la retribución? Si no hay libre albedrío, ¿cómo puede ser viable la imputación retributivista? Sin libre albedrío, ¿cómo concebir el retributivismo punitivo, que castiga a los socialmente inadaptados y a los llamados "perdedores", y el retributivismo meritocrático, que premia a los socialmente adaptados y a los llamados "ganadores"?

Kelsen nos enseña que, en la medida en que se entienda que la imputabilidad es efectivamente posible por una razón distinta del libre albedrío, el modelo retributivista (o, en todo caso, el modelo retributivista ideológico) de la imputabilidad cae por tierra, al tiempo que se abre la posibilidad de entender *críticamente* la técnica imputativa a la luz de otros modelos, como el modelo preventivo-prospectivista (KELSEN, 1995, p. 276).

De hecho, *mutatis mutandis*, esto es lo que enseñaban los sofistas griegos hace más de dos mil trescientos años, los primeros, según el recorrido histórico de Kelsen (1995, p. 276), en emancipar la imputabilidad del retributivismo.

III.- Crítica de la condición de *posibilidad* de la imputación jurídica

Una vez examinada la refutación por Kelsen de todos estos argumentos a favor del libre albedrío, tenemos ahora el terreno preparado para examinar cuál es, a la luz de su crítica empirista-positivista, el verdadero presupuesto o fundamento de posibilidad que, a su juicio, tiene la imputación jurídica. En realidad, cualquier imputación concebible en el marco de la experiencia ética posible.

Aquí, Kelsen debe tener cuidado, porque un paso en falso podría poner en peligro la distinción entre causalidad e imputabilidad por la que tanto lucha, ya que es crucial para su clasificación de las ciencias y para la forma en que establece la autonomía de la ciencia del derecho.

Recuérdese que: una cosa es la relación de causalidad y otra la relación de imputabilidad. La primera establece vínculos del tipo *si A es, entonces B es o será*, mientras que la segunda, la imputabilidad, establece vínculos del tipo *si A es, entonces B debe o debería ser*. El estudio de los nexos causales es asunto de las ciencias naturales y de las ciencias sociales naturales, mientras que el estudio de los nexos de imputabilidad es asunto de las ciencias sociales normativas, como la ciencia del derecho, que sólo es capaz de establecerse autónomamente porque y en la medida en que su objeto formal es la relación de deber-ser producida por la imputación jurídico-estatal (KELSEN, 2006, p. 84-91 y p. 95-102).

Resulta, sin embargo, que además de que el deber-ser contenido en la imputabilidad jurídica sale a la luz como contenido de sentido de un acto de voluntad, su función es provocar un acto de voluntad que se ajuste a él, con el resultado de que el deber-ser se ve como algo que, en cuanto tal, no se identifica con el ser (o facticidad), es cierto, sino que está decididamente flanqueado, incluso apretado, por él (REALE, 2002, p. 458-45). (Podría decirse que el deber-ser es como esa estrechísima franja de tierra que en un mapa se intercala entre dos grandes potencias).

De hecho, sólo un Kelsen podría haber, no decimos diagnosticado (porque, antes que él, el diagnóstico ya lo habían hecho Hume y Kant, sólo para quedarse en la modernidad), sino tomado en serio y llevado hasta sus últimas consecuencias, esta distinción tan sutil entre el ser (*Sein*) y el deber-ser (*Sollen*) (HUME, 2009, p. 509; KANT, 2010, p. 312; SALGADO, 1986, p. 173; KELSEN, 2021, p. 4).

Por tanto, no es posible ignorar el ser, la facticidad en este caso, esencialmente consiste en la voluntad, en la génesis y función sociopsicológica del deber-ser imputado, por lo que en algún momento habrá que preguntarse, como hizo Kelsen, por la relación del deber-ser con su voluntad productora (de ahí los estudios kelsenianos más políticos) o con la voluntad que él (el deber-ser) produce (de ahí los estudios kelsenianos más sociopsicológicos).

Siendo así, surge la pregunta: según Kelsen, ¿qué es lo que finalmente se presta a ser el presupuesto, condición o fundamento de la posibilidad de imputación jurídica?

Como enseña Kelsen, el dogma de la libertad absoluta de la voluntad o libre albedrío, en virtud de todas las refutaciones que acabamos de examinar, no puede responder por el presupuesto, fundamento o condición de posibilidad de la imputación.

Sin embargo, como se apresura a señalar el autor de la *Teoría pura del derecho*, de ello no se infiere la impracticabilidad de la imputación, pues aunque imputabilidad y causalidad son distintas, no son adversas.

De modo que la clave para entender nuestro problema está en *distinguir sin separar* (KELSEN, 1995, p. 44 y p. 539), porque para Kelsen no se trata de separar imputabilidad y causalidad, sino de entender cómo se relacionan, o, más concretamente, cómo la causalidad posibilita la función sociopsicológica (léase: contra motivacional) de la imputación, o, mejor dicho, cómo la imputación, especialmente la sanción imputada, puede influir causalmente en el proceso de representación motivacional del imputable (KELSEN, 1998, 21).

Concretando más, Kelsen señala que el psiquismo humano, que sustenta el comportamiento humano, tiene su propio mecanismo causal-motivacional, constituido básicamente por el deseo de buscar el placer y evitar el dolor (voluntad) y que puede ser activado por la cognición del mundo (representación).

Ciertamente, esta cognición, gracias a la prerrogativa exclusiva del ser humano, la facultad de la razón, no se limita a las percepciones sensoriales, sino que incluye también conceptos, abstracciones o ideas, de las que el deber-ser es un ejemplo paradigmático, ya que, como tal, no es más que la cognición de un contenido conceptual, abstracto o ideal (KELSEN, 2006, p. 2 y ss.; 2001e, p. 358).

En otras palabras: en virtud del principio elemental del psiquismo humano, orientado a la búsqueda del placer humano y, por corolario, a la evitación del dolor humano, la representación abstracta, emprendida por el ser humano, de una sanción imputada, puede provocar su acto de voluntad y, por tanto, su conducta, en el sentido de hacerle (al ser humano) querer evitar el mal de la sanción punitiva imputada u obtener el bien de la sanción gratificante imputada.

Todo radica en la inserción de la sanción imputada en el "proceso causal" o "flujo de causas y efectos", es decir, en la transformación de la representación de la sanción imputada en una contra motivación capaz de superar el conflicto de motivos por el derecho a provocar contra motivacionalmente el deseo humano de evitar el displacer y o de buscar el placer (KELSEN, 1998, p. 240) – en este caso, el deseo de evitar el displacer de la sanción punitiva y o de buscar el placer de la sanción gratificante.

En otras palabras: “[...] *el premio y la pena se establecen para transformar el deseo por el premio y el miedo a la pena en un motivo de conducta socialmente deseada*” (KELSEN, 2006, p. 28).

Desde este punto de vista, surge el *modus operandi* contra motivacional de la función sociopsicológica de la imputabilidad, ya que, al recurrir a la representación de la sanción imputada, se pretende que la "sanción" contra motivacional, traducida en el deseo de evitar el displacer del castigo o de obtener el placer del premio, sea más fuerte que cualquier otro motivo y, por lo tanto, que cualquier otro deseo en el que pueda traducirse (KELSEN, 1998, p. 25-27).

Así, como se desprende de las indicaciones de Kelsen, el ser humano está sometido a "otra ley natural" o a su propia ley natural, a saber, la ley del determinismo (contra)motivacional, según la cual la tendencia humana a desear la consecución del placer (y la evitación del displacer) puede ser (re)dirigida mediante la manipulación de (contra)motivos.

Esto significa que las elecciones y el comportamiento humano no se presuponen por algo como el libre albedrío, sino por el determinismo (contra)motivacional, que es lo que permite efectivamente la contrafactualidad o el potencial de modificabilidad característico de la acción humana (KELSEN, 2006, p. 105-106).

La imputabilidad jurídica de Kelsen (1993, p. 170; 1998, p. 176-177), o más exactamente, su función sociopsicológica, se basa de hecho en esta contrafactualidad

o modificabilidad, más que en el supuesto indeterminismo o libre albedrío, para poder influir en la conducta del imputable. Al fin y al cabo, si no fuera así, ¿por qué recurrir al expediente jurídico-estatal de la coacción?

Es gracias a la posibilidad de que la representación de la sanción funcione como una contra motivación más fuerte que los motivos antijurídicos, determinando así el deseo del imputable en términos del deseo de evitar el mal de la sanción-castigo o de obtener el bien de la sanción-recompensa, que el orden social positivo, en términos de su eficacia (observancia y aplicación), se hace concebible, realizable y garantizable (KELSEN, 2006, p. 105).

Así pues, en esencia, la imputabilidad jurídica de Kelsen tiene como presupuesto o condición de posibilidad no sólo el determinismo contra motivacional, sino también el propio interés propio, egoísmo, voluntad o deseo de la criatura humana (KELSEN, 2006, p. 69)

Para Kelsen, cuando la autoridad jurídico-estatal establece el deber-ser, imponiendo la sanción x por la ocurrencia de la condición y , no se dirige a un imputable altruista, ni dotado de libre albedrío, sino a un imputable preso de una voluntad egoísta e interesada (como tal inclinada a considerar castigos y recompensas) abstractamente determinable (KELSEN, 1993, p. 171).

El miedo al castigo representado y el interés por la recompensa representada son los elementos anímicos que la autoridad espera que puedan, en caso de que todo lo demás falle o no sea suficiente, actuar como contramotivos para provocar el acto volitivo-conductual conforme a la norma (KELSEN, 1993, p. 171).

Pero ¿quién es exactamente el imputable para Kelsen? Esta cuestión adquiere mayor importancia si tenemos en cuenta la posibilidad – subrayada por el propio Kelsen (2006, p. 128-140) – de que la figura del jurídicamente obligado (delincuente potencial) no coincida con la figura del jurídicamente responsable.

Los ordenamientos jurídicos modernos, como regla general, consideran imputable al sujeto que, al mismo tiempo, es tanto el delincuente potencial, es decir, el sujeto jurídicamente obligado a la conducta cuyo cumplimiento evita o soslaya la aplicación de la sanción punitiva, como el sujeto jurídicamente responsable, es decir, el sujeto destinatario de la aplicación de la sanción punitiva.

Sin embargo, es sabido que, eventualmente, los mismos ordenamientos jurídicos, comenzando por el ordenamiento jurídico internacional, prevén la

posibilidad de que el sujeto imputable-obligado no sea el mismo que el sujeto imputable-responsable, pudiendo el sujeto imputable-obligado ser sancionado no por una infracción o incumplimiento de una obligación realizada por él mismo, sino por el sujeto imputable-obligado.

Así pues, imaginemos que un individuo que ocupa el cargo de Presidente de la República del país *x*, que, en plena pandemia de COVID-19, se dispone, por fanatismo ideológico, a hacer especulaciones conspirativas contra el país *y*, tales como que el virus pandémico en cuestión fue creado deliberadamente por el gobierno de este último con vistas a desencadenar una crisis económica mundial. En el caso hipotético examinado, hay que decir que el país *y* podría reaccionar con algún tipo de represalia, tal vez un embargo, contra el país *x*, impidiendo que varios de los insumos necesarios para fabricar la vacuna contra el COVID-19 se envíen al país *x*.

Para los fines de nuestra discusión, esto significaría que, aunque el individuo que ocupa la Presidencia de la República del país *x* es, por supuesto, el autor del delito (el imputable-obligado), son los nacionales del país *x* los que tendrían que ser considerados responsables (los imputables-responsables) por la imbecilidad de esa persona, porque son ellos los que, en la práctica, tendrían que sufrir las consecuencias negativas de la sanción de embargo (KELSEN, 1943, p. 198).

Por tanto, como vemos claramente, en la imputación en la que las figuras del infractor y del responsable están separadas, la responsabilidad tiende a ser colectiva y por resultado, a diferencia de la imputación en la que las figuras del infractor y del responsable están identificadas, pues aquí la responsabilidad tiende a ser individual y por culpa² (culpa en el sentido empírico ya dilucidado anteriormente).

Ahora bien, si tenemos en cuenta el presupuesto de la función sociopsicológica de la imputación establecido por Kelsen, esto es, el determinismo contra motivacional, nos da la impresión de que, para Kelsen, sólo sería imputable el sujeto jurídicamente obligado y responsable, esto es, el sujeto que reúne tanto la cualidad de delincuente potencial (sujeto capaz de evitar la sanción con una conducta opuesta a la conducta condicionante de la sanción) como la cualidad de responsable (sujeto-destinatario de la aplicación de la sanción). Porque sólo ese sujeto obligado y responsable estaría en condiciones de ser determinado por el contramotivo de la sanción impuesta o, dicho más sencillamente, sólo él estaría en condiciones de temer

² No obstante, cabe señalar que la responsabilidad colectiva y la responsabilidad por los resultados son actualmente la excepción, y tienden a convertirse en la excepción incluso en el derecho internacional (KELSEN, 2006, p. 363-364).

la sanción punitiva (o, eventualmente, de desear la sanción gratificante). Por tanto, es el presupuesto de la imputabilidad el que define al imputable, ya que el imputable es la persona que cumple este presupuesto, es decir, la persona cuya voluntad es abstractamente determinable por la representación contra motivacional de la sanción punitiva (o gratificante) imputada, y que, por tanto, puede ser castigada (o recompensada) por su conducta (KELSEN, 2006, p. 91).

Por otro lado, la imputación que desvincula las figuras del potencial infractor y del responsable parece ir en contra de la propia premisa de la imputación, porque el directamente interesado en la sanción, el responsable, no tiene el control de la conducta capaz de evitar o provocar la sanción, ya que ese control está en poder de otra persona, el potencial infractor no responsable.

Sin embargo, como explica Kelsen, en el caso que nos ocupa, suele existir algún vínculo significativo (familiar, parental, étnico, nacional etc.) entre el potencial infractor y el responsable, de modo que la representación por parte del potencial infractor de las sanciones que sus actos podrían desencadenar para él (el responsable) actúa como un contramotivo, aunque sea indirecta (KELSEN, 2006, p. 136).

De este modo, lo que Kelsen parece suponer aquí es que el potencial infractor, debido a alguna relación estrecha con el responsable, tenderá a tomar en consideración a este último, porque lo valora o teme (por ejemplo, el Presidente de la República que, porque valora a los nacionales a los que representa o les teme, no va por ahí soltando teorías conspirativas perjudiciales para la nación).

De modo que, incluso en este caso excepcional, se observa el fundamento de la posibilidad de imputación, la voluntad abstractamente determinable, que sirve de criterio para la concebibilidad de lo imputable.

Dicho esto, podemos decir que, a partir de las coordenadas de Kelsen algunas claras, otras no tanto, el presupuesto, condición o fundamento de posibilidad de la imputación jurídica es la voluntad abstractamente determinable, y que jurídicamente imputable es todo aquel que, directa o indirectamente, está en condiciones de ser provocado contra motivacionalmente, mediante la representación de la sanción punitiva o gratificante imputada, en el sentido "querido" por los poderes públicos.

Otra forma mucho más sucinta de decirlo sería: en opinión de Kelsen, el fundamento de la posibilidad de imputación jurídica es la libertad práctica empírica, y por tanto relativa, del imputable.

Sin embargo, por mucho que la idea de libertad práctica de Kelsen signifique esto, debemos prestar atención a la forma un tanto excéntrica en que la desarrolla y define. Lo que nos lleva a otra gran preocupación del maestro de Viena en su reflexión sobre la imputabilidad jurídica.

IV.- Crítica de la libertad práctica

De hecho, Kelsen identifica imputabilidad y libertad, o, para ser más precisos, incluso invierte los términos de la cuestión, diciendo expresamente que no es la imputabilidad la que depende de la libertad, sino que, por el contrario, es la libertad la que depende de la imputabilidad, de modo que el individuo no es imputable porque es libre, sino libre porque es imputable (KELSEN, 2006, p. 109).

Se podría ver incluso una cierta influencia de Kant en esta afirmación de Kelsen, si recordamos que para Kant, *el ser humano no debe porque puede, sino que puede porque debe* (REALE, 2002, p. 659-660).

Sin embargo, la forma en que Kelsen explica su afirmación no tiene nada que ver con Kant. Veamos.

Kelsen dice que el ser humano es libre porque es imputable sin otra razón que la de que sólo el ser humano o, más concretamente, sólo el comportamiento humano, puede tomarse como punto terminal en la relación de imputabilidad (KELSEN, 2006, p. 414).

A diferencia de lo que ocurre en la relación causal, en la que nada es un punto final, porque todo es un eslabón en la cadena infinita de la causalidad, la conducta humana, a pesar de aparecer también como un eslabón más en la perspectiva de la cadena infinita de la causalidad, puede ser tomada como una especie de punto final (un punto terminal) desde la perspectiva de la relación imputativa (KELSEN, 2006, p. 104).

Esto se debe a que, como objeto de imputación, no hay necesidad ni de referir la conducta humana a otra cosa en relación con la cual sería el *efecto*, otra cosa que sería el efecto de otra cosa, que a su vez sería el efecto de otra cosa, y así *ad infinitum* (*por el lado del antes*), ni de referir la conducta humana a otra cosa en relación con la cual sería la *causa*, otra cosa que, a su vez, sería la causa de otra cosa, que a su vez sería la causa de otra cosa, y así *ad infinitum* (*por el lado del después*) (KELSEN, 1993, p. 171; 2006, p. 102).

A primera vista, se trata de un argumento paradójico, si no incoherente, teniendo en cuenta el determinismo causal (probabilístico) en general al que, según Kelsen, también está sometida la acción humana.

Entonces, ¿qué quiere decir realmente con la intercambiabilidad de "libertad", "imputabilidad" y "punto final"?

En nuestra opinión, sólo la conducta humana puede tomarse como punto terminal en la relación de imputación, porque sólo la criatura humana puede hacerse receptiva contra motivacionalmente a la representación de la sanción imputada, conduciéndose así según el sentido prescrito.

¿Qué sentido tendría dirigir la imputación ético-jurídica hacia objetos inanimados, plantas y animales? Ninguno. Por tanto, no pueden ser tomados como punto terminal de una imputación.

Sin embargo, las cosas son distintas con los seres humanos, porque su conducta puede tanto ser objeto de una imputación como ser provocada por ella, convirtiéndose así en el punto terminal de la relación imputativa, que, como tal, se agota en la conducta provocable.

De hecho, si se nos permitiera hablar con franqueza, diríamos que aquí Kelsen, que por regla general es tan profesoralmente claro, se vuelve, no digamos oscuro, sino algo divagante.

Quizá sea porque su arsenal conceptual no da cuenta de lo que en realidad pretende decir, y carece de un concepto objetivo para distinguir claramente entre la causalidad del orden de la naturaleza no-humana y la causalidad motivacional abstracta del orden de la naturaleza humana compatible (composable) con la imputación. Además, situar la libertad (relativa) como consecuencia, y no como principio, de la imputación no ayuda a la comprensión, sino que la complica aún más.

No obstante, pensamos que este apartado específico de la teoría de la imputabilidad de Kelsen puede descifrarse con claridad si se interpreta a la luz de la articulación, recomendada por el propio Kelsen, de imputabilidad y causalidad.

La libertad es la facultad de ser determinada causalmente por la imputabilidad en su función sociopsicológica, es decir, en su despliegue contra motivacional. Sólo así se entiende que, en efecto, el ser humano sea libre por ser imputable y, por tanto,

por ser abstractamente determinable por la función contra motivacional de la imputación (KELSEN, 2006, p. 109-110).

Dicho todo esto, a Kelsen le queda una última preocupación: ¿cuál es la función de tal imputación determinista? Dicho de otro modo, la posibilidad de influir en la determinación contra motivacional de las acciones de la persona imputable, recurriendo a la técnica de la imputación de sanciones, ¿tiene como fin último qué?

V.- Crítica del significado de la función sociopsicológica de la imputación jurídica

Según Kelsen (1943), en los primeros tiempos de la historia de la humanidad, no sólo el principio de causalidad fue sofocado por la mentalidad retributivista, sino también el propio principio de imputabilidad.

Aunque la retribución es una forma de imputación, en la práctica, la retribución se toma por imputación (como una metonimia). Imputar es "devolver", sin tener conciencia de sus diferencias. Todo es retribución, incluso la naturaleza se interpreta de forma retributivista (KELSEN, 2006, p. 91-94).

De hecho, la emancipación de la idea de imputabilidad de la mentalidad retributivista ocurre en paralelo, aunque siempre a un ritmo más lento, a la emancipación de la idea de causalidad del módulo retributivista. En otras palabras, sólo cuando el principio de causalidad se separa del retributivismo, el principio de imputabilidad, a su vez, también se separa, aunque mucho más tímidamente, del retributivismo.

La mentalidad retributivista, además de su carácter esencialmente ideológico (JABLONER, 2005), pues en realidad no se preocupa por *explicar* la imputación sino por *justificarla*, es una mentalidad que no se desprende del pasado, pues, por muy obsesionada que esté con las sanciones futuras, éstas son contrapartidas, como tales sólo concebidas y justificadas a la luz de las prestaciones pasadas.

Sólo más tarde el libre albedrío teológico-cristiano³, además de intentar excusar a dios por el mal del mundo (KELSEN, 1943, p. 265) y hacer posible la

³ No hay que olvidar que la teología cristiana produjo también los dogmas de la predestinación y del servo arbitrio. Sobre este tema cf. PERNIN, 1995, p. 160-161. Sobre el enfrentamiento entre

responsabilidad individual por la salvación del alma, intentará "explicar" mejor el retributivismo (KELSEN, 2011, p. 58; 1993, p. 169-170, p. 225 y p. 250)... Mónica, la madre de Agustín (1995), sólo puede ser responsable de la salvación de su alma, y no puede ser responsable de la salvación del alma de su hijo, que debe salvarse a sí mismo mediante el correcto ejercicio de su llamado libre albedrío.⁴

De ahí el peso fulminante que la culpa acaba ejerciendo en este esquema de imputabilidad. La sanción debe ser, en la medida de lo posible, un pago o retribución de la misma calidad y cantidad que la conducta culpable. No es que no exista una preocupación por evitar que se cometan delitos mediante la imposición de sanciones. La función intrínseca de la técnica imputativa, a pesar de su configuración ideológica, es siempre *contramotivar para disuadir y, por tanto, prevenir* (KELSEN, 2006, p. 26).

Pero, bajo el signo del retributivismo, el telos preventivo, sobre todo cuando se aplica la sanción, se vacía, dando paso al moralismo y a la venganza institucionalizada. La sanción (o a veces la recompensa) no es tanto para prevenir, sino simplemente porque es lo que supuestamente merece el infractor (o a veces el agraciado) a modo de retribución.

De hecho, incluso cuando la sanción retributiva es incapaz de cumplir su telos funcional de disuasión preventiva, es necesario seguir adelante con la sanción, a riesgo de que el culpable no pueda expiar su culpa y no se reequilibre la balanza de la justicia universal.

Por eso, para Kelsen, el retributivismo incluso cuando se disfraza de libre albedrío "trascendental", como es el caso de Kant (2010, p. 476-477) no puede tomarse como una teoría de la imputabilidad, pues, por el contrario, se trata de una ideología de la imputabilidad, con la que, muy básicamente, *se sostiene que la imputabilidad es lo que, de hecho, se quisiera que fuera (justicia retributiva)*.

Sin embargo, la imputabilidad no es más que una técnica contra motivacional (sociopsicológica), como tal capaz de instrumentalizar todo tipo de ideologías.

Tanto es así que, si el retributivismo se limitara a presentarse como nada más que una ideología para justificar la imputabilidad, Kelsen teóricamente no tendría nada que objetar.

el libre-arbitrista Erasmo de Rotterdam y el siervo-arbitrista Lutero cf. RODRIGUEZ, 2016, p. 81-103.

⁴ Para un estudio crítico del argumento de Agostinho cf. SCHOPENHAUER, 2002, p. 97-99.

Tal retributivismo se vería más o menos así: la imputabilidad, por un lado, es un tipo de técnica contra motivacional destinada a la prevención social y, por otro, el criterio de justicia debe ser la retribución, es decir, la previsión de una sanción aplicable en la medida exacta de la culpabilidad o del mérito del agente.

Tal retributivismo no necesitaría esconderse tras la metafísica de la justicia eterna (retributivismo arcaico) o del libre albedrío (retributivismo teológico). La culpabilidad (o el mérito) como tal, inferible de la relación entre conciencia empírica y voluntad empírica, bastaría como criterio para establecer el tipo y la dosimetría (*lato sensu*) de la sanción.

Pero dejando a un lado el retributivismo, Kelsen afirma que, en la historia de las ideas, como ya se ha dicho, los sofistas son los primeros en detectar la función preventiva de la imputación, incluso a la hora de aplicarla.

En efecto, al mismo tiempo que los atomistas en el campo de las ciencias naturales contribuían decisivamente a liberar el principio de causalidad del retributivismo, los sofistas en el campo de las ciencias sociales liberaban el principio de imputabilidad del retributivismo, llamando la atención sobre la necesidad de concebirlo prospectivamente, es decir, hacia el futuro, no hacia el pasado, dado que el objetivo social primordial de la sanción impuesta y de su aplicación no es vengar el mal de la infracción sufrida, sino, a través de la amenaza de la sanción o de su aplicación ejemplar, prevenir la comisión de futuras infracciones (KELSEN, 1943, p. 246).

En efecto, como da a entender Kelsen (1998, p. 31-32), por mucho que la prevención, en una fase relativamente tardía de la historia, se convierta en una ideología (la ideología del prospectivismo preventivo frente a la ideología del retrospectivismo retributivo), y se tome así como criterio para justificar y legitimar el instituto de la imputabilidad, lo cierto es que, como significado inmediato de la función sociopsicológica de la imputación jurídica, la prevención siempre ha estado, está y estará presente, por ser intrínseca, en toda imputación jurídica.

VI.- Conclusión

En esta ocasión, no es necesario problematizar la legitimidad, validez material, fundamento ideológico o ético-político de tal imputabilidad determinista en el marco de la obra de Kelsen (RECASÉNS SICHES, 1963, p. 138-2; y CORREAS, 1989), lo

que sin duda nos llevaría a discutir al menos tres coordenadas, pertinentes a la cuestión de la imputabilidad, que atraviesan el pensamiento de Kelsen, a saber: **a)** la valorización de la libertad entendida en clave empírica, *i.e.*, compatible con el determinismo, como tal significando fundamentalmente poder hacer lo que se quiera y funcionando según el *modus operandi* de la voluntad abstractamente determinable, o, más concretamente, (contra)motivable (Kelsen, 2006, p. 102 y ss.); **b)** el reconocimiento de la paz social, a pesar de sus diversas configuraciones y grados, como único telos, si es que existe un telos, intrínseco a todo orden jurídico (Kelsen, 1998, p. 31); y **c)** la preferencia por el ideal de justicia como democracia, frente al relativismo inherente a la naturaleza humana, a pesar de las pretensiones absolutistas de las personas (KELSEN, 1993; y SAN MARTÍN, 2008).

De hecho, debido al recorte temático, tal problematización que entraría en los méritos de justificar un modelo de imputabilidad jurídica **a)** enraizado en la antropología del sujeto de derecho autónomo/libre dentro de los límites del empirismo y **b)** orientado, en última instancia, a la pacificación social **c)** según la praxis democrática queda fuera del alcance de este estudio, por no decir que su complejidad, en sí misma, ya recomienda su propio estudio aparte.

Dicho esto, quedémonos con la lección principal de la teoría de la imputabilidad jurídica de Kelsen que hemos venido exponiendo en esta ocasión: que la imputación jurídica no tiene que ver con la libertad absoluta de la voluntad o el libre albedrío, sino con la voluntad abstractamente determinable, y que, al fin y al cabo, la función sociopsicológica básica de la imputación jurídica, con independencia de su colorido ideológico, es (contra)motivar en nombre de la disuasión preventiva.

VII.- Bibliografía

- AGOSTINHO, Santo. **O livre-arbítrio**. Trad. Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulus, 1995.
- BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. *In: Liberty: Incorporating four essays on liberty*. Edited by Henry Hardy. Oxford University Press, [s.d.], p. 166-217.
- CORREAS, Óscar (Org.). **El otro Kelsen**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.
- HUME, David. **Tratado da natureza humana: Uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais**. Trad. Déborah Danowski. 2 ed. São Paulo: UNESP, 2009.

- JABLONER, Clemens. La crítica de Kelsen a la ideología. *In: Revista de la facultad de derecho de México*, v. 55, n° 243, 2005, p. 203-214.
- KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 7 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.
- KELSEN, Hans. **Society and nature: A sociological inquiry**. Chicago: The University of Chicago Press, 1943.
- KELSEN, Hans. **A democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti; Jefferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla; e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. Trad. Sérgio Tellaroli. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KELSEN, Hans. O direito como técnica social específica. *In: O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Trad. Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo, 2001a, p. 225-250.
- KELSEN, Hans. A teoria pura do direito e a jurisprudência analítica. *In: O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Trad. Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo, 2001b, p. 261-283.
- KELSEN, Hans. Causalidade e retribuição. *In: O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Trad. Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo, 2001c, p. 301-321.
- KELSEN, Hans. Causalidade e imputação. *In: O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Trad. Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo, 2001d, p. 323-348.
- KELSEN, Hans. Ciência e política. *In: o que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Trad. Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo, 2001e, p. 349-374.
- KELSEN, Hans; CAMPAGNOLO, Umberto (Org. Mario G. Losano). **Direito internacional e Estado soberano**. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KELSEN, Hans. A alma e o direito. *In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (Orgs.). Contra o Absoluto: Perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra de Hans Kelsen*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 55-72.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: Introdução à problemática jurídico- científica/Primeira edição alemã**. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021.

- PAULSON, Stanley. Hans Kelsen's doctrine of imputation. *In: Ratio Juris*. vol. 14, n. 1. Oxford: Blackwell, mar. 2001, p. 47-63.
- PERNIN, Marie-José. **Schopenhauer: Decifrando o enigma do mundo**. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.
- REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RECASÉNS SICHES, Luis. La obra de Hans Kelsen: Su teoría pura del derecho y del Estado; y su relativismo axiológico. *In: Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*. México: Porrúa, 1963, p. 138-222.
- RODRIGUEZ, Victor Gabriel. Neurociências e os riscos da revisão filosófica sobre o livre-arbítrio: Visão atual da diátribe entre Lutero e Erasmo de Rotterdam. *In: NOJIRI, Sergio (Coord.). Direito, psicologia e neurociência*. Ribeirão Preto: Editora IELD, 2016, p. 81- 103.
- RUSSEL, Bertrand. **História da filosofia ocidental**. Trad. Brenno Silveira. Vol. 1. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957.
- SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant: Seu fundamento na liberdade e na igualdade**. Belo Horizonte: UFMG, 1986.
- SAN MARTÍN, Jaime Araos. Relativismo, tolerancia y democracia en H. Kelsen. *In: Veritas*, v. III, n. 19, 2008, p. 253-269
- SCHOPENHAUER, Arthur. Sobre la libertad de la voluntad. *In: Los dos problemas fundamentales de la ética*. Trad. Pilar Lopéz de Santa María. 2 ed. Madri: Siglo XXI, 2002, p. 35-132.
- VAIHINGER, Hans. **A filosofia do como se**. Trad. Johannes Kretschmer. Chapecó: Argos, 2011.
- WILSON, Edward Osborne. **A unidade do conhecimento: Consiliência**. Trad. Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1999.