

UNIVERSIDAD DE GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL
PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO PENAL Y POLÍTICA
CRIMINAL



IMPUTABILIDAD Y ALTERACIÓN DE LA
PERCEPCIÓN: EXENCIÓN Y
ATENUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD
CRIMINAL

TESIS DOCTORAL

JAIME NÁQUIRA RIVEROS
DIRECTOR: PROF. DR. LORENZO MORILLAS CUEVA

Granada, 2013

Editor: Editorial de la Universidad de Granada
Autor: Jaime Náquira Riveros
D.L.: GR 718-2014
ISBN: 978-84-9028-885-6

ÍNDICE

ABREVIATURAS	6
JUSTIFICACIÓN DEL TEMA	7
PRIMERA PARTE: CONTEXTO DOGMÁTICO PARA EL ESTUDIO DE LA EXIMENTE 10	
CAPÍTULO PRIMERO: INTRODUCCIÓN	11
I. CULPABILIDAD PENAL	12
1. Concepciones doctrinales.....	12
1.1. Concepción psicológica.....	12
1.2. Concepción normativa.....	14
1.2.1. Reinhard Frank, James Goldschmidt y Hans Freudenthal: los precursores.....	14
1.2.2. Edmund Mezger: visión neocausalista.....	20
1.3. La concepción finalista.....	22
1.3.1. Hans Welzel.....	22
1.3.2. Wilhelm Gallas.....	23
1.3.3. Reinhart Maurach y Heinz Zipf.....	24
1.4. Panorama contemporáneo.....	26
1.4.1. Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weingend.....	26
1.4.2. Culpabilidad y prevención.....	27
1.4.3. Culpabilidad y motivación.....	35
1.4.4. Bernd Schünemann: el Derecho como realidad socialmente creada.....	42
1.4.5. Urs Kindhäuser: La culpabilidad como déficit en la lealtad comunicativa.....	44
1.4.6. Visiones constitucionales.....	46
a) José Cerezo Mir.....	46
b) Gonzalo Quintero Olivares.....	47
c) Lorenzo Morillas Cueva.....	47
2. Elementos de la Culpabilidad.....	49
II. LA IMPUTABILIDAD.....	51
1. Origen del Concepto.....	51
2. Fundamento de la Imputabilidad.....	58
2.1. El Libre Albedrío como Fundamento de la Imputabilidad.....	59
2.2. La Necesidad de Prevención como Fundamento de la Imputabilidad.....	61
3. Naturaleza Jurídica.....	62
4. La Imputabilidad: ¿Presupuesto o Elemento de la Culpabilidad?.....	65
5. La Imputabilidad en la Doctrina alemana y española: elementos que la integran.....	68
6. Posición Personal en relación a la Culpabilidad.....	74
7. Posición Personal en relación a la Imputabilidad.....	89
CAPITULO SEGUNDO: IMPUTABILIDAD/INIMPUTABILIDAD	94
I. IMPUTABILIDAD Y CONCIENCIA DE LO ILÍCITO	95
1. La Conciencia de lo Ilícito en la Doctrina.....	95
1.1. La Doctrina Alemana.....	95
1.2. La Doctrina Española.....	100
2. La Conciencia de lo Ilícito en un Derecho Penal Democrático.....	108
3. La conciencia de lo ilícito en la jurisprudencia española.....	112
4. Carácter de la Conciencia de lo Ilícito.....	118
5. Naturaleza de la Conciencia de lo Ilícito en la Doctrina.....	119
5.1. La Conciencia de lo Ilícito como Conocimiento del Orden Moral y los Valores Sociales... 119	
5.2. Error, Delitos “Mala In Se” y Delitos “Mala Quia Prohibita”.....	121

5.3. La Conciencia de lo Ilícito como Conocimiento del Ordenamiento Jurídico.....	121
5.4. Concurso de Error de Prohibición e Inimputabilidad.....	122
5.5. El Error de Prohibición y el artículo 14.3 del Código Penal.	123
6. Fundamento bio-psico-social de la Conciencia de lo Ilícito.....	124
6.1. La Culpabilidad y el Proceso de Toma de Decisiones.....	124
6.2. El Factor Tiempo en la Toma de Decisiones y las aportaciones de Libet.....	125
7. Disolución de la Imputabilidad en el Error y en la Inexigibilidad.	126
8. Posición Personal sobre Imputabilidad y Conciencia de lo Ilícito.....	127
8.1. En Relación a la Dimensión Intelectual-Valorativa de la Imputabilidad Penal.	128
8.3. Imputabilidad y su relación con la Conciencia de lo Ilícito (o el Dolo).	135
8.4. Imputabilidad y Posibilidad de Conocer la Desaprobación Jurídico-Penal del Hecho.....	144
8.5. Imputabilidad y Dolo.....	148
II. IMPUTABILIDAD Y CONTEXTO SITUACIONAL NORMAL	151
1. Planteamiento del problema.....	151
2. Fundamento de la inexigibilidad.....	153
3. Naturaleza jurídica de la no exigibilidad	156
4. Ubicación sistemática.....	159
5. El baremo en el juicio de exigibilidad.....	162
6. Posición personal sobre el Contexto Situacional Normal.....	167
7. Visión personal de la estructura de la culpabilidad	173
7.1 Concepto de Imputabilidad.....	173
7.2. Elementos que integran la imputabilidad.....	173

PARTE SEGUNDA: ANÁLISIS JURÍDICO-PENAL DE LA EXIMENTE CONTEMPLADA EN EL ART. 20. 3 CP..... 175

CAPÍTULO PRIMERO: NATURALEZA, FUNDAMENTO Y ELEMENTOS DE LA EXIMENTE 176

I. INTERPRETACIÓN JURÍDICO-PENAL DE LA EXIMENTE DEL ART. 20. 3º CP ESPAÑOL. 177

1. Naturaleza de la eximente.....	177
2. Fundamento de la eximente.....	182
3. Elementos de la eximente.....	183
3.1. Introducción.....	183
3.2. Primer elemento: alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia... 184	
3.2.1. Perspectiva “perceptivo-sensorial” (bio-psicológica)	185
3.1.2. Perspectiva socio-cultural (normativa-valorativa).	195
3.2. Segundo elemento: alteración grave de la conciencia de la realidad.....	210
4. Divergencia socio-cultural: ¿inimputabilidad o error sobre la prohibición?	212
5. Relación de la eximente “alteración de la percepción” con eximentes afines.....	223
5.2. Trastorno mental transitorio.....	226
6. Medida o baremo para la determinación del compromiso psicológico.	227
6.1. Perspectiva psicológico-individual.	227
6.2. Perspectiva normativa.....	228
7. Posición personal	229

CAPÍTULO SEGUNDO: HIPÓTESIS FACTIBLES DE SER SUBSUMIDAS EN LA EXIMENTE 233

I. PERSPECTIVA PSICOLÓGICA DE LA SORDOMUDEZ Y LA CEGUERA.....	234
1. Introducción.....	234
2. Desarrollo humano normal.....	235
3. Desarrollo por etapas.....	238
3.1. Neonato (Nacimiento a Seis Meses).....	238

3.2. Infante (Seis Meses a Dos Años).....	239
3.3. Preescolar (Dos a Cinco Años).....	239
3.4. Escolar (Seis a Doce Años).....	240
3.5. Adolescente (Trece a Diecinueve Años).....	240
4. El desarrollo en niños sordomudos.....	241
4.1. Introducción.....	241
4.2. Desarrollo por Áreas.....	243
4.2.1. Desarrollo Motor.....	243
4.2.2. Desarrollo Perceptual.....	244
4.2.3. Desarrollo Cognitivo.....	244
4.2.4. Desarrollo Moral.....	247
4.2.5. Desarrollo Comunicacional.....	249
4.2.6. Desarrollo Social.....	250
4.2.7. Desarrollo Emocional.....	252
4.2.8. Síntesis de Desarrollo por Edades en el Niño Sordomudo.....	254
a) Neonato Sordomudo (Nacimiento a Seis Meses).....	254
b) Infante Sordomudo (Seis Meses a Dos Años).....	254
c) Preescolar Sordomudo (Dos a Cinco Años).....	254
d) Escolar Sordomudo (Seis a Doce Años).....	255
e) Adolescente Sordomudo (Doce a Diecinueve Años).....	255
4.3. Conclusiones.....	256
5. El desarrollo en niños ciegos.....	256
5.1. Introducción.....	256
5.2. Desarrollo por Áreas.....	259
5.2.1. Desarrollo Motor.....	259
5.2.2. Conductas Estereotipadas o Manierismos.....	261
5.2.3. Desarrollo Perceptual.....	262
5.2.4. Desarrollo Cognitivo.....	263
5.2.5. Desarrollo Moral.....	266
5.2.6. Problemas Conductuales.....	267
5.2.7. Desarrollo Comunicacional.....	268
5.2.8. Desarrollo Social.....	271
5.2.9. Habilidades Sociales.....	273
5.2.10. Cognición Social.....	273
5.2.11. Locus de Control (LDC).....	274
5.2.12. Desarrollo Emocional.....	274
5.2.13. Síntesis de Desarrollo por Edades en el Niño Ciego.....	275
a) Neonato Ciego (Nacimiento a Seis Meses).....	275
b) Infante Ciego (Seis Meses a Dos Años).....	276
c) Preescolar Ciego (Dos a Cinco Años).....	276
d) Escolar Ciego (Seis a Doce Años).....	276
e) Adolescente Ciego (Trece a Diecinueve Años).....	277
6. Posición Personal.....	277
CAPÍTULO TERCERO: EXIMIENTE INCOMPLETA Y ATENUANTE ANALÓGICA 280	
I. LA ALTERACIÓN EN LA PERCEPCIÓN COMO EXIMIENTE INCOMPLETA.....	281
1. Función y fundamento.....	281
2. Configuración de la atenuante.....	282
3. Eficacia de la eximente incompleta.....	290
II. LA ALTERACIÓN EN LA PERCEPCIÓN COMO ATENUANTE ANALÓGICA.....	292
1. Función y fundamento.....	292
2. Configuración de la atenuante.....	293

3. Eficacia de la atenuante de análoga significación.	303
III. SITUACIONES ESPECIALES.	305
1. Autor con imposibilidad para reconocer el carácter ilícito del hecho: ¿inimputabilidad o error de prohibición invencible?.....	305
2. Autor imputable con dificultad para reconocer el carácter ilícito del hecho: ¿eximente incompleta, atenuante analógica o error de prohibición?.....	306
CAPÍTULO CUARTO: EFECTOS DE LA EXIMENTE “ALTERACIONES EN LA PERCEPCIÓN (MEDIDAS DE SEGURIDAD Y RESPONSABILIDAD CIVIL)	310
I. DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD SUSCEPTIBLES DE APLICACIÓN EN EL CASO DE LA EXIMENTE “ALTERACIONES DE LA PERCEPCIÓN”.....	311
1. Introducción.	311
2. Destinatarios de las medidas de seguridad.	315
3. Presupuestos para la aplicación de medidas de seguridad.	316
3.1. Presupuesto fáctico-normativo: el hecho injusto típico.	316
3.2. Presupuesto fáctico-valorativo de la medida de seguridad: la “peligrosidad criminal”....	316
4. Medidas de seguridad susceptibles de aplicación en el caso de configurarse la eximente “alteraciones en la percepción” del Art. 20. 3º CP.	318
5. Alteraciones de la percepción como eximente incompleta.	319
6. Concurrencia de pena y medida de seguridad.	320
7. Observaciones críticas al sistema de medidas.	320
8. Situación en Chile.	322
8.1. Tratamiento legal de las Medidas de Seguridad en el Código Procesal Penal Chileno.	322
8.1.1. Marco normativo.	322
8.1.2. Fundamento y procedencia.	323
8.1.3. Clases de medidas de seguridad, recinto en que deben aplicarse.	323
8.1.4. Internación provisional del imputado enajenado mental.....	324
8.1.5. Duración de la medida impuesta.....	325
8.1.6. Control de ejecución de las medidas de seguridad.	326
II. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO.	327
1. Introducción.	327
2. Contenido de la responsabilidad civil proveniente del delito.	328
3. Personas civilmente responsables.	331
3.1. Responsabilidad civil ex delicto.....	331
3.2. Responsabilidad civil extra delicto.	331
3.3. Otros supuestos.	333
3.3.1. Responsabilidad civil en el caso de determinadas eximentes.....	333
3.4. Responsables civiles principales y subsidiarios.....	334
4. Cumplimiento.	335
CAPÍTULO QUINTO: LA ALTERACIÓN EN LA PERCEPCIÓN COMO CAUSAL DE INIMPUTABILIDAD EN EL DERECHO COMPARADO: ALEMANIA, ITALIA, FRANCIA, PERÚ Y CHILE.....	336
I. EL SISTEMA PENAL ALEMÁN.	337
1. El presupuesto bio-psicopatológico.....	338
1.1. Trastorno psico-patológico.....	338
1.2. Alteración profunda de la conciencia.....	338
1.3. Oligofrenia.....	339
1.4. Otra anomalía psíquica grave.	340
1.5. La capacidad de culpabilidad disminuida según el § 21 del StGB.	341
2. Comentario al sistema de inimputabilidad postulado por el Código Penal alemán.	342
II. EL SISTEMA PENAL ITALIANO.....	343
1. El concepto de imputabilidad del Código Penal Italiano.	344

2. Comentario al sistema de inimputabilidad postulado por el Código Penal italiano.....	345
III. EL SISTEMA PENAL FRANCÉS.....	346
1. Inimputabilidad por trastorno mental según el Art. 122-1, párrafo primero del Código penal.	346
2. Comentario al sistema de inimputabilidad postulado por el Código Penal francés.	348
3. La capacidad de culpabilidad disminuida según el Art. 122-2, párrafo segundo del Código Penal.	349
4. Las consecuencias jurídicas de la ausencia o disminución de la imputabilidad.	350
IV. EL SISTEMA PENAL PERUANO.....	351
1. Alteraciones en la percepción.....	352
2. Comentario al sentido y alcance de la causal de inimputabilidad del código penal peruano sobre “alteraciones en la percepción”.....	353
3. Carencia socio-cultural del pueblo indígena.....	353
4. Comentario al Art. 15 del Código Penal peruano.....	358
V. SISTEMA PENAL CHILENO.....	358
1. Imputabilidad/Inimputabilidad en el sistema penal chileno.....	358
2. Comentario al tratamiento doctrinario que en Chile se ha hecho del sordomudo.....	359
VI. COMENTARIO GENERAL A LOS SISTEMAS PENALES DE LOS PAÍSES TRATADOS.....	359
PRINCIPALES CONCLUSIONES DE LA TESIS.....	361
ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO.....	372
ÍNDICE JURISPRUDENCIAL.....	398

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
Arts.	Artículos
BGH	Bundesgerichtshof, Tribunal Federal Supremo Alemán
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
Cfr.	Confrontar
CP	Código Penal
et. al	y otros
FJ	Fundamento jurídico
Ibidem.	Última obra citada
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LORPM	Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores
Op. cit.	Obra citada
Passim	Aquí y allí
RJ	Repertorio de Jurisprudencia
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSS	Sentencias del Tribunal Supremo
StGB	Código penal alemán
TS	Tribunal Supremo
v.gr.	por ejemplo
vid.	ver

JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

El trabajo de investigación que se presenta, tiene por objeto el análisis de una causal de exención de responsabilidad penal: la alteración de la percepción que determina una alteración grave de la conciencia de la realidad contemplada en el artículo 20.3 del actual CP español.

Las razones que me han movido a seleccionar este tema han sido fundamentalmente dos: la primera, constatar que la presente causal de exención de responsabilidad no ha sido un tema tratado especialmente por la gran mayoría de los autores y, entre quienes se han detenido a estudiarla, existe una visión doctrinaria y jurisprudencial diferente, lo cual, plantea una interrogante válida a dilucidar. La segunda, aunque, de tratamiento previo al examen de la causal objeto de estudio, y en clave de síntesis introductoria, es revisar el actual panorama reinante sobre la culpabilidad penal y, muy en especial, el de la imputabilidad: su objeto, contenido y relación.

Justificada la elección del tema, corresponde ahora presentar la estructura seguida para el desarrollo de este trabajo.

La investigación consta de dos partes. La primera, destinada a tratar el marco general y especial dentro del cual es factible situar la causal que será objeto de estudio: la alteración de la percepción que determina una alteración grave de la conciencia de la realidad.

I. Es imposible abordar el análisis de la eximente de alteración de la percepción si no se establece previamente el marco general en la que se ubica (culpabilidad) y, situados dentro de ella, el elemento que con su existencia sería negado: la imputabilidad. Por tal razón, constituye el objeto de estudio de la primera parte, en el que daré una visión global y comprensiva de dichas instituciones penales centrandó la atención en los problemas que las

mismas han venido presentando y que todavía hoy parecen afectarles. De esta forma, al ocuparme de la culpabilidad y de la imputabilidad, aunque de manera sumaria, presentaré la discusión doctrinaria reinante sobre su concepto, el fundamento y los elementos que la integrarían*. De igual modo, dentro de lo posible, mostraré las principales ideas que se han recogido por parte de la jurisprudencia sobre dichas instituciones. Al finalizar cada capítulo, me ha parecido pertinente asumir una postura personal sobre la discusión surgida respecto tanto en relación con la culpabilidad como con la imputabilidad.

No obstante, me parece necesario explicitar, en mayor medida, la razón de ser del capítulo segundo de la primera parte que trata de la relación de la imputabilidad con la conciencia de lo ilícito y con el contexto situacional normal, en tanto antesala del tema central a investigar: la alteración de la percepción. En efecto, a primera vista pudiera aparecer innecesario destinar páginas, después de tratar la imputabilidad penal, para referirse a los otros elementos integrantes de la culpabilidad: la conciencia de lo ilícito y al contexto situacional normal. No obstante, dicha primera impresión es equivocada. En efecto, si se está de acuerdo que la imputabilidad es “capacidad para comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a esa comprensión”, entonces, es inevitable plantearse y responder la interrogante acerca de la relación, objeto y contenido entre la capacidad de comprensión sobre la ilicitud del hecho en cuanto factor de la imputabilidad y la conciencia de lo ilícito como elemento separado de la culpabilidad. De igual forma, cabe formular la relación que existiría entre la dimensión volitiva o conativa de la imputabilidad que se expresa en la capacidad para actuar conforme a Derecho (sentido o valor) y el ejercicio de dicha capacidad en un contexto situacional determinado. En consideración a lo anterior resulta obligado referirse, después de tratar la imputabilidad, a los otros dos elementos integrantes de la culpabilidad en orden a precisar su objeto, contenido y relación con aquella. En efecto, muchas de las interrogantes a dilucidar tales como, inimputabilidad o error sobre la prohibición, eximente incompleta y error sobre la prohibición o inimputabilidad y miedo insuperable dependerá de la postura que se asuma sobre el contenido o presupuestos de una u otra. Dicho en otras palabras, la imputabilidad no es un elemento independiente de los restantes que conforman la culpabilidad formal; más aún, a mi entender todos ellos están absolutamente interrelacionados entre sí.

* Sobre el carácter problemático, discutido y discutible del concepto de imputabilidad, el Director de este trabajo MORILLAS CUEVA, Lorenzo: “Prologo” al libro de CASTELLÓ NICÁS, Nuria: La imputabilidad penal del drogodependiente. Comares, Granada, 1997, p. XVI.

II. La segunda parte del trabajo, está destinada al estudio del artículo 20.3 CP., para lo cual, he estructurado en relación a dicha eximente cinco capítulos. El primero, destinado a indagar acerca de la naturaleza, fundamento y requisitos de la eximente. El segundo, abocado a presentar las hipótesis susceptibles de ser subsumidas en la causal objeto de reflexión: sordomudez, ceguera y la diversidad socio-cultural. El tercero, trata de los efectos penales y civiles que se pueden derivar de la concurrencia de la eximente. El cuarto, destinado a tratar de la eximente incompleta y de la atenuante analógica susceptible de configurarse en torno al artículo 20.3 CP. Y, finalmente, el capítulo quinto destinado a mostrar el tratamiento que la eximente objeto de estudio tendría en la actualidad en el Derecho comparado, para lo cual, se han considerado como muestra cinco países: Alemania, Italia, Francia, Perú y Chile.

**PRIMERA PARTE: CONTEXTO
DOGMÁTICO PARA EL ESTUDIO
DE LA EXIMENTE**

CAPÍTULO PRIMERO: INTRODUCCIÓN

I. CULPABILIDAD PENAL

1. Concepciones doctrinales

En este capítulo introductorio, me limitaré simplemente a formular una síntesis de las principales concepciones doctrinarias que han surgido en torno a la culpabilidad porque, la exigente objeto de estudio contemplada en el Art. 20.3 del CP., dice relación con dicho elemento, más concretamente, con uno de los factores que la constituyen: la imputabilidad.

Un esquema sumario nos permite dividir las diversas posturas doctrinarias en tres grupos: la concepción psicológica, la concepción normativa y la situación actual.

1.1. Concepción psicológica.

Esta concepción tiene sus raíces en el positivismo del siglo XIX y se proyecta en el causalismo naturalista. Fue von LISZT quien postula esta concepción al partir de la base que la acción se limitaba a un simple movimiento corporal en el mundo exterior desencadenado por un mero “impulso volitivo”, razón por la cual, el proceso de representación que la acompañaba debía ser objeto de estudio en la culpabilidad. En consecuencia, en la culpabilidad se debía examinar la existencia de un vínculo psicológico entre el sujeto y su acción, vínculo subjetivo que podía asumir dos formas: dolo o imprudencia. “El acto culpable es la acción dolosa o culposa del individuo imputable”¹. La imputación contenida en el juicio de culpabilidad supone dos elementos: a) la imputabilidad del autor, estado psíquico que le permite conducirse socialmente: “facultad que tiene el agente de determinarse, de un modo general, por las normas de la conducta social”, y b) la imputación del acto, la que puede tener lugar si el autor conocía la significación antisocial de su conducta o hubiese podido y debido conocerla. Para este autor, el concepto de culpabilidad es algo completamente independiente de la hipótesis del libre albedrío. Aquél concepto parte de la base que toda conducta humana es determinado o determinable por las representaciones generales, y, por las del Derecho. Para von LISZT, sólo el determinismo puede formular la “reprobación jurídico-social que recae sobre el acto y el autor” ya que dicha visión es la única que puede poner el hecho aislado en relación con toda la personalidad psicológica del sujeto y, de esta forma, establecer una medida para la

¹ Von LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo Segundo. 2^{da} edición. Traducción de Luis Jiménez de Asúa. Ed. REUS (S.A.), Madrid, 1927, pág. 376.

culpabilidad según sea, más o menos, la expresión de la naturaleza propia y estable del autor, lo que le permite una distinción dentro de los delincuentes, según la intensidad de su tendencia criminal, otorgando de esta manera, un fundamento sólido a la Política criminal².

Por su parte, la “imputabilidad” se la consideraba “presupuesto de la culpabilidad”, y la definía como “facultad de determinación normal”, de esta forma, es imputable toda persona con desarrollo psíquico sano y que no tenga conciencia perturbada. “El contenido normal y la fuerza motivadora normal de las representaciones constituyen la esencia de la imputabilidad”³. Desde una óptica puramente formal, este autor señala que la imputabilidad puede ser definida como “la capacidad de obrar en Derecho penal; es decir, la capacidad de realizar actos referentes al Derecho penal, que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción”⁴.

Finalmente, para von LISZT, la conciencia de la ilegalidad no es un elemento esencial del concepto de dolo. “Si el autor sabe que su acto reúne todos los requisitos esenciales del hecho definido por la ley, es indiferente que sepa también que, con tal acto, ha transgredido una norma jurídica. En pro de la concepción contraria no ofrece la ley apoyo alguno”⁵. Sobre este tema formula dos conclusiones: 1. El supuesto erróneo de que es ilegal el acto no ilegal, no perjudica al agente y, 2. La suposición errónea de que el acto contrario al derecho no es ilegal, no aprovecha al autor. El error sobre los mandatos y prohibiciones, no tiene influencia alguna, a menos que, la ley al tipificar el hecho delictivo haga expresa mención a la ilegalidad⁶.

Para BELING, las bases del concepto de culpabilidad (“culpabilidad jurídica”) son los imperativos del orden jurídico, según los cuales las normas valorativas contenidas en éste deben ser conductoras para las resoluciones humanas. Para poder reprochar al autor su actuar es necesario que su obrar sea expresión de su propia personalidad, como dueño de su comportamiento. El Derecho penal sólo puede basarse en la doctrina del hombre libre. “La conducta no se explica plenamente por el carácter y los motivos, sino que, además, junto a éstos, interviene un tercer término consistente en el poder de resistencia existente en el hombre, que lo capacita para paralizar los motivos de impulsión con contramotivos, ello es, a elegir y decidirse. A favor de la justicia de esta interpretación de la vida espiritual del

² *Ibidem*, cit., pág. 378.

³ *Ibidem*, cit., pág. 385.

⁴ *Ibidem*, cit., pág. 386.

⁵ *Ibidem*, cit., pág. 412.

⁶ *Ibidem*, cit., págs. 413-414.

hombre habla el sentimiento de responsabilidad de la humanidad”⁷. Esta idea tiene el mérito de aclarar a su juicio el concepto de imputabilidad o capacidad delictiva. “Si el poder de resistencia es precisamente el factor que condiciona en general el concepto de culpabilidad, es evidente que aquellos hombres que carecen de poder de resistencia, están exentos de culpa en su obrar, y no pueden ser castigados. La imputabilidad es la faz criminal de la libertad del querer: es aquella disposición espiritual en la cual está presente el poder de resistencia como poder de ser obediente al Derecho”⁸. Finalmente, afirma que el necesario poder de resistencia (libre arbitrio, imputabilidad) sólo lo adquiere el hombre en el curso de su desarrollo individual y que tratándose de personas desarrolladas puede ser excluido por alteraciones de su vida psíquica.

Esta forma de concebir la culpabilidad no pudo dar una respuesta satisfactoria a ciertos problemas tales: a) la imputabilidad ¿era presupuesto del dolo y la imprudencia (culpabilidad), o era presupuesto de la pena? y, en cualquiera de los casos, era algo insuficiente; b) no podía explicar razonablemente la culpa o imprudencia inconsciente toda vez que en ella no había un vínculo subjetivo entre el autor y su conducta. Esta limitación llevó a alguno de sus representantes a negar la culpa inconsciente como forma de culpabilidad; c) admitir una culpabilidad conformada con elementos heterogéneos p.ej. la naturaleza psicológica del dolo y normativa de la imprudencia; y d) no podía resolver de manera satisfactoria la existencia de situaciones excepcionales que, a pesar de concurrir el nexo subjetivo doloso o imprudente, determinaban la ausencia de culpabilidad o la atenuación de la misma (situaciones de no exigibilidad).

1.2. Concepción normativa.

1.2.1. Reinhard Frank, James Goldschmidt y Hans Freudenthal: los precursores.

Fue FRANK quien hacia 1907 afirma que “Culpabilidad es reprochabilidad”⁹. Esta expresión señala el comienzo de la concepción normativa de la culpabilidad y que, sin duda alguna es, actualmente, el concepto dominante de culpabilidad¹⁰. El aporte de este autor

⁷ VON BELING, Ernst. *Esquema de Derecho Penal*. Traducción de Sebastián Soler, Ed. DEPALMA, Buenos Aires, 1944, pág. 32.

⁸ *Ibidem*, cit., pág. 33.

⁹ FRANK, Reinhard. *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*. Traducción de Gustavo Aboso y Tea Löw, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2002, pág. 39.

¹⁰ Sobre el desarrollo del concepto Véase JESCHEK, Hans-Heinrich/ WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. P .G. Traducción de la 5ª edición alemana por Miguel Olmedo Cardenete. Ed. COMARES, Granada,

alemán fue introducir junto a la imputabilidad y al dolo o imprudencia, como nuevo factor constitutivo de la culpabilidad, la “normalidad de circunstancias concomitantes” y es el primero que acude a la no exigibilidad de otra conducta. A partir de este momento, se inicia un proceso de desarrollo normativo de la culpabilidad que, en su primera etapa, destacan los estudios de otros autores principalmente de GOLDSCHMIDT, FREUDENTHAL, Eb. SCHMIDT y MEZGER.

Lo distintivo de esta concepción es que la culpabilidad ya no es más un mero nexo psicológico entre el autor y su hecho sino un “juicio de valor que se expresa en un reproche al autor por su conducta”. Para la doctrina dominante, la esencia de la culpabilidad era una relación psicológica del autor con algo que está ubicado fuera de su personalidad. Mientras la culpabilidad era un concepto genérico, el dolo y la culpa eran modalidades de aquella, de manera tal, “que todos los hechos que podrían ser de importancia para la apreciación jurídica de la acción, es decir, las circunstancias concomitantes, están fuera del concepto de culpabilidad”¹¹. Para ilustrar su pensamiento FRANK acude a un ejemplo: el cajero de un comercio y un portador de valores realizan, cada uno por su lado, una defraudación; el primero, para mantener amoríos suntuosos, el segundo en cambio, para mantener a su mujer enferma y numerosos hijos pequeños. En ambos casos el dolo existe de igual manera, aunque, el hombre de la calle y el lenguaje común dirán que el cajero es más culpable que el portador de valores sobre la base de considerar las “circunstancias concomitantes” que rodearon a cada uno de los protagonistas. Ahora bien, agrega el jurista, “si el concepto de la culpabilidad no abarca nada más que la suma de dolo e imprudencia,...podría resultar absolutamente incomprensible cómo puede excluirse la culpabilidad en el caso del estado de necesidad, puesto que también el autor que actúa en estado de necesidad sabe lo que hace”¹². Según este autor, para que a alguien se le pueda hacer un reproche por su comportamiento, deben concurrir tres elementos: “1º Una aptitud espiritual normal del autor, a lo que nosotros denominamos imputabilidad”; 2º “una cierta concreta relación psíquica del autor con el hecho” (dolo o imprudencia); y 3º “la normalidad de las circunstancias bajo las cuales el autor actúa”...“no cabe la reprochabilidad cuando las circunstancias concomitantes hayan sido un peligro para el autor o para una tercera persona y la acción prohibida

2002, págs. 450 y ss.; ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Traducción 2da ed. alemana de LUZÓN PEÑA/DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO/de VICENTE REMESAL. Civitas, Madrid, España, 1997, pág 797.

¹¹ FRANK, R. *Sobre la Estructura del Concepto...* op. cit. pág. 27.

¹² *Ibidem*, cit., pág. 30.

ejecutada los podía salvar”¹³. En relación a la imputabilidad, FRANK sostiene que existe una relación entre imputabilidad y pena y no es otra que la que existe entre culpabilidad y pena: “solamente el culpable es digno de pena y punible, y a la culpabilidad le pertenece la imputabilidad. Ésta no es capacidad de culpabilidad, ni presupuesto de culpabilidad, sino que pertenece a la culpabilidad”¹⁴. De esta forma, a su juicio, es posible advertir ventajas de dicha interpretación. Así, “en la doctrina de la participación. Al tener ésta un carácter accesorio, no es posible en el accionar de un inimputable, porque éste no actúa en forma culpable. Pero sostener en este caso que el inimputable en realidad no actúa en sentido jurídico se manifiesta como una excusa rebuscada”¹⁵.

En la edición número 18 (1929) FRANK define la culpabilidad como “reprochabilidad de una conducta antijurídica según libertad, fin y significado conocido o cognoscible”.

Uno de los puntos en discusión entre los partidarios del normativismo gira sobre cuál es el carácter de la norma que sirve de base al juicio de culpabilidad. Para MEZGER o SCHMIDT el juicio se basa en una “norma subjetiva de determinación” derivada de la norma de derecho. En este contexto la norma de derecho juega un doble rol: como norma de “valoración” se dirige “a todos” y determina “lo injusto”; como norma subjetiva “de determinación” (norma de deber), se dirige al personalmente obligado y determina “la culpabilidad”.

Para GOLDSCHMIDT¹⁶, la “norma de deber” o “norma de motivación” es independiente de la “norma de derecho”. La culpabilidad implica la infracción de una norma de deber, que rige la conducta interna, independiente de la norma de derecho que regula la conducta externa y cuya infracción determina la antijuridicidad. Para este autor, lo esencial de la culpabilidad radica en la infracción de aquella norma de deber especialmente vinculada con la <<exigibilidad>> y la proyección de su pensamiento permitió la comprensión dogmática de las causas de disculpa al considerarlas situaciones de no exigibilidad. Para este autor, los elementos de hecho de la culpabilidad (imputabilidad, dolo o imprudencia, motivación normal) son sólo presupuestos de la culpabilidad y sobre ellos descansa el “poder” (de actuar conforme al deber jurídico) que presupone la exigibilidad. La

¹³ *Ibidem*, cit., págs. 40-41.

¹⁴ *Ibidem*, cit., pág. 35.

¹⁵ *Ibidem*, cit., pág. 36.

¹⁶ GOLDSCHMIDT, James. *La Concepción Normativa de la Culpabilidad*. Traducción de Margarethe de Goldschmidt y Ricardo Nuñez, 2da. Maestros del Derecho Penal N° 7, Ed. B de F. Montevideo-Buenos Aires, 2002, pág. 100.

culpabilidad es sólo un juicio de reproche que se estructura de la “exigibilidad” (deber de motivarse por la representación del deber establecido en la norma de derecho) y de la “no motivación por la representación del deber jurídico a pesar de la exigibilidad”. Para GOLDSCHMIDT, una conducta de cara a la ley penal tiene dos dimensiones: el de su legalidad que se expresa en la conformidad o no conformidad con la norma de conducta que la manda o la prohíbe objetivamente y, por otro lado, la de su exigibilidad, si la norma de deber obliga o no al sujeto a que se motive por la representación del deber jurídico. No se puede desconocer que la razón que gatilló el surgimiento de la “no exigibilidad” fue el permitir a un sujeto que actuara contra la valoración de una norma objetiva de derecho porque en su ámbito no era factible encontrar una solución justa para ciertas situaciones. Esto fue lo que llevó a concebir la existencia de una norma (de deber) independiente de la “norma de derecho” que permitiera o autorizara una conducta contraria a esta norma. Para este jurista, hay una diferencia entre la norma jurídica y la norma de deber. La primera pueden ser prohibiciones o mandatos y dice relación con la conducta exterior y la causalidad, la segunda en cambio, son mandatos y está vinculada con la conducta interior y la motivación. “Ellas rezan: ¡hazte detener por la representación de que tu actuación de voluntad causaría un resultado prohibido, y hazte determinar por la representación de que tu actuación de voluntad causaría un resultado exigido”¹⁷. El no dejarse motivar por la representación del deber a pesar de la exigibilidad es contrariedad al deber. La exigibilidad es un deber, lo que, sin embargo, presupone siempre un poder. “Existe este poder en cuanto hay “dominio sobre el hecho”, en el sentido de HEGLER, o sea, imputabilidad, “significado conocido o cognoscible” (esto es, dolo o culpa) y motivación normal”. En definitiva, la motivación reprochable consistiría en “la reprochable no motivación de la voluntad por la representación del deber”¹⁸.

Según GOLDSCHMIDT, las normas que reglan las causas de exculpación constituyen las excepciones de las normas de deber.

FREUDENTHAL, en el estudio de la culpabilidad, puso especial énfasis en el factor de la no exigibilidad. La reflexión de este jurista tiene como máxima que el Derecho está hecho para el hombre y no al revés. Para él, el Derecho penal se ha transformado en algo inaccesible para el hombre común. Inquietud esta última que ha sido compartida por ROXIN

¹⁷ *Ibidem*, cit., pág. 100.

¹⁸ *Ibidem*, cit., pág. 105.

cuando ha señalado que el sistema de Derecho penal debe ser comprensible¹⁹. Idéntica preocupación comparte hoy en día HASSEMER cuando manifiesta que el Derecho penal no debe ni puede alejarse demasiado de los modelos culturales de acción, pues los modelos más básicos –como el de la responsabilidad- determinan las instituciones y no a la inversa. El Derecho penal “no puede alejarse demasiado de las `atribuciones de culpabilidad que se dan en la vida cotidiana”²⁰. Por ello, la inexigibilidad en la obra de FREUDENTHAL es un principio general y denominador común de cualesquiera expresiones de la exculpación. Uno de los presupuestos de su visión era la distancia que existía entre la convicción, el sentir social y el lenguaje de los profanos y la visión de los juristas que consideran culpable al que, en el lenguaje de los profanos, <<“nada podía” hacer en lo sucedido, al que “ha obrado como cualquiera habría hecho en su lugar”>>²¹. Con esta idea, queda claro que para este autor, la culpabilidad se encuentra unida al “poder”. Para la concepción normativa del juicio de reproche, lo esencial se centra en la contrariedad a deber, aunque, puede ser compensada con la posibilidad de haberse comportado de otra manera. En definitiva, la culpabilidad queda excluida si no se podría exigir al autor una conducta diferente y adecuada al deber social. FREUDENTHAL se identifica con lo postulado por Von HIPPEL: “el deber de evitar presupone poder evitar”²² y, a continuación, toma postura sobre el criterio que se debe adoptar para determinar el poder. “Tal comprobación individual, naturalmente, no puede ignorar las circunstancias bajo las cuales hubo de obrar el autor”²³. “Sin el poder del autor, falta su culpabilidad. Tal poder supone, sin el menor reparo, el indeterminismo, la concepción del mundo que informa al CP. vigente”²⁴.

Para este autor, la relevancia motivadora de las circunstancias concomitantes puede proyectarse a la medición de la pena y, además, puede condicionar la existencia de la culpabilidad. No hay que olvidar que en un principio FRANK sostuvo lo dicho por FREUDENTHAL, aunque, posteriormente, rectificó y limitó la relevancia de los circunstancias acompañantes a la medición de la sanción penal. Para este autor las expresiones culpabilidad y reprochabilidad son equiparables, lo importante es la idea que encierran en cuanto desaprobación del autor que se ha comportando de determinada manera, cuando hubiese

¹⁹ ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2ªed. Hammurabi, Buenos Aires. 2000, pág. 101.

²⁰ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Ed. Bosch, Barcelona, 1984, págs. 275-276.

²¹ FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal*. Traducción de José Luis Guzmán D. Maestros del Derecho Penal N° 11, Ed. B de F. Montevideo-Buenos Aires, 2006, pág. 63.

²² *Ibidem*, cit., pág. 77.

²³ *Ibidem*, cit., pág. 77.

²⁴ *Ibidem*, cit., pág. 71.

podido y debido hacerlo de otro modo. La vinculación entre <<poder>> y <<exigibilidad>> es un punto clave en el pensamiento de este autor. Si las circunstancias concomitantes son de tal peso que hubiese sido necesario para no perpetrar el delito un grado de resistencia que no podría exigirse a nadie, estaría ausente el <<poder>> y, con él, el reproche y sin reproche no hay culpabilidad. La crítica que FREUDENTHAL hace a FRANK es que este autor considera las circunstancias concomitantes con un factor que podría excluir la exigibilidad tratándose de una conducta imprudente y, con ella, la imprudencia misma. Si lo anterior es correcto, se pregunta este autor, ¿por qué no dar un tratamiento semejante al dolo? Si las circunstancias concurrentes fueron anormales o excepcionales, “entonces falta el presupuesto común de dolo y culpa, la posibilidad de formular un reproche, y con ello, aun de lege lata, estarán ausentes ambas formas de culpabilidad”²⁵. Ahora bien, el <<poder>> conduce a las expectativas, con lo cual, de lo fáctico nos trasladamos a lo valorativo y con la interrogante acerca del criterio para establecerlo. Para este autor, la exigibilidad se determina conforme a un juicio individual. Debe tomarse en cuenta, no ya un baremo objetivo-general, centrado en cuánto se le puede razonablemente exigir a un sujeto pensado en abstracto, sino un baremo subjetivo-individual.

Para FREUDENTHAL, en el Derecho penal alemán de su época, se contemplaba como causal de impunidad el “estado de necesidad”, donde quien actúa carece del “poder”, con ello la evitabilidad de la comisión del hecho delictivo, la reprochabilidad del hecho, la exigibilidad; en definitiva, la culpabilidad. Si bien la opinión dominante de su tiempo sostenía que el estado de necesidad era una causal de justificación, para él, lo es de ausencia de culpabilidad. Para él, no es aceptable limitar la impunidad por inevitabilidad del hecho, únicamente, sobre la base del estado de necesidad, eximente que podría aplicarse por analogía porque el <<poder>> del autor debe ser reconocido como presupuesto de la reprochabilidad tanto en el actuar imprudente –donde ya se le reconoce- como en el doloso lo que no sería sino una forma de reconocer el principio *impossibilia nulla est obligatio*. Para FREUDENTHAL, si el estudio de la imprudencia bajo la óptica de una medida objetiva y una subjetiva es correcto, también debería ser algo semejante tratándose del dolo: “si la inevitabilidad excluye la imprudencia, con mayor razón tendría que poner en cuestión el dolo”. Volviendo a un presupuesto de su razonamiento, el desencuentro entre el lenguaje jurídico y el del lego o profano, nos señala que deberíamos investigar si la evitabilidad del

²⁵ *Ibidem*, cit., págs. 76-77.

hecho o la exigibilidad de su no comisión, o en otras palabras, determinar si la culpabilidad en forma de dolo se ha configurado, in concreto, realmente.

1.2.2. Edmund Mezger: visión neocausalista.

MEZGER por su parte, sobre la base de una culpabilidad mixta, considera que la culpabilidad es una situación fáctica valorizada normativamente. La culpabilidad dice relación con una situación de hecho, normalmente psicológica, que se encuentra en el sujeto, situación fáctica que se considerará culpable si quien la juzga la estima como algo reprochable al autor. Este criterio se habría formulado con agudeza de la siguiente manera: “la culpabilidad de una persona no está situada en su propia cabeza, sino en las cabezas de otros”²⁶. Los factores que conforman la culpabilidad serían: la imputabilidad, en la que se expresa la personalidad del autor, el dolo o la culpa y la ausencia de causas que excluyan la culpabilidad, las que también permiten juzgar la personalidad del sujeto²⁷. Para este penalista, la voluntad del autor debe ser comparada con el actuar medio y, en la discrepancia, surge la valoración y la medida del juicio.

Por otro lado, para MEZGER, el juicio de culpabilidad se apoya en una “norma subjetiva de determinación” que se deriva de una “norma de derecho”, la cual, posee una doble función: como “norma de valoración” se dirige a todos y determina lo que es injusto; como “norma de determinación” se dirige sólo al personalmente obligado y determina la culpabilidad. Para este autor, la culpabilidad estaría configurada por tres elementos: la imputabilidad, una determinada relación psicológica entre el autor y su hecho (dolo o imprudencia) y la ausencia de causales de exclusión de la culpabilidad.

MEZGER se pregunta si es posible que el juicio de reproche sea algo personal: “este reproche personal parece no tener sentido si no reconocemos al individuo la suficiente “libertad de elección” que nos permita decir que “hubiera podido actuar también de manera distinta” de la que ha actuado”²⁸. Reconoce que la posibilidad de actuar de otra manera no se puede demostrar, como tampoco se puede, por otra parte, rebatir²⁹. Este autor considera que no es factible solucionar fácticamente el dilema de si el autor, en el caso concreto en que

²⁶ MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*. Libro de Estudio. Parte General. Traducción del Dr. Conrado Finzi, Ed. Bibliográfica Argentina S.R.L, Buenos Aires, 1958, pág.190.

²⁷ *Ibidem*, cit., pág. 191.

²⁸ *Ibidem*, cit., pág. 196.

²⁹ *Ibidem*, cit., pág. 196.

se encontraba, hubiere podido actuar de manera distinta a como lo hizo. Por otro lado, estima que la vida práctica y el Derecho establecen exigencias normativas a los integrantes de una comunidad social que, en el fondo, señalan qué es lo que se puede exigir corrientemente a las personas en las diversas situaciones. Ahora bien, en este contexto, el Derecho como marco de la convivencia social, debe “generalizar” o asumir costumbres generalmente válidas. En este sentido, la persona culpable sería aquella que no cumple las exigencias a él dirigidas. A esta altura de su reflexión no cabe sino reconocer que hace suya la propuesta hecha por KOHLRAUSCH quien, rechazando el criterio de la posibilidad concreta de actuar de manera diferente por parte del autor individual, ofrece como alternativa “la posibilidad de actuar de otra manera de parte de una persona que se encuentra en la misma situación”³⁰. De lo anterior, MEZGER deduce la siguiente consecuencia: “la culpabilidad en el sentido jurídico-penal existe, y existe en tanto, con arreglo a las totales circunstancias externas e internas de cada caso, se pueda conectar al juicio acerca del hecho antijurídico, el reproche que “se” hubiera podido actuar de otra manera” en tales circunstancias”³¹. Además, reconoce que el concepto jurídico-penal de la culpabilidad, es un “concepto graduable”, su magnitud puede ser diferente de un caso a otro y, por ello, es factible hablar de una medida de la culpabilidad³².

Por último, para MEZGER, la imputabilidad es “la capacidad de cometer culpablemente hechos punibles”³³ y que depende del estado de no perturbación de la conciencia, salud mental y facultades intelectuales suficientes en el momento del hecho delictivo y, por otro lado, rechaza entenderla como “capacidad de acción” (BINDING, V. HIPPEL, GERLAND), como “capacidad jurídica de deber” (MERKEL, KOHLRAUSCH), ni como capacidad de pena (FEUERBACH, V. LISZT, RADBRUCH).

Por su parte, E. SCHMIDT, destacado autor de esta misma orientación, ofrece un concepto de culpabilidad con un componente de exigibilidad de carácter “generalizante” que se determina conforme al “hombre medio”, en oposición al criterio “individualizante” de FREUDENTHAL.

³⁰ *Ibidem*, cit., pág. 197.

³¹ *Ibidem*, cit., pág. 198.

³² *Ibidem*, cit., pág. 200.

³³ *Ibidem*, cit., pág. 201.

1.3. *La concepción finalista.*

1.3.1. Hans Welzel.

Fue WELZEL quien lleva a cabo un nuevo aporte a la concepción normativa. En efecto, este autor traslada el dolo y la imprudencia a los tipos de lo injusto³⁴ con lo cual se acentúa aun más el carácter normativo de dicha concepción. No obstante, y sin perjuicio de lo anterior, se abre una discusión: es la visión finalista una concepción puramente normativa o no. Esto explica la distinción postulada por MAURACH entre teoría normativa compleja, donde la valoración y el objeto de la misma se ubican en la categoría sistemática culpabilidad y, teoría normativa pura (finalista) que distingue entre la valoración (culpabilidad) y el objeto de la valoración (lo injusto doloso o imprudente)³⁵.

Para este autor, la culpabilidad supone que la conducta antijurídica del autor no es aquella que exige el Derecho, aunque, él hubiera podido observar una conducta ajustada a Derecho. “En este “poder en lugar de ello” del autor respecto de la configuración de su voluntad antijurídica reside la esencia de la culpabilidad”³⁶. Para WELZEL, la culpabilidad es “culpabilidad de voluntad”. Ahora bien, para este autor, el reproche de culpabilidad implica que el autor, en el caso concreto en que se encontraba, podía (él y no algún hombre) haber adoptado una voluntad de acuerdo a la norma, razón por la cual, determina como presupuestos de la reprochabilidad dos elementos, a saber: a) la imputabilidad, en cuanto capacidad psíquica de poder motivarse de acuerdo a la norma (presupuesto existencial), y b) la posibilidad de comprensión de lo injusto (presupuesto especial). En relación a los problemas del libre albedrío como fundamento material de la culpabilidad, WELZEL cree en una dimensión antropológica y, a diferencia de los animales, el hombre posee una amplia libertad respecto de las formas innatas e instintivas de comportamiento y, además, por su capacidad de descubrir y establecer por sí mismo la rectitud de la conducta por medio de actos inteligentes basados en la verdad, el sentido y el valor³⁷. “El libre albedrío es la capacidad para poderse determinar conforme a sentido. Es la libertad respecto de la coacción causal, ciega e indiferente al sentido, para la autodeterminación conforme a sentido. La libertad no es un estado, sino un acto: el acto de liberación de la coacción causal de los

³⁴ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Traducción de la 11ª edición alemana por los profesores Juan Bustos y Sergio Yáñez, Ed. Jurídica de Chile, 1976. pág. 232.

³⁵ MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo 1. Traducción de la 7ª Ed. alemana por Jorge Bofill y Enrique Aimone, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994, pág. 522.

³⁶ WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán*...op. cit. pág. 197.

³⁷ *Ibidem*, cit., pág. 203.

impulsos para la autodeterminación conforme a sentido”³⁸. “La culpabilidad no es un acto de libre autodeterminación, sino justamente la falta de determinación de acuerdo a sentido en un sujeto responsable”³⁹.

Para WELZEL, la imputabilidad o capacidad de culpabilidad es, la capacidad del autor de “comprender lo injusto del hecho y de determinar la voluntad conforme a esa comprensión” (§3 JGG., §§ 51, 55 StGB)⁴⁰. Para la dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad, este autor no exige que el sujeto pueda reconocer el hecho como contrario a la ley o como algo punible o inmoral sino que el autor “tiene que poder reconocer que su hecho es una trasgresión de aquellas normas sociales que son indispensables para la vida en común”⁴¹. Para este autor, la capacidad de culpabilidad existe generalmente en la situación concreta (o no existe), con independencia de que el sujeto actúe o no. Por otro lado, la reprochabilidad presupone además de que el autor sea capaz de culpabilidad respecto del hecho concreto, que éste hubiere podido formar una voluntad conforme a Derecho, para lo cual, es preciso que hubiere reconocido o podido reconocer el carácter injusto del hecho⁴².

1.3.2. Wilhelm Gallas.

GALLAS, fue crítico de la visión final de la culpabilidad. Para él, el concepto de deber era el mismo en la antijuridicidad como en la culpabilidad, razón por la cual, la falta del “poder” del autor para haber evitado la resolución delictiva, en modo alguno, podría excluir el “no ser debido” de la decisión de la acción; de lo contrario, estaría ausente no solo la culpabilidad sino, además, la antijuridicidad. Para GALLAS la culpabilidad habría perdido la decisión de la acción como objeto de valoración a ella sola reservada. La ausencia de una referencia objetiva y propia, el juicio de culpabilidad no podría ser fundamentado como “un juicio jurídico de deber, independiente, frente al juicio de antijuridicidad”⁴³. Como una forma de recuperar una base normativa, este autor se pregunta sobre cuál es la razón de la real vinculación entre el “poder” del autor y la reprochabilidad y, dicha interrogante, la responde diciendo que quien se decide libremente contra el Derecho, manifiesta una actitud

³⁸ *Ibidem*, cit., pág. 209.

³⁹ *Ibidem*, cit., pág. 210.

⁴⁰ *Ibidem*, cit., pág. 216.

⁴¹ *Ibidem*, cit., pág. 216.

⁴² *Ibidem*, cit., pág. 221.

⁴³ GALLAS, Wilhelm. *La Teoría del Delito en su momento actual*. Traducción de Juan Córdoba Roda, Ed. BOSCH, Barcelona, 1959. pág. 62.

que contradice aquella que el orden jurídico reclama de un sujeto justo y consciente. Por ello, para GALLAS, la culpabilidad es “reprochabilidad del acto en atención al ánimo (Gesinnung) jurídicamente desaprobado que se realiza en él”. Al mismo tiempo, aclara que por ánimo no se debe entender una cualidad permanente del autor sino “del valor o disvalor de la actitud actualizada en el acto concreto, (...) es la “conclusión que ha de ser extraída de tal acto y de sus móviles en relación a la posición total del autor antes las exigencias del derecho”⁴⁴. Una observación crítica de esta concepción sería el que no señala un criterio sobre el cual se pueda desaprobar jurídicamente la actitud interna del autor.

Lo anterior lleva a GALLAS a postular que, en una perspectiva finalista, la diferencia entre injusto y culpabilidad se proyecta en un disvalor de acción y disvalor de ánimo del acto correspondiente, disvalor este último que estará ausente cuando el sujeto careció del poder, aunque, ésta última afirmación es semejante al “poder actuar de otro modo”. Según este autor, el ánimo jurídicamente desaprobado es un concepto material y, por eso mismo, susceptible de graduación. Exigencias tales como “malicioso”, “por móviles bajos” o “ánimo de lucro” serían características de ánimo y no se referirían al hecho injusto o al disvalor de acción del hecho, sino a su reprochabilidad, al ánimo jurídicamente desaprobado que se concreta en el hecho⁴⁵.

1.3.3. Reinhart Maurach y Heinz Zipf.

MAURACH y ZIPF coinciden en que la culpabilidad implica un reproche personal al autor, en consecuencia, para la fundamentación del juicio de desvalor culpabilidad, lo esencial es el poder propio del autor, siendo irrelevante que otra persona en la misma situación hubiere actuado de manera diferente. No obstante, creen que el contenido que normalmente se atribuye, desde una óptica normativa, a la culpabilidad no permite justificar la utilización de los medios de reacción (pena y medida de seguridad) ni tampoco la creencia que en dicha culpabilidad pueda existir un juicio de reproche personal. En efecto, para estos autores, el problema surge con las personas que son inimputables a quienes el hecho ilícito perpetrado se les debe poder atribuir, atribución subjetiva que no es equivalente a la culpabilidad. En consecuencia, sostener que “culpabilidad es reprochabilidad” es una máxima que “resulta demasiado estrecha para poder abarcar todas las categorías de autores

⁴⁴ *Ibidem*, cit., pág. 62.

⁴⁵ *Ibidem*, cit., pág. 64.

que se encuentran sometidos al derecho penal”⁴⁶. Ahora bien, no todos los elementos integrantes de la culpabilidad formal permiten o demandan una individualización semejante. Si bien esto último es posible en el campo de la imputabilidad y de la conciencia de lo ilícito, no lo sería en el ámbito de la exigibilidad de la conducta adecuada a derecho, donde sólo tendría sentido la consideración de un criterio de capacidad normal. A juicio de estos autores, la ley penal al tratar de las causales que disculpan una actuación contraria a derecho, se limita a describir exhaustivamente una situación objetiva y, en donde el efecto psicológico sobre el sujeto es supuesto en forma generalizadora o estandarizada sin exigir un examen de las facultades de resistencia propias del autor⁴⁷. Esto los lleva a sostener que la exigibilidad no establece límites a la culpabilidad, sino a la responsabilidad: “aquel a quien, con la ayuda de las causas de inexigibilidad, se le reconoce la imposibilidad de la conducta adecuada a la norma, queda libre de responsabilidad, aun cuando al respecto se hubiere podido presuponer una capacidad personal de resistencia”⁴⁸.

Para MAURACH y ZIPF es preciso encontrar un concepto amplio y general de responsabilidad que permita albergar un criterio de atribución personal del hecho que fundamente la procedencia de la pena como compensadora de la culpabilidad sino, además, de las medidas de corrección y de seguridad, independientes de la culpabilidad. Ese concepto genérico y amplio de responsabilidad, los autores lo denominan “atribuibilidad”, el cual, estaría conformado en primer término, por la responsabilidad por el hecho vinculado a la lesión de las exigencias-promedio que la sociedad puede esperar del común de los hombres (dimensión estandarizadora u objetiva) y, en segundo lugar, el no haber satisfecho los requisitos exigibles al autor concreto (quedarse atrás) lo que determinaría el juicio de reproche culpabilidad (dimensión personal). Para MAURACH y ZIPF la primera grada de atribuibilidad permite formular la pregunta ¿es posible responsabilizar por este hecho a un hombre, en cuanto miembro de la comunidad jurídica?, la segunda grada, en cambio, supone responder la interrogante ¿se le puede reprochar personalmente al autor este hecho, de acuerdo a sus posibilidades?⁴⁹. De configurarse una causal que excluya la responsabilidad por el hecho, dicha causal no exculpa al autor individual, libera de responsabilidad a toda persona que se encontrare en dicha situación. La responsabilidad por el hecho su reprobación se basa en que el sujeto realizó una conducta distinta y peor que la de los

⁴⁶ MAURACH/ZIPF. *Derecho Penal...* op. cit., pág. 526.

⁴⁷ *Ibidem*, cit., pág. 529.

⁴⁸ *Ibidem*, cit., pág. 530.

⁴⁹ *Ibidem*, cit., pág. 537.

demás, en cambio, el objeto de reproche de la culpabilidad implica que el autor fue diferente de lo que, según su capacidad personal de enjuiciamiento y dirección, podía ser⁵⁰.

MAURACH y ZIPF, luego del cambio del tenor literal del §20, afirmaron que imputable y capaz de culpabilidad era aquel autor que, “en virtud del estado de su desarrollo espiritual-moral, está en condiciones de reconocer el ilícito de su acción y de obrar conforme a tal conocimiento”⁵¹. “La capacidad de culpabilidad constituye la capacidad de corresponsabilidad humana en la convivencia social”⁵². “La decisión acerca de la capacidad o incapacidad de imputabilidad debe ser tomada siempre con relación al concreto hecho punible. No existe una incapacidad de imputabilidad genérica, que simplemente excluya las facultades de comprensión y de dirección, sin referencia concreta alguna”⁵³.

1.4. Panorama contemporáneo.

1.4.1. Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weingend.

Estos autores coinciden en afirmar que la culpabilidad supone preguntarse si un hecho injusto puede ser “personalmente reprochable al autor” y, en nota 3 a pie de página agregan: “a ello se añade incorrectamente el “poder evitarlo”⁵⁴. Para ellos “el autor actúa culpablemente cuando la formación de su voluntad, que le ha conducido a la comisión del hecho antijurídico, descansa sobre una actitud interna deficiente”.

Para JESCHECK y WEINGEND “la actitud interna” no debe entenderse como una disposición permanente del autor sino como “inclinación actual” en la formación de la resolución delictiva⁵⁵. Como la culpabilidad en esta concepción implica una deficiencia en la actitud frente al Derecho que se ha expresado en una conducta típica y antijurídica y que merece ser reprochada. Además, dicha deficiencia admite grados y, con ello, la culpabilidad.

En cuanto a la medida del juicio de culpabilidad, estos autores no son partidarios de un “poder evitarlo” individual del autor y creen que la cuestión sólo puede ser formulada razonablemente preguntándose “si “otra persona” en la situación del autor habría podido

⁵⁰ *Ibidem*, cit., pág. 543.

⁵¹ *Ibidem*, cit., pág. 600.

⁵² *Ibidem*, cit., pág. 607.

⁵³ *Ibidem*, cit., pág. 619.

⁵⁴ JESCHECK/WEINGEND. *Tratado de Derecho Penal...* op. cit., pág. 456.

⁵⁵ *Ibidem*, cit., pág. 452.

resistirse a la tentación delictiva (escala social-comparativa), en otras palabras, para ellos la medida para el juicio de culpabilidad sólo puede venir suministrada por la capacidad del hombre medio”⁵⁶.

JESCHECK y WEINGEND estiman, al igual que la mayoría de los autores que siguen la sistemática final, que los elementos que integran la culpabilidad son: la imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad, la normalidad de las circunstancias que acompañan al hecho pero, agregan, además, el dolo como elemento autónomo de la misma (doble posición del dolo) en tanto portador del desvalor de la actitud interna⁵⁷.

En cuanto a la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, estos autores, consideran que ella supone un determinado desarrollo bio-psico-social normal en el sujeto. Ahora bien, “la incapacidad de comprender el injusto (momento intelectual) está referida al injusto del hecho y, al igual que con el joven, tiene que ser comprobada de modo concreto y en relación con cada uno de los tipos penales. Lo mismo rige para la capacidad de inhibición.” “También hay que negar la capacidad de culpabilidad aunque concurra la comprensión del injusto, en aquellas hipótesis en las que el autor, a causa de su trastorno psíquico, fue incapaz de actuar conforme a esa comprensión (momento volitivo), algo que sucede en la embriaguez alcohólica, psicopatías, neurosis y trastornos del instinto”⁵⁸.

1.4.2. Culpabilidad y prevención.

a) Claus Roxin: culpabilidad y necesidad preventiva.

ROXIN, partidario de una concepción normativa, considera que el concepto de reprochabilidad implica de una manera incompleta la valoración que es preciso efectuar porque dicho concepto dice relación, únicamente, con la culpabilidad. Para este autor, si bien aquello es necesario, para determinar la responsabilidad del autor es preciso, además, considerar jurídico-penalmente una necesidad preventiva de la sanción. De esta forma, “el concepto normativo de culpabilidad ha de perfeccionarse en la dirección de un concepto normativo de responsabilidad”⁵⁹. Para ROXIN al supuesto de hecho de la responsabilidad en

⁵⁶ *Ibidem*, cit., pág. 459.

⁵⁷ *Ibidem*, cit., pág. 461.

⁵⁸ *Ibidem*, cit., pág. 474.

⁵⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. P. G. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción y notas de la 2ª edición alemana de Diego Manuel Luzón Peña/Miguel Díaz y García Conlledo/Javier de

sentido estricto pertenecen elementos subjetivos como objetivos: la imputabilidad, el conocimiento real o potencial de la antijuridicidad y la ausencia de situaciones exculpatorias; de estos elementos dependerá el “sí” de la pena. Al supuesto de hecho de la responsabilidad en sentido amplio pertenece el injusto típico porque al sujeto se le hace responsable por el conjunto del hecho⁶⁰.

ROXIN cree que el Derecho penal más adecuado para la represión del delito en la sociedad de un Estado liberal de Derecho debe ser una síntesis de un Derecho penal retributivo de la culpabilidad y un Derecho penal preventivo, no pudiéndose castigar nunca más allá de las necesidades preventivas, pero tampoco más allá de la culpabilidad. Este autor defiende que hay que entender la culpabilidad como "actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa, fenómeno científico empírico, que se traduce en la posibilidad de afirmar la culpabilidad de un sujeto cuando el mismo estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico, cuando le eran psíquicamente asequibles 'posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma', cuando la posibilidad psíquica de control que existe en el adulto sano en la mayoría de las situaciones existía en el caso concreto"⁶¹.

Para el autor alemán, la culpabilidad es un dato mixto empírico-normativo, pues no duda de su componente psíquico (el sujeto "se convierte en culpable cuando no adopta ninguna de las alternativas de conducta en principio psíquicamente asequibles para él", por lo que es "empíricamente constatable la capacidad general de autocontrol y la asequibilidad normativa que con ella se produce") ni de su carácter normativo (pues se atribuye normativamente "la posibilidad derivada de esa constatación, de conducta conforme a Derecho")⁶².

Establecida la culpabilidad, condición indispensable, aunque, no suficiente para la imposición de la pena⁶³, y dado que para este autor, lo decisivo radica en la necesidad jurídico penal de sancionar el caso concreto desde puntos de vista jurídico penales, procede ahora averiguar si es necesaria también una reacción por razones de prevención especial o general para mantener el orden social pacífico, es decir, si es o no necesaria una pena desde

Vicente Remesal. Ed. CIVITAS S.A., 1997, pág.797.

⁶⁰ *Ibidem*, cit., pág. 798.

⁶¹ *Ibidem*, cit., pág. 807.

⁶² *Ibidem*, cit., pág. 810.

⁶³ ROXIN, Claus. "Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad". En: *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*. Traducción, Introducción y notas de Francisco Muñoz Conde. Rem, Madrid, 1981. pág 50.

el punto de vista de los fines preventivos del Derecho penal, si se puede y se debe hacer responsable al sujeto de sus hechos⁶⁴. Por esto, en lugar de culpabilidad, prefiera hablar de responsabilidad, integrada por la culpabilidad y necesidad preventiva de la pena. La función de esta tercera categoría del sistema, que ROXIN prefiere llamar responsabilidad, consiste en comprobar si el comportamiento antijurídico del autor resulta "merecedor de pena"⁶⁵.

Para ROXIN, la culpabilidad no legitima una retribución por parte del Estado, por lo que no ostenta el carácter de fundamento, sino simplemente de límite de la pena⁶⁶. Para él, la culpabilidad es solo un medio de limitar sanciones jurídico-penales, y dentro de ese límite, la pena debe imponerse únicamente en función de las exigencias de prevención general y especial.

ROXIN no afirma que la persona pudiera actuar de otra manera, lo que sería indemostrable, sino solo que, cuando exista una capacidad de auto conducción intacta y, con ello, una dirigibilidad normativa, se le trata como libre⁶⁷. La suposición de libertad es una "aserción normativa", una regla del juego social, cuyo valor es independiente del problema del conocimiento o de las ciencias de la naturaleza, y está basado en el principio de igualdad, según el cual todos los hombres deben recibir igual trato ante la ley⁶⁸. Si este concepto de culpabilidad restringe el Derecho penal a lo absolutamente indispensable socialmente, a la imposición de una pena ante la infracción de leyes penales por la conmoción social que eso produce, no tiene sentido imponer una pena a los inimputables, ya que en ellos faltaría toda culpabilidad porque el sujeto no es motivable por las normas y no se defraudaría ninguna expectativa social y, por tanto, no se conmovería la conciencia social.

Según ROXIN la capacidad de culpabilidad es la capacidad de autoconducción de impulsos psíquicos y la resultante dirigibilidad normativa de un sujeto en una determinada situación⁶⁹. Para ROXIN la imputabilidad, de conformidad al §20, implica la capacidad para comprender el injusto del hecho y de actuar conforme a esa comprensión y, en donde las causales de inimputabilidad se han tipificado conforme a un método psicológico-

⁶⁴ *Ibidem*, cit., págs. 792 y 793.

⁶⁵ *Ibidem*, cit., págs. 791 y 792.

⁶⁶ *Ibidem*, cit., pág. 43.

⁶⁷ ROXIN, Claus. "¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal?". En: *Cuadernos de Política Criminal*. N° 30. 1986. pág. 685.

⁶⁸ ROXIN, C. *Derecho Penal*. P.G...op. cit., pág. 810.

⁶⁹ ROXIN, C. "¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal?".... op. cit., pág. 685.

normativo⁷⁰. A su juicio, el perito sólo debe informar sobre si el autor era, al momento del hecho, asequible a la norma y, al respecto cita a SCHREIBER: “si la norma jurídica tuvo siquiera la posibilidad de surtir efecto en el proceso de motivación del sujeto. La función del perito consiste en mostrar a través del estado psíquico del sujeto si éste fue un destinatario idóneo de la norma”⁷¹. Según ROXIN la incapacidad de “comprender el injusto del hecho” y la incapacidad de “actuar conforme a esa comprensión” se pueden entremezclar presentando una especial dificultad para distinguirlas, aunque, en definitiva todo depende de la falta de capacidad de control. Siguiendo a la doctrina absolutamente dominante, este autor sostiene que “la incapacidad de comprensión y de inhibición no se han de constatar en abstracto, sino siempre sólo respecto de la concreta realización típica”⁷².

También, este jurista ha sido objeto de ciertas objeciones, tales como⁷³:

i) ROXIN considera la imputabilidad como “abordabilidad normativa”; no obstante, no ofrece una definición de qué debe entenderse por tal. Se limita a manifestar la necesidad de su comprobación empírica, lo que supone pasar la decisión sobre la misma a los peritos ¿conforme a qué criterio?.

ii) La libertad es considerada por este autor una atribución normativa que se presume al sujeto cuando se demuestra su asequibilidad normativa. Dicha atribución no aporta nada a la categoría dogmática de la imputabilidad y su establecimiento no hace sino acrecentar el problema planteado por la “abordabilidad normativa” en el “aspecto de la discriminación de los no libres propio de la concepción tradicional”.

b) Günther Jakobs: su visión funcionalista.

Sobre la base de la teoría funcionalista, JAKOBS postula una visión concibiendo la culpabilidad en torno al concepto de prevención general positiva y negando que el Derecho penal de la culpabilidad pueda edificarse en fundamentos ajenos a sus fines sociales⁷⁴. Recurre a los componentes preventivos generales del Derecho penal y concibe la culpabilidad como una entidad eminentemente funcional, para la cual solo la idea de fin

⁷⁰ ROXIN, C. Derecho Penal. P.G....op. cit., pág. 823.

⁷¹ *Ibidem*, cit., pág. 837.

⁷² *Ibidem*, cit., pág. 838.

⁷³ MARTÍNEZ GARAY, Lucía. *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*. Ed. Tirant Monografías 387, 2005, págs. 212 y ss.; FONSECA MORALES, Gema María. *Exención y atenuación de la responsabilidad criminal por anomalía o alteración psíquica. Especial referencia a su tratamiento jurisprudencial*. Tesis doctoral. Universidad de Granada, 2007, pág. 50.

⁷⁴ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*. Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. 2. ed. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 566 y ss.

permite darle contenido, entendiendo el mismo como prevención general, cuya razón de ser sería la fidelidad para el Derecho.

Según JAKOBS, el fundamento material de la culpabilidad no es el libre albedrío sino una disposición general de tipo psicológico-social a aceptar responsabilidad (o a renunciar a ella) en una situación concreta en la que se encuentra el autor del hecho delictivo. Si la misión del Derecho penal es el aseguramiento del orden social, “en la culpabilidad ya no se trata de si el autor tiene realmente, y no sólo desde una determinación normativa, una alternativa de comportamiento realizable individualmente, sino de si hay, para la imputación al autor, una alternativa de organización que sea preferible en general. Si falta una alternativa de organización, se le asigna al autor una alternativa de comportamiento y se le reprocha que no la haya utilizado”⁷⁵. No obstante, este autor reconoce que el ámbito en el que se puede ser responsable es, al mismo tiempo, “un ámbito libre, de autodeterminación, pero ésta no en el sentido de libre albedrío, sino en el de falta de obstáculos jurídicamente relevantes para sus actos de organización”⁷⁶.

El funcionalismo sistémico de este autor, le lleva a construir la culpabilidad a partir de los fines preventivos de la pena. Por ello, "la relación entre culpabilidad y fin sólo puede ser del tipo de que el fin tiña la culpabilidad"⁷⁷, es decir, la dota de contenido. Y ese fin de mantenimiento del orden jurídico que se encuentra en la prevención general positiva, es el mantenimiento del reconocimiento general de la norma. Prevención general, porque pretende producir un efecto en todos los ciudadanos, positiva, porque este efecto no se pretende que consista en miedo ante la pena, sino en una tranquilización en el sentido de que la norma está vigente, de que la vigencia de la norma, que se ha visto afectada por el hecho, ha vuelto a ser fortalecida por la pena⁷⁸.

La culpabilidad, además, es un concepto funcional, adaptado al sistema social. Es imposible "demostrar desde el punto de vista individual que sea preferible respetar las normas sociales cognoscibles, es asunto de cada cual procurarse la motivación necesaria para respetar la norma, esto es la fidelidad al ordenamiento jurídico", aunque se hace

⁷⁵ *Ibidem*, cit., pág. 585.

⁷⁶ *Ibidem*, cit., pág. 586.

⁷⁷ *Ibidem*, cit., pág. 584.

⁷⁸ JAKOBS, Günther. "El principio de culpabilidad". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Septiembre diciembre, 1992, pág. 1074.

necesario tener en cuenta los déficits cognitivos ya que sólo quedará disculpado cuando le fue imposible conocer⁷⁹.

El contenido de la culpabilidad, por tanto, no sólo es resultante de la teoría de los fines de la pena, sino de ésta y de la constitución de la sociedad, que se deben adaptar recíprocamente. Para la determinación de la culpabilidad "ha de establecerse cuántas presiones sociales se le pueden achacar al autor afectado por la atribución de culpabilidad y cuántas cualidades perturbadoras del autor han de ser aceptadas por el Estado y por la propia sociedad o han de soportarlas terceros incluso la propia víctima"⁸⁰.

La sanción permite mantener la confianza general en la norma, por eso, con arreglo a este fin de la pena, el concepto de culpabilidad vendría constituido por el conocimiento y la voluntad de acatar la norma. Reconociendo, sin embargo, que los defectos cognitivos exoneran de pena, no así los volitivos que agravan precisamente la reprochabilidad. Pues en nada perturba la función estabilizadora de expectativas del Derecho el sujeto que no es imputable, es decir, el autor que no se considera igual sino como alguien que no es determinante o que se encuentra en una situación especial.

Para JAKOBS "el autor de un hecho antijurídico tiene culpabilidad cuando dicha acción antijurídica no solo indica una falta de motivación jurídica dominante -por eso es antijurídica-, sino cuando el autor es responsable de esa falta. Esta responsabilidad se da cuando falta la disposición a motivarse conforme a la norma correspondiente y este déficit no se puede hacer entendible sin que afecte a la confianza general en la norma. Esta responsabilidad por un déficit de motivación jurídica dominante, en un comportamiento antijurídico, es la culpabilidad. La culpabilidad se denominara en lo sucesivo como falta de fidelidad al Derecho o, brevemente, como infidelidad al Derecho"⁸¹. A juicio de JAKOBS, la misión de la culpabilidad es expresar, como motivo de conflicto, una motivación no conforme a Derecho por parte del autor de una conducta típica prohibida. La ausencia o déficit de motivación jurídica deben ser sancionados para mantener el reconocimiento y confianza general en la norma. La culpabilidad supone una falta de motivación jurídica por la que debe responder el autor del hecho prohibido. Por ello, si lo anterior es el fin de la pena, "la culpabilidad no ha de orientarse hacia el futuro, sino que de hecho está orientada

⁷⁹ CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal español. Parte General*. 3ª Ed. Editorial Dykinson, Madrid, 2002, pág. 930.

⁸⁰ JAKOBS, G. *Derecho Penal. P. G...* op. cit. págs. 582 y 583.

⁸¹ *Ibidem*, cit., pág. 566.

hacia el presente, en la medida en que el Derecho penal funciona, es decir, contribuye a estabilizar el ordenamiento”⁸². Para este autor, la concepción de la culpabilidad, al igual que la antijuridicidad, depende de la estructura de la sociedad, por ello, “ha de configurarse funcionalmente, es decir, como concepto que rinde un fruto de regulación, conforme a determinados principios de regulación (de acuerdo con los requisitos del fin de la pena), para una sociedad de estructura determinada”⁸³.

Para que pueda hablarse de culpabilidad, han de darse una serie de requisitos positivos copulativamente: i. El autor debe actuar antijurídicamente; ii. Debe ser imputable: sujeto con capacidad de cuestionar la validez de la norma; iii. Debe actuar no respetando el fundamento de validez de las normas; y, iv. Dependiendo el delito de que se trate, deben concurrir especiales elementos de la culpabilidad.

JAKOBS supone que todos los actos son imputados salvo que puedan reelaborarse de otra forma, momento en el que entra en juego la llamada imputabilidad, definible como competencia de poner en cuestión la validez de la norma, para lo que exige que el sujeto sea definible como igual a los demás. Entiende que la igualdad presupone que "los factores que forman o no impiden el proceso motivatorio en el autor en sus rasgos esenciales, forman o no impiden ubicuamente un suceso motivatorio”⁸⁴.

De los presupuestos anotados, es factible concluir que es inimputable el desigual, el autor "cualitativamente anormal", que deja de ser un sujeto determinable por las normas. En el hecho ya no hay un sujeto interpelable, actúa un sujeto tan reducido que ya no es comparable con una persona normal, lo que hace que la motivación se forme anómalamente y falte la competencia para cuestionar la validez de la norma⁸⁵.

También contempla JAKOBS otros casos que considera de no exigibilidad, donde el sujeto no ha perdido su subjetividad (porque sigue existiendo un sujeto responsable) pero debido a condicionantes de cuyas causas el sujeto no es responsable presenta problemas para motivarse de acuerdo con la norma.

Según JAKOBS, el injusto en su totalidad pertenece al tipo de culpabilidad porque aquél es la objetivación del defecto de motivación que es necesario imputar. Para él, la mera

⁸² *Ibidem*, cit., pág. 581.

⁸³ *Ibidem*, cit., pág. 584.

⁸⁴ *Ibidem*, cit., pág. 598.

⁸⁵ *Ibidem*, cit., págs. 630 y 631.

relación subjetiva del autor con el injusto, sobre la base de simple conocimiento o cognoscibilidad, no es adecuado porque la culpabilidad por un “injusto” puramente subjetivo no es una culpabilidad jurídica⁸⁶. En cuanto a los factores que integran la culpabilidad, este autor los divide en: tipo positivo de culpabilidad (imputabilidad y la intelección del injusto) y tipo negativo de culpabilidad (inexigibilidad).

La imputabilidad supone una persona definible como igual y con la competencia de poner en cuestión la validez de la norma. Para este autor, la “igualdad” implica todos aquellos factores básicos relevantes que forman, o no impiden, el proceso motivatorio en el autor y, en ningún caso, es relevante su contenido o intensidad porque son distintos de un sujeto a otro. “Dada una situación motivatoria igual en cuanto a su género en sus rasgos esenciales, la infracción de la norma por un sujeto ejemplifica la infracción de la norma de cualquier autor equiparable, y por ello constituye un ataque a la validez de la norma en relación con cualquiera”⁸⁷. La igualdad no es cuantificable, razón por la cual, se es o no imputable. Si en un caso concreto falta la igualdad (inimputabilidad) se renuncia a la estabilización de la expectativa normativa defraudada por el autor y, en lugar de ello, se reacciona socialmente ante la frustración de una expectativa simplemente cognoscitiva y se aplica, a quien la ha frustrado, una medida de seguridad.

En cuanto al tipo negativo de culpabilidad (inexigibilidad) se configura cuando el autor, sobre la base de una disposición de ánimo o contexto exculpante, su motivación al obrar se origina sólo a partir de una situación especial. Para establecer la existencia relevante de una situación de exculpación es preciso considerar no solo el contexto en el que se ha cometido el delito sino, además, el comportamiento anterior del propio sujeto porque bien puede ser que haya sido él mismo quien se colocó en esa situación, razón por la cual, no podría desentenderse de ello.

Frente a la postura de JAKOBS es factible formular ciertas objeciones:

i) La escasez de criterios para determinar la imputabilidad en el caso concreto y la reducción de las posibilidades de exculpación del delincuente en aras a una pretendida tranquilidad de la conciencia pública, intentando mantener el sistema⁸⁸.

⁸⁶ *Ibidem*, cit., pág. 596.

⁸⁷ *Ibidem*, cit., pág. 598.

⁸⁸ MARTÍNEZ GARAY, L. *La imputabilidad penal...* op. cit., pág. 237; FONSECA MORALES, G.M. *Exención y atenuación de la responsabilidad criminal por anomalía o alteración psíquica, ...* op. cit., pág. 54.

ii) Una de las de mayor peso es la formulada por OLMEDO CARDENETE, quien considera grave, por una denunciada deshumanización de las normas penales, la reflexión desarrollada por JAKOBS, "de que no todo ser humano es persona en sentido jurídico-penal", por el hecho de que los menores o los enfermos mentales carecen de capacidad de culpabilidad. Que no puedan ser declarados responsables por los delitos o faltas cometidos no significa que su comportamiento no tenga trascendencia para el Derecho penal. Es cierto que la sociedad, en términos sistémico-comunicativos, no despliega expectativas jurídicas en torno al comportamiento de los mismos, pero eso no significa que no puedan ser destinatarios de las normas penales en un sentido objetivo y, también, en algunos casos, en sentido subjetivo. Si se hubiera de aceptar un concepto de persona en sentido jurídico-penal en los términos descritos por el jurista alemán, en nuestro Derecho también deberían tener cabida los exentos de responsabilidad criminal por padecer enfermedades mentales, toxicomanías o alteraciones graves en la percepción, pues aunque los mismos no sean destinatarios de una pena si lo son de medidas de seguridad destinadas a desplegar un efecto terapéutico. La cuestión es, precisamente, que por poseer tales medidas una finalidad exclusivamente preventivo-especial, caen fuera del ámbito explicativo de la prevención general positiva. Las normas que contienen medidas de seguridad son también normas penales y las consecuencias jurídicas que comporta la comisión de un hecho antijurídico por tales personas poseen una indudable naturaleza punitiva. Negarles, incluso desde esa óptica, la consideración de «personas» es olvidar que el Derecho penal no solo persigue preservar la fidelidad de la norma"⁸⁹.

1.4.3. Culpabilidad y motivación.

a) Enrique Gimbernat Ordeig.

Este autor parte del supuesto que en un plano fáctico no es posible probar que el autor de un delito, en el caso concreto en que se encontraba, podía haber actuado de manera distinta a como lo hizo, razón por la cual, postula que se debe renunciar a la culpabilidad como fundamento y medida de la pena y, en su reemplazo, se debe acudir a las necesidades de prevención general y especial⁹⁰. Y, además, niega la pena retributiva, porque cree que

⁸⁹ OLMEDO CARDENETE, Miguel. "Nota bibliográfica a la obra Günther Jakobs: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal" (traducción de CANCIO MELIÁ y FEIJÓO SÁNCHEZ). En *Cuadernos de Política Criminal* N° 83, 2004, Cuadernos Civitas, Madrid, 2003, págs. 139 y 140.

⁹⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?" En: *Estudios de Derecho*

constituiría una crueldad innecesaria, razones por las cuales, intenta construir un sistema de Derecho penal basado en el principio de necesidad de la pena, al que denomina "Derecho penal de política social". Se identifica con las expresiones del Proyecto Alternativo alemán, elaborado por BAUMANN y otros cuando expresa que la pena es "una amarga necesidad dentro de la comunidad de seres imperfectos que los hombres son". El principio en base al cual deben enjuiciarse todos y cada uno de los tipos penales es el de si es posible fundamentar racionalmente por qué y cómo las acciones criminalizadas ponen en peligro de manera intolerable las bases de la convivencia social"⁹¹. Para GIMBERNAT el principio de culpabilidad debe poseer un nuevo significado. Para ello, acude a los fines de prevención general y especial para justificar y medir la pena y a la función de motivación de la conminación penal, para que la exclusión de la culpabilidad no provoque el derrumbamiento de la estructura conceptual del sistema penal⁹².

La pena es, un recurso inevitable al que tiene que acudir el Estado para hacer posible la convivencia entre los hombres, por lo que su fundamento solo se encuentra en la necesidad preventiva del Derecho penal de motivar a los autores capaces de evitar la lesión de los bienes jurídicos. Independientemente de la posibilidad de demostrar si, en el caso concreto, el autor era motivable, es necesario partir de ese presupuesto ya que no se comprendería la impunidad del "presuntamente" motivable⁹³.

Este principio encuentra su fundamento científico en los conocimientos aportados por la Ciencia psicoanalítica ya que para GIMBERNAT, las sanciones penales vendrían avaladas por la traslación al plano social de las conclusiones alcanzadas por el Psicoanálisis en el ámbito individual⁹⁴. Al igual que "el padre castiga al niño cuando se comporta mal, también la Sociedad tiene que acudir a la pena para conseguir que se respeten en lo posible las normas elementales e imprescindibles de convivencia humana", es decir, "para reforzar aquellas prohibiciones cuya observancia es absolutamente necesaria, confirmando a las mismas, con la amenaza y la ejecución de la pena cuando no sean respetadas, un especial vigor que eleve en la instancia de la conciencia su efecto exhibidor"⁹⁵.

Penal, 2ª ed. ampliada, Ed. CIVITAS S.A. Madrid, 1981, págs. 110-126. Del mismo autor, "El sistema del Derecho penal en la actualidad". En: *Estudios de Derecho Penal*. 3º ed. Madrid. Tecnos, 1990, Pág. 147.

⁹¹ *Ibidem*, cit., pág. 117.

⁹² *Ibidem*, cit., págs. 148 y 149.

⁹³ GIMBERNAT ORDEIG E. "El sistema del Derecho Penal en la actualidad".op. cit. pág. 175.

⁹⁴ GIMBERNAT ORDEIG E. "¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?"....op. cit. pág. 146.

⁹⁵ *Ibidem*, cit., págs. 146 a 148.

El cómo se determina la magnitud de las penas a imponer en un Derecho penal no basado en el libre albedrío encuentra su respuesta en la consideración del valor del bien jurídico tutelado y de la mayor gravedad social que tendría el delito doloso respecto del imprudente⁹⁶.

Respecto de la exclusión de la culpabilidad sobre la base de la inimputabilidad, GIMBERNAT cree en la innecesariedad de la pena ya que estima a los inimputables no motivables por la amenaza de la pena y, por otro lado, en la identificación social con el grupo al que pertenece al autor del hecho, pues considera que los ciudadanos normales no se identifican con quienes son tenidos por inimputables. Este autor afirma que la impunidad en estos casos en nada afecta el carácter inhibitorio general de las prohibiciones penales, pues el sujeto "normal" es capaz de distinguir su situación personal de la del inimputable y es plenamente consciente de que en caso de perpetrar una acción típica prohibida, habrá de padecer la imposición de una pena.

En esta óptica, la imputabilidad sería una capacidad normal de motivación por la norma, siendo imputable el sujeto que puede ser motivado por ella y no siéndolo, aquel que no reúne las condiciones para que le llegue el mensaje de la misma. Si la imposición de una pena se hace para motivar al sujeto a que no cometa delitos, en nada se verá afectada dicha motivación por la no imposición de una pena al inimputable, es decir, a un no- motivable⁹⁷. En estos casos, la pena no tiene sentido alguno, ni desde el punto de vista de la prevención general ni desde la prevención especial, ya que los inimputables son escasa o nulamente motivables, por lo que la pena no supone para ellos, ex ante, un factor inhibitorio serio y ex post, tras la comisión del hecho delictivo, el método más adecuado para su readaptación social no sería precisamente la aplicación de una pena, sino de una medida de seguridad. Ahora bien, la impunidad del enajenado no afecta la eficacia inhibitoria de la pena respecto de las personas que son <<imputables>> porque estos no se consideran iguales a aquellos⁹⁸. Igual reflexión formula respecto del error sobre la prohibición: "Que la pena no se imponga a los ignorantes es algo que no disminuye en nada el efecto inhibitorio de la pena frente a los que no son ignorantes"⁹⁹.

⁹⁶ *Ibidem*, cit., pág. 151.

⁹⁷ CARBONELL MATEU, Juan C. "Sobre la Imputabilidad en Derecho Penal español". *Cuadernos Derecho Judicial. La Imputabilidad en General en el Derecho Penal*. núm. XVII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pág. 16.

⁹⁸ GIMBERNAT ORDEIG, E. El sistema del Derecho penal en la actualidad,....op. cit., pág. 148.

⁹⁹ *Ibidem*, cit., pág. 151.

El planteamiento de este autor ha merecido ciertas consideraciones críticas a saber¹⁰⁰:

i. Es discutible que la imposición de una pena, tanto desde el punto de vista de la prevención general como de la especial, a los sujetos comprendidos en la eximente de anomalía o alteración psíquica, no tenga ningún efecto. Para CEREZO MIR¹⁰¹, estas personas pueden ser, en ciertos casos y en alguna medida, susceptibles de intimidación, de manera que cuando se les aplica una pena se puede atender a las exigencias de prevención especial respecto de los mismos.

ii. Distinguir entre personas que padecen una anomalía o perturbación psíquica y quienes no, abre nuevas interrogantes: ¿a quién podemos llamar "normal"? y ¿dónde se encuentra el límite de la normalidad? Consideramos que hoy en día es casi imposible realizar una distinción exacta entre ambos grupos. En diversas ocasiones no resulta fácil conocer el estadio en el que se encuentra un sujeto dado que muchos de ellos se encuentran en un punto intermedio que no podríamos considerar de total perturbación ni de normalidad. Luego ¿cuál es el fundamento de la capacidad de culpabilidad de estos sujetos?¹⁰².

b) Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán.

Estos autores, también se apoyan en una teoría de la motivación para intentar resolver los problemas de la culpabilidad tradicional, puesto que el libre albedrío es indemostrable empíricamente. Para ello, reformulan el concepto de culpabilidad, no renunciando a la misma como categoría jurídico-penal, sino haciéndola capaz de acoger la finalidad preventiva que anima a todo el sistema penal. La categoría de la culpabilidad, debe ser concebida como un fenómeno de naturaleza eminentemente social: "no hay una culpabilidad en sí, sino una culpabilidad en referencia a los demás"¹⁰³, produciéndose así, el paso de una concepción individual de la culpabilidad a una concepción social y su puesta en relación con la función de motivación de la norma penal.

Para MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, la culpabilidad no es un fenómeno individual aislado que afecta al autor de un hecho típico y antijurídico. La culpabilidad es un fenómeno

¹⁰⁰ FONSECA MORALES, G. M. *Exención y atenuación de la responsabilidad criminal por anomalía o alteración psíquica...* op. cit., pág. 47.

¹⁰¹ CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. T. III. Ed. Tecnos, 4.ª impresión, Madrid, 2004, pág. 30.

¹⁰² MARTÍNEZ GARAY, L. *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos...* op. cit., págs. 207 y 208.

¹⁰³ MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal*. P.G., 8ªed, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 353.

social, razón por la cual, su fundamento no es prioritariamente psicológico sino social y, por eso mismo, no es una categoría abstracta o ahistórica, muy por el contrario, para poder entenderla plenamente es preciso asociarla a los fines de la pena que la sociedad tenga, acorde a sus necesidades, en un momento histórico dado¹⁰⁴.

Según ellos el fundamento material de la culpabilidad no se puede encontrar en la indemostrable capacidad de actuar de manera diferente sino en la función motivadora de la norma penal¹⁰⁵. Concibe la motivación como el denominador común o aglutinante de los elementos de la categoría sistemática culpabilidad, explicada en términos psicológicos, en el que la amenaza de pena actúa como estímulo inhibitorio de las conductas antijurídicas. La norma penal se dirige a individuos capaces de motivarse en su comportamiento por los mandatos normativos. El legislador penal parte de la base que, a partir de un determinado desarrollo bio-psico-social normal, toda persona a partir de cierta edad puede participar con sus semejantes, en condiciones de igualdad, en una vida en común pacífica y justamente organizada, razón por la que, los sujetos pueden ser motivables por los mandatos normativos. La "motivabilidad" o capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas es, según sostiene, la facultad humana que, unida a otras (inteligencia, afectividad, etc.), permite la atribución de una acción a un sujeto y, en consecuencia, la exigencia de responsabilidad por la acción por él cometida¹⁰⁶.

Así, "Lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios haceres posibles; lo importante es que la norma penal le motiva con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos varios haceres posibles que es precisamente el que la norma prohíbe con la amenaza de una pena"¹⁰⁷. La <<motivabilidad>> en cuanto capacidad para reaccionar frente a exigencias normativas, a juicio de ellos, la facultad humana fundamental permitiría la atribución de una acción a un sujeto y, con ello, la exigencia de la correspondiente responsabilidad por lo hecho. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN hacen presente la necesidad de considerar en este ámbito de una participación subjetiva del autor del hecho, factor que lo reclama la dignidad del ser humano en cuanto sujeto responsable.

¹⁰⁴ *Ibidem*, cit., pág. 353.

¹⁰⁵ *Ibidem*, cit., pág. 355.

¹⁰⁶ *Ibidem*, cit., pág. 355.

¹⁰⁷ *Ibidem*, cit., pág. 355.

En cuanto a los elementos que integran la culpabilidad, al igual que la postura dominante, exigen: capacidad de culpabilidad (imputabilidad), conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido y exigibilidad de un comportamiento distinto¹⁰⁸. La imputabilidad supone un determinado estado o condición bio-psíquico que le permita al sujeto poder ser motivado en sus actos por los mandatos o prohibiciones legales. A juicio de estos autores, es un error reducir las facultades humanas a lo intelectual y volitivo, que no son las únicas ni las más importantes. Es preciso considerar v.gr. lo sociocultural, factor determinante en el proceso de interacción y comunicación social y que es la temática que hoy la Psicología estudia como “motivación”. En consecuencia, “la capacidad para motivarse por los mandatos normativos, lo que constituye la esencia de ese elemento de la culpabilidad que llamamos imputabilidad”¹⁰⁹. No obstante, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN reconocen que el efecto psicológico de una alteración psíquica, por mandato legal, debe incidir en la “comprensión de la ilicitud del hecho o en la capacidad de orientar la conducta conforme a dicha comprensión”, aunque, reiteran su crítica en el sentido que deberían considerarse otras facultades psíquicas v.gr. afectos o de la misma motivación, “auténtico motor del ser humano”¹¹⁰.

c) Santiago Mir Puig.

Este autor prefiere cambiar la expresión tradicional de <<culpabilidad>> por “imputación personal” porque indicaría de mejor forma que no se trata de castigar una <<culpabilidad>> sino simplemente de atribuir (imputar) el desvalor de un hecho típico y antijurídico a su autor sin agregar ningún objeto específico de desvalor al injusto que contribuya a fundar la pena como lo ha sostenido la doctrina de la “actitud interna” sustentada por GALLAS o JESCHECK¹¹¹.

La “imputación personal” sólo procede respecto de un hecho antijurídico existente y aquella no tiene implicancias de carácter ético o psicológico porque ella sólo implicaría una imputación jurídico-penal. Para MIR PUIG la imputación personal requiere la concurrencia de dos condiciones: la infracción personal de una norma de determinación y la responsabilidad penal del sujeto. La infracción personal de una norma de determinación implica una capacidad personal de evitar el hecho la que de estar ausente, impedirá que el desvalor

¹⁰⁸ *Ibidem*, cit., pág. 358.

¹⁰⁹ *Ibidem*, cit., pág. 362.

¹¹⁰ *Ibidem*, cit., pág. 368.

¹¹¹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición a cargo de Víctor Gómez M., Ed. REPERTOR, Barcelona, 2011, pág. 534.

objetivo del hecho antijurídico vaya acompañado de su correspondiente desvalor personal¹¹². Ahora bien, para efectuar la imputación del carácter antijurídico del hecho a su autor, es preciso que éste pueda conocer la antijuridicidad de aquél ya que “sólo tiene sentido prohibir el hecho antijurídico a quien puede conocer su antijuridicidad”¹¹³. Ahora bien, la imposibilidad de conocer la antijuridicidad del hecho excluye la infracción de una norma concretamente dirigida a su autor (error de prohibición invencible), razón por la cual, las causales de inimputabilidad podrían configurar errores de prohibición personalmente inevitables.

Para que surja la responsabilidad penal del sujeto es preciso que éste sea idóneo para ello, para lo cual, es necesario que el autor haya podido acceder a la norma en condiciones de “normalidad motivacional”¹¹⁴. Para MIR PUIG, las causas de inimputabilidad, por regla general, así como las de “no exigibilidad” (v.gr. miedo insuperable) no llegan a excluir toda posibilidad de ser motivado por la norma, sino que se limitan a excluir la normalidad porque si bien puede incidir en su proceso de motivación, lamentablemente, la norma no puede desplegar la intensidad motivadora que normalmente posee. Para este autor, el fundamento material de la irresponsabilidad penal sería que “en un Estado social y democrático de Derecho no se considera justo llevar el deseo de prevención hasta castigar a quien actúa sin una capacidad normal de ser motivado por la norma”¹¹⁵. “El límite máximo de lo punible en un Derecho democrático, que intenta responder a las expectativas del hombre normal, esto es, de la colectividad a la que se dirige, es lo exigible a dicho hombre normal...Admitido el baremo democrático de la capacidad del hombre normal en las causas de inexigibilidad, vulneraría el principio de igualdad real ante la ley el tratar a los inimputables desconociendo que carecen de dicha capacidad normal”¹¹⁶.

Para MIR PUIG, el fundamento material que él postula no se opone a una visión determinista, según la cual, nadie ha podido obrar de manera distinta a como lo hizo. En segundo lugar, este autor aclara una crítica de que ha sido objeto: “el sujeto penalmente responsable lo es no porque tuviera <<capacidad normal de motivación>>, o de <<motivarse>>, en el sentido de que pudiera haberse motivado a sí mismo en una medida normal a actuar de otro modo –lo que ciertamente supondría la libertad de voluntad-, sino

¹¹² *Ibidem*, cit., pág. 541.

¹¹³ *Ibidem*, cit., pág. 542.

¹¹⁴ *Ibidem*, cit., pág. 543.

¹¹⁵ *Ibidem*, cit., pág. 548.

¹¹⁶ *Ibidem*, cit., pág. 549.

porque pudo ser (en pasiva) y fue motivado normalmente- aunque el motivo representado por la norma no lograra imponerse frente a otros motivos. Por una parte, no entiendo la motivación como objeto de una capacidad activa del sujeto, sino como el efecto que ejercen sobre él los motivos, y no exijo para la imputabilidad la capacidad activa de motivarse (normalmente), sino la capacidad pasiva de ser influido (normalmente) por las normas; y por otra parte, ser motivado normalmente no significa necesariamente, para mí, ser <<motivado>> con éxito (en el sentido que también tiene este verbo de ser efectivamente determinado por un motivo) a actuar con arreglo a Derecho, ni en ningún otro sentido determinado, sino sólo que en el proceso de decisión cada motivo concurrente (la norma es uno de estos motivos) desplegó su eficacia causal normal. Entendido, así, el proceso de motivación como un conjunto de fuerzas causales motivadoras percibidas por el sujeto, no veo que presuponga la libertad de voluntad”¹¹⁷.

Para FONSECA MORALES la concepción de MIR PUIG presenta un importante defecto al no determinar los criterios que permitan medir lo normal. Si inimputable es aquel que no es motivable normalmente por las normas, es necesario conocer qué se entiende por normal, cuándo es normalmente motivable un sujeto, pues de ello dependerá no solo su declaración de inimputabilidad sino la posible graduación de su responsabilidad¹¹⁸.

1.4.4. Bernd Schünemann: el Derecho como realidad socialmente creada.

Para este autor, el Derecho penal actual depende "decisivamente de la fundamentación de la libertad de voluntad humana, es decir, del indeterminismo"¹¹⁹. El Derecho penal encuentra la libertad de voluntad como una parte previamente dada de la realidad social constituida por el lenguaje y que, en modo alguno, podría ignorar. No es una mera "ficción" como lo han creído algunos como ROXIN. SCHÜNEMANN reconoce que la socialización en cuanto progresiva integración del individuo a los valores sociales se efectúa por intermedio del lenguaje. Ahora bien, la experiencia subjetiva de la libertad del individuo es parte de la realidad social. En nuestra sociedad, cualquier análisis de interacción social en términos de "reproche o disculpa" se basa naturalmente sobre la libertad de voluntad.

¹¹⁷ *Ibidem*, cit., pág. 550.

¹¹⁸ FONSECA MORALES, G. M. *Exención y atenuación de la responsabilidad criminal por anomalía o alteración psíquica*. ...op. cit., pág. 56.

¹¹⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. *La significación del principio penal de culpabilidad en la época de la globalización*. Tomo I. Traducción de Mariana Sacher. Obras Completas. Colección Autores de Derecho Penal, dirigida por Edgardo A. Donna, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, pág. 470.

El reconocimiento recíproco de la libertad de voluntad en nuestra sociedad y cultura, encuentra una prueba, aparte de la vivencia subjetiva, en las estructuras lingüísticas: "...las formas gramaticales activas o pasivas y la distribución del carácter de los sujetos como yo, tú y los terceros que no participan personalmente en la interacción, son la expresión de una visión del mundo acuñadas por un sujeto que decide libremente..."¹²⁰. No hay que olvidar, advierte el autor, que el Derecho es un producto cultural y, por lo tanto, una parte de la realidad socialmente creada y se apoya en los presupuestos elementales de la interacción social. A su juicio, lo que compartimos, los partidarios del determinismo y los representantes del concepto social de culpabilidad están en total contradicción con una prevención general intimidatoria como fundamento del Derecho penal. En efecto, si como ellos afirman: "no puede ser comprobado que el autor individual pudo obrar en la situación concreta de otra manera, perdería sentido el concepto de la prevención general intimidatoria de motivar al autor a un comportamiento conforme a Derecho mediante la amenaza de pena. Porque, si el autor no tiene ninguna libertad de elegir, será forzosamente detenido por la comisión del delito mediante la amenaza de pena, y entonces no existe fundamento alguno para la aplicación de la pena, o bien los motivos para la comisión del delito son tan fuertes, que la amenaza de pena no puede ejercer más efecto alguno. Entonces, la amenaza de pena sencillamente no poseería ningún sentido, así como igualmente carecería de sentido prohibir a un huracán que devaste Buenos Aires. De ahí que el concepto de prevención general intimidatoria por completo sólo tiene sentido en un sistema indeterminista"¹²¹.

Para SCHÜNEMANN, el Derecho penal debe partir del "poder-obrar-de-otra-manera" del hombre medio en la situación promedio, premisa que permitiría dos implicancias de la idea de la culpabilidad: la reprochabilidad del acto y la legitimación de la sanción frente al culpable. Rechaza en todo caso la necesidad de la retribución puramente negativa ya que sería expresión de un instintivo primitivo de venganza, distinto sería si ésta supone alguna forma de reparación o recuperación del autor. El reproche sólo supone que el destinatario de la norma podría haber observado el llamado de obediencia de la norma, lo que no hizo. Negar el reproche implica negar la idea de libertad que posee toda persona, razón por la cual, el legislador no podría formular un llamado a la obediencia de la norma. Negar lo anterior, impediría legitimar una "pena sin reproche" frente al inculpado como lo ha postulado en varias ocasiones HASSEMER¹²². Tampoco cree, como lo ha postulado JAKOBS,

¹²⁰ *Ibidem*, cit., pág. 472.

¹²¹ *Ibidem*, cit., pág. 474.

¹²² *Ibidem*, cit., pág. 474.

en la disolución de la culpabilidad en prevención porque no existen entre ellas identidad y, en consecuencia, aquella pierde toda función de legitimación y limitación. No se puede desconocer, a juicio de SCHÜNEMANN, que el proceso social real de la atribución de la responsabilidad está vinculado a la cognición social de grados de libertad y no a la conveniencia político-criminal dependiente de la existencia de una vía no penal de solución del conflicto como podría ser el tratamiento del autor en lugar de su castigo. En efecto, actualmente, los casos de psicopatías graves no son susceptibles de tratamiento psiquiátrico, no obstante, la doctrina y jurisprudencia los exculpan y, por otro lado, perturbaciones psíquicas no graves y que responden a un tratamiento, sus portadores son declarados imputables¹²³.

1.4.5. Urs Kindhäuser: La culpabilidad como déficit en la lealtad comunicativa.

Para este autor no hay en una “sociedad secularizada y pluralista ninguna razón a priori de contenido para legitimar las normas de conducta”¹²⁴. La legitimidad sólo puede basarse en la “autonomía de los participantes en el proceso de la integración social”, razón por la cual, el individuo no puede ser subordinado como instrumento o medio para el logro de los intereses heterónomos. La tarea del Derecho es lograr, junto a otros factores tales como la cultura, la tradición o la religión, una determinada <<integración social>> que determinará un cierto “mundo social” y aquella existirá si los participantes limitan sus comportamientos al ámbito de lo debido. Siguiendo a HABERMAS, este autor distingue dos tipos de conducta: la “acción instrumental u orientada al resultado” que es aquella que el sujeto realiza con el fin de alcanzar un objetivo elegido arbitrariamente y, por otro lado, una “acción discursiva u orientada al acuerdo” que es aquella en la que el autor busca alcanzar un objetivo, aunque, considerando los intereses ajenos¹²⁵. Esta clase de acción se basa en la <<autonomía comunicativa>> del individuo (legitimación y capacidad atribuida mutuamente para que el participante libre e igual pueda y deba tomar posición frente a las pretensiones de valor en la comunicación orientada al acuerdo). Este último tipo de conducta presupone que los participantes se atribuyan recíprocamente la capacidad de responder por sus acciones. El modelo del acuerdo cooperativo demanda, sobre la base de la autonomía

¹²³ *Ibidem*, cit., pág. 481.

¹²⁴ KINDHÄUSER, Urs. “La culpa penal en un Estado democrático de Derecho”. En: *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Traducción de Claudia López D., Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, 1996, pág. 42.

¹²⁵ *Ibidem*, cit., pág. 37.

comunicativa, un cierto y necesario grado de solidaridad mínima que KINDHÄUSER denomina “lealtad comunicativa”. Mientras la persona se mueva dentro del marco de su derecho, su titular está eximido de “lealtad comunicativa” (espacio libre comunicativo). Al abandonarse este espacio libre comunicativo, surge la “lealtad comunicativa” porque puede estar lesionando o colocando en peligro derecho ajenos o la “autonomía comunicativa” de terceros. La fuerza integrativa del Derecho sólo puede efectuarse si se asocia al cumplimiento de la norma, fácticamente garantizado por medio de la sanción de su propia legitimidad.

Según KINDHÄUSER, la democracia puede sólo crear las condiciones para un acuerdo pero, en ningún caso, acuerdos que obliguen definitivamente. Las normas son válidas en cuanto a su contenido, cuando los afectados le otorguen su aprobación. Lo importante o decisivo es que los ciudadanos logren un consenso de resultado, aunque, no compartan las razones para alcanzarlo y esto es lo que constituye un auténtico compromiso¹²⁶. De esta manera, la culpabilidad material se refiere a los constituyentes del Derecho: autonomía comunicativa y lealtad comunicativa. Para este autor, no existe un Derecho antes del acuerdo. Cuando se quebranta una norma, el autor niega el acuerdo que fundamenta la norma y, con ello, la autonomía comunicativa del participante. “La culpabilidad en un Estado Democrático de Derecho es, para formularlo de forma general, una acción que expresa la carencia de la fidelidad a la ley (un déficit en lealtad comunicativa, la que posibilita en suma el acuerdo de forma jurídica)”¹²⁷. La prohibición de la inobservancia desleal de la autonomía comunicativa de otros es la norma básica del Derecho.

A juicio de KINDHÄUSER el reproche de culpabilidad no restituye el quebrantamiento fáctico de la norma ni se cura el idealismo de la norma lesionada. Al culpable se le pide aceptar el perjuicio de la pena como una reacción simbólica a la decepción producida por la deslealtad de su acción, y además, el apreciar su acción desde la perspectiva de un tercero. La pena implica una especie de decepción sentimental por el quebrantamiento de la norma¹²⁸.

¹²⁶ *Ibidem*, cit., pág. 51.

¹²⁷ *Ibidem*, cit., pág. 53

¹²⁸ *Ibidem*, cit., pág. 59

1.4.6. Visiones constitucionales.

a) José Cerezo Mir.

Para este autor, postular que la culpabilidad es reprochabilidad personal de una acción típica y antijurídica es un concepto formal ya que no indica el fundamento de dicha reprochabilidad, es decir, de su fundamento material. Para la opinión aún dominante en España como Alemania, sostiene CEREZO MIR, el fundamento material sería la capacidad del sujeto para obrar de otro modo: “sólo es culpable si el sujeto, en la situación concreta en que se hallaba, podía haber obrado conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico. La culpabilidad es culpabilidad de voluntad”¹²⁹. Frente a la imposibilidad empírica, denunciada por ENGISCH, de constatar si el autor, en la situación concreta en que se encontraba, pudo o no haber actuado de manera diferente a como lo hizo y, para salir del paso, acudir a un criterio objetivo-normativo del hombre-medio, CEREZO MIR, cree que esta alternativa adolece del mismo defecto: es imposible probar y, además, se apoya en una ficción. Además, este último criterio es insatisfactorio porque, en definitiva, de lo que se trata es de saber si una determinada persona, en el caso concreto en que se encontraba, podía o no haber actuado de manera diferente.

Según CEREZO MIR, el fundamento material de la culpabilidad debe ser coherente con la concepción que de ser humano tiene la Constitución, la cual considera a “la persona, como ser responsable, como un ser capaz de autodeterminarse conforme a criterios normativos”¹³⁰, lo cual, puede sustentarse en la normativa de la propia Carta Fundamental¹³¹. Desde una dimensión extra-penal, no discutible que los hombres se sienten libres en su proceso vital de autorrealización, lo cual se refleja en las estructuras del lenguaje o en la reconstrucción social de la realidad. Ahora bien, para este autor, la culpabilidad penal tiene siempre como sustrato, en mayor o menor medida, la capacidad general de autodeterminación del ser humano. CEREZO MIR estima que la culpabilidad estaría integrada por: la imputabilidad (capacidad de culpabilidad) como presupuesto de la culpabilidad y, además, por los elementos de la reprochabilidad: conciencia actual o potencial de la antijuridicidad de la conducta (elemento intelectual) y la exigibilidad de la obediencia al

¹²⁹ CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español...* op. cit., pág. 27.

¹³⁰ *Ibidem*, cit., pág. 40.

¹³¹ Según el art. 1.1. de la Constitución: <<España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político>> y en el art. 10.1 se proclama que: <<La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social>>.

Derecho (elemento volitivo). En este contexto, para este autor, la imputabilidad es capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta y de obrar conforme a ese conocimiento tal como lo señala el artículo 20.1º y 2º del CP.

b) Gonzalo Quintero Olivares.

Este autor parte reconociendo que según “un entendimiento mayoritario” la antijuridicidad es una característica <<impersonal>> del hecho, ...la culpabilidad es <<prima facie>> “la posibilidad de atribuir y responsabilizar de ese hecho a una persona concreta”. De esta forma, la culpabilidad encuentra su contenido en aquellas “condiciones necesarias para que pueda declararse un juicio personalizado de reproche individual sobre el hecho”¹³². A juicio de este autor, estaría extendida la opinión de que la culpabilidad es una “institución jurídica que debe explicarse sólo jurídicamente”, renunciando a explicaciones morales, filosóficas, psicológicas o políticas, lo cual, sería una verdadera conquista del Estado de Derecho¹³³. Según esto, para él, la libertad debe ser presupuesto que debe basarse en la “la declaración constitucional de la libertad como derecho fundamental de todos los seres humanos (junto a la igualdad)”¹³⁴. Para QUINTERO la culpabilidad estaría integrada por: la imputabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad. Para él, todos los elementos que integran la culpabilidad se “afirmar o niegan en función de un parámetro objetivo y generalizador (la referencia a lo que habría hecho un hombre normal en el lugar del autor)”¹³⁵. Reconoce que, sobre la base de la eximente de alteración mental regulada en el artículo 20.1 CP, “se ha incorporado indirectamente una base positiva para definir lo que la imputabilidad es en nuestro derecho, ya que lo que resulta determinante para aceptar la alteración mental ya no es la base patológica, sino la trascendencia de la alteración hacia la capacidad del sujeto para comprender la ilicitud del hecho o para actuar conforme a esa comprensión”¹³⁶. Es de opinión que esta capacidad no descansa en la vieja tesis del libre albedrío, aunque, sería una derivación o adaptación relativamente modernizada de la idea de capacidad instintiva para distinguir el bien y el mal.

c) Lorenzo Morillas Cueva.

¹³² QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*, con la colaboración de Fermín Morales Prats, 4ªed. ARANZADI-THOMSON REUTERS, Pamplona, España, 2010, pág. 404.

¹³³ *Ibidem*, cit., pág. 421.

¹³⁴ *Ibidem*, cit., pág. 428.

¹³⁵ *Ibidem*, cit., pág. 422.

¹³⁶ *Ibidem*, cit., pág. 429.

Para el autor en cita es preciso, para tomar postura sobre el tema objeto de discusión, comenzar apartando al Derecho penal de cualquier debate metafísico o ético-moralizante sobre la libertad de voluntad, para algunos, como se ha visto, indemostrable ésta desde el punto de vista de una teoría del conocimiento o desde uno científico-natural en la línea de los críticos a la culpabilidad en sentido más tradicional¹³⁷. Bajo esta perspectiva y desde la raíz de la libertad como valor fundamental del Estado social y democrático de Derecho así definido por la Constitución española precisa partir de esa propuesta constitucional de que los ciudadanos son libres, capaces de decidir responsables y autónomamente, para transformarse de tal manera en una exigencia jurídico-política, alejada de cualquier planteamiento ontológico. Expresa el autor: "...la culpabilidad tiene como presupuesto lógico la libertad de decisión de las personas", aunque, estima necesario trasladar el tema al terreno normativo sobre la base de dos puntos básicos: "... el poder actuar de otra manera o "el poder evitar" por parte del autor la realización delictiva y el juicio de reproche, transformado en un juicio de culpabilidad desde una perspectiva estrictamente normativa"¹³⁸. No obstante, y como limitación al posible absolutismo de esta comprensión del fundamento de la culpabilidad que dicha aseveración basada en la idea de libertad del individuo como ciudadano de una sociedad libre no cabe ser construida de forma total, sin excepciones. Existen personas sin capacidad para la elección consciente y asimismo se producen situaciones extraordinarias en el hecho que impiden al autor actuar de manera distinta a como lo hizo, a pesar de tener capacidad e inicial libertad. Dicha coyuntura tampoco es fruto de elucubraciones sino conceptos normativos que el legislador, valedor último de la sensibilidad social concreta expresamente en el texto punitivo¹³⁹.

En definitiva, la base esencial de su comprensión no es otra que la propia declaración constitucional de libertad de los ciudadanos, como regla general, y la tasación normativa, jurídicamente concretada, de las posibles excepciones que justifican la no libertad del sujeto actuante. Como el propio autor matiza, en la referencia realizada por otros escritores a que se está aludiendo a una persona a medida, vinculada con los valores jurídicamente protegidos, no es exactamente así, sino al ciudadano libre en un Estado social y democrático de Derecho, cuyo fundamento es la propia esencia de dicho Estado, que, sin embargo y

¹³⁷ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. "La culpabilidad en la reforma del Código Penal". En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* N° 4, 2° cuatrimestre, 1984, pág. 89. En igual sentido, MORILLAS CUEVA, L. *Discurso pronunciado por el autor en el Acto de Investidura de Doctor "Honoris Causa" por la Universidad de Almería*, 2013, pág. 19.

¹³⁸ MORILLAS CUEVA, L. *Discurso...* op. cit., pág. 18.

¹³⁹ MORILLAS CUEVA, L. "La culpabilidad..." op. cit., pág. 89 y en: *Discurso...* op. cit., pág. 19.

como no puede ser de otra forma, atiende en clave penal a determinadas excepciones normativamente marcadas, con las que se construye el concepto moderno de culpabilidad¹⁴⁰.

En cuanto al “juicio de reproche personal”, estima que, en modo alguno, puede ni debe tener connotaciones moralizantes. “Este reproche de culpabilidad ha de partir de la certeza jurídica de la libertad como presupuesto de la actuación individual y concretarse en una determinación efectiva de que el hecho atribuible a esa persona puede serle también responsabilizado en la medida en que ha actuado libremente de manera antijurídica cuando puedo hacerlo de otra manera”, “...una culpabilidad sin reproche, al margen de la congruente actitud participativa, es una *contradictio in adjecto*, pues la culpabilidad no es sino atribución de la infracción normativa a su autor y esto ya supone un reproche”¹⁴¹.

No puedo dejar de mencionar que, para MORILLAS CUEVA, la culpabilidad debe ser considerada siempre junto a la “necesidad de pena” que se proyecta en una doble dimensión: desde la conminación penal abstracta y desde la imposición y ejecución concreta”¹⁴². La sanción penal sólo se puede justificar si es realmente “necesaria” para la protección de la persona y de la sociedad. Si la pena en nada contribuye a la misión preventiva general o especial, no debe ser aplicada. Si en un caso concreto la pena adecuada a la culpabilidad entra en conflicto con sus fines preventivos, el límite superior no podrá ser superado, aunque, el límite inferior podría ceder disminuyendo o, incluso, aquella podría ser sustituida si los fines preventivos así lo requieren¹⁴³.

2. Elementos de la Culpabilidad

La esencia de la culpabilidad, como reproche fundado contra el autor de una acción u omisión desaprobada, sirve de base a todas las opiniones doctrinales, con independencia de los elementos o componentes a que recurren para estructurar el concepto y de la polémica sobre el contenido, sentido y relación entre ellos. La determinación de los elementos de la culpabilidad, aún cuando la doctrina mayoritaria establece claramente cuáles son, no resulta lo mismo respecto a cuál es su contenido o extensión, estructura o relación. Vista ya la

¹⁴⁰ MORILLAS CUEVA, L. “La culpabilidad... op. cit., págs. 89-90. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo II. Vol. I. Teoría Jurídica del Delito, Nociones Generales, El delito doloso, Juicio de antijuricidad. Madrid, 2008, págs. 57-58.

¹⁴¹ MORILLAS CUEVA, L. *Discurso...* op. cit., pág. 21.

¹⁴² MORILLAS CUEVA, L. *Discurso...* op. cit., pág. 22.

¹⁴³ MORILLAS CUEVA, L. *Discurso...* op. cit., pág. 26.

problemática de la culpabilidad material, queda por examinar cuáles son los elementos de la culpabilidad que se engloban dentro de los presupuestos necesarios para formular el juicio de reproche.

Si aceptamos el carácter normativo de la culpabilidad, para la doctrina alemana y española dominante, tres son los elementos que la estructuran: la imputabilidad, la conciencia de lo ilícito y la exigibilidad de una conducta conforme a la norma o a Derecho¹⁴⁴. De seguirse una concepción neo-causalista, el segundo elemento en la estructura de la culpabilidad es el estudio del dolo o la imprudencia. Sin embargo, debemos sostener que lo principal radica en determinar la estructura propia que le ha dado la doctrina a estos elementos.

¹⁴⁴ En este sentido, ROXIN, C. *Derecho Penal. P.G...* op. cit., pág. 796; WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán. P.G...* op. cit., pág. 248; MAURACH, R./ZIPF, H. *Derecho Penal. P.G. T. 1...* op. cit., pág. 524; JESCHECK, H.H./WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal. P. G...* op. cit., pág. 460; CEREZO, J. *Curso de Derecho Penal Español. P.G. T. III...* op. cit., pág. 114 a 116; MIR PUIG, S. *Derecho penal. P. G...* op. cit., págs. 539-542; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal Español. Parte General*. Ed. Ariel, Barcelona, 1984. págs. 378-389; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho Penal. P. G. 2ª ed.* Hammurabi, Buenos Aires, 1999. págs. 423 y 424; ZUGALDÍA, J.M. *Derecho Penal. P.G...* op. cit., pág. 607; QUINTERO, G. *Parte General del Derecho Penal...* op. cit., págs. 557 y 558;

II. LA IMPUTABILIDAD

1. Origen del Concepto.

Desde los comienzos del Derecho penal, han existido factores subjetivos tales como la enfermedad mental, la edad, la sordomudez, la influencia de drogas o de emociones intensas en el ánimo del sujeto, las cuales han sido consideradas como circunstancias que podían influir en la responsabilidad penal, donde, por lo general, tenían el efecto de mitigar la pena. A modo de ejemplo, en el Derecho romano, los enajenados mentales y los menores no tenían responsabilidad penal porque se consideraba que no tenían capacidad de obrar; incluso, se equiparaban a actos o sucesos naturales. Tras la recepción del derecho romano en el medioevo ya se reflejaba un reconocimiento más uniforme de las exigencias que impone la idea de la responsabilidad por culpa. Es el caso de Castilla y las VII Partidas y en Europa el tratamiento que tuvieron en la Constitutio Criminalis Carolina. Este reconocimiento se extendió, incluso en los siglos XVI a XVIII, eximiendo o atenuando la responsabilidad penal. En el caso de Francia, en el siglo XVII, donde según las prácticas del Parlamento de París, los Jueces inferiores imponían al loco la pena ordinaria, reservándose el Parlamento la facultad de reducirla o exonerarla de ella, y, aún a finales del siglo XVIII se postulaba, reafirmando la idea de expiación ejemplificadora, el castigo del demente como criminal ordinario. Salvo el caso de Francia, puede afirmarse que el conjunto de circunstancias subjetivas, que hoy se analizan desde la perspectiva de la imputabilidad, han recibido prácticamente siempre alguna clase de atención por parte del Derecho penal, sea excluyendo o morigerando la pena.

Para remontarnos al concepto de imputabilidad, debemos entrar en el concepto de imputabilidad subjetiva y resulta preciso remontarse brevemente a la teoría de la imputación del Derecho natural. Los términos latinos *imputativitas* e *imputatio*, de los que deriva imputabilidad, comenzaron a ser utilizados en la ciencia del Derecho por los filósofos iusracionalistas del siglo XVIII y, a diferencia de lo que ocurre en la actualidad, entonces ambos conceptos no estaban referidos al sujeto activo del delito, a estado de sus facultades mentales, sino que se referían a la acción, al comportamiento.

La imputabilidad – *imputativitas* – hacía referencia a la posibilidad de imputar una acción a un sujeto, de manera que englobaba todas las condiciones del hecho que hacían

posible poder imputarlo a una persona y exigirle responsabilidad por la realización del mismo.

El fundamento de esta posibilidad de imputar las acciones radicaba en que hubieran tenido su origen en la libre voluntad del hombre, lo que diferenciaba al ser humano de las demás criaturas del mundo natural y le dotaba de una dimensión moral. La inimputabilidad se configuraba de esta forma, en todas aquellas hipótesis en que se “eliminara la libertad” – libertad racional – que consistía en el conocimiento previo y libre ejecución de la voluntad, formada a partir de esa correcta comprensión de las circunstancias.

Estas elaboraciones teóricas se extendieron durante el siglo XVIII y no será hasta el siglo XIX, con las introducciones que realiza la doctrina penal alemana que comenzará a tomar un carácter eminentemente subjetivo e independiente.

En el caso italiano, CARRARA utiliza igualmente los términos imputación e inimputabilidad, pero para él, la imputación era el “juicio por el cual se atribuye a un agente la responsabilidad por un hecho, e inimputabilidad la posibilidad de realizar ese juicio respecto de un hecho”¹⁴⁵.

CARRARA igualmente habla también de sujetos imputables o inimputables cuando alguna de las causas de inimputabilidad reside en estados subjetivos como el sexo, la edad o la locura. Sin embargo, no se utilizaba el término imputabilidad o inimputabilidad pues la imputabilidad hacía referencia a la posibilidad general de imputación cuando se dan todos los requisitos necesarios.

Para ALIMENA la imputabilidad conserva igualmente el sentido de posibilidad general, comprensiva de todos los requisitos necesarios para imputar el hecho a su autor. Pero a la vez distingue esta imputabilidad, en sentido amplio, de otra en sentido estricto donde se estudian las enfermedades mentales, neurosis, hipnotismo, embriaguez, sordomudez, sonambulismo, sexo, edad, ignorancia y error.

En España, cabe destacar a SILVELA donde, por primera vez, puede encontrarse la utilización del concepto imputabilidad en un sentido estrictamente subjetivo y al respecto sostenía:

¹⁴⁵ CARRARA, Francisco. Programa. § 2, citado por MARTÍNEZ GARAY, Lucía. *La inimputabilidad penal. Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*. Tirant monografías 387, Valencia, 2005, pág. 29.

“Derivado del verbo imputar nace el sustantivo abstracto imputabilidad que no significa otra cosa que posibilidad de imputar”.

Mas aunque siempre en la misma acepción, esta posibilidad puede o referirse a los hechos o a los actos, o al agente que los produce; esto es al objeto o al sujeto. Claro está que no puede haber actos objetivamente imputables sin un sujeto con capacidad para producirlos, y por el contrario que todo sujeto que obra libremente causa hechos que le son imputables.

Es la imputabilidad mirada objetivamente, la propiedad que tienen ciertos hechos por su propia esencia y naturaleza, de ser producidos por una causa libre a la cual se le atribuyen como efectos de su determinación.

Es la imputabilidad subjetivamente considerada, la propiedad de ciertos seres, por su propia naturaleza, de producir ciertos hechos que les pueden ser atribuidos como efecto de su libre voluntad...como cuando se estudian las causas que la destruyen como la locura o la falta de edad, sin relación a un acto dado... [en este caso] la imputabilidad se aprecia subjetivamente”¹⁴⁶.

Esta distinción resulta relevante y debe tenerse presente para la postura que sostenemos pues si existe una distinción dentro de la imputabilidad entre objetiva y subjetiva, (que nada obsta para que puedan ser ambas propias de la imputabilidad) ambas no pueden recaer sobre el mismo objeto. La imputabilidad subjetiva, por lo tanto, como bien señala SILVELA, debe ser estudiada sin relación a un acto dado y esto es correcto. La imputabilidad objetiva, bajo el prisma de SILVELA, determina si cierto hecho ha sido efecto de una causa libre, luego la imputabilidad subjetiva debe examinar, si existe o no libertad. El problema de cómo va a desligarse la imputabilidad del hecho concreto, pues es esto donde recae el juicio, no tendría mayor problema. En efecto, la misma imputabilidad objetiva, es el pie para examinar si tal o cual sujeto ha sido capaz de producir un acto libre.

Cabe destacar que, a pesar de la distinción de SILVELA, la doctrina española siguió inclinándose mayoritariamente por imputabilidad de las acciones y sólo indirectamente se habló de sujetos imputables e inimputables.

¹⁴⁶ SILVELA, Luis. *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación penal vigente en España*. Primera parte. El Derecho penal estudiado en principios, Madrid, 1884, págs. 128 y ss.

Fue a partir del estudio separado de las causales de justificación y de las de inimputabilidad (donde se incluía el estudio de las facultades psíquicas) hasta el aporte de los penalistas hegelianos que se verá claramente una noción subjetiva de la imputabilidad. Con posterioridad, se verá incluso más claro al separar el miedo insuperable y la fuerza irresistible de las mismas causales de inimputabilidad como surgirán los distintos elementos de la culpabilidad.

El pensamiento clásico aún irradiaba todo el Derecho penal, y por tanto, con variantes sin duda, el fundamento de la imputabilidad seguía siendo en torno al libre albedrío. Esto sumado al hecho de que, ambas cuestiones, relativa al concepto y la referente al fundamento de la imputabilidad eran relativamente independientes entre sí, llevará a que la cuestión sistemática de si la imputabilidad hace más propiamente referencia al sujeto, a la acción, o a ambas, no fuese el centro de la discusión, sino el fundamento de la imputabilidad, esto es, el libre albedrío. Esta fue la principal lucha que se tuvo a partir del s. XIX, entre las escuelas.

Las eximentes de responsabilidad penal serán por lo tanto vistas a la luz del fundamento mismo de la imputabilidad y, así podemos ver cómo, desde el punto de vista dominante en la escuela clásica, que como es sabido consideraba la libertad de la voluntad fundamento de la imputabilidad. Todas aquellas circunstancias que impidieran atribuir el hecho al autor por haber sido ejecutado en ausencia de libertad, excluían la imputabilidad y, por lo tanto, excluían también la fuerza irresistible o el impulso de determinados motivos (como el miedo insuperable), pues también estos estados inciden en la libertad de actuar del individuo, aunque no sea en la misma forma que lo hacen los trastornos o defectos psíquicos.

Las eximentes de responsabilidad por falta de imputabilidad tenían, por lo tanto, desde la perspectiva clásica una mayor semejanza con la imputabilidad del iusnaturalismo racionalista que la post hegeliana (imputabilidad subjetiva). Y, será justamente la imputativitas del derecho iusracionalista, contra el que arremeterá la escuela positivista.

El siglo XIX por lo tanto importará no solo un cambio o cuestionamiento por el fundamento de la imputabilidad sino también en la consolidación cada vez fuerte de la imputabilidad subjetiva. En este siglo, comienza a nacer ésta como categoría dogmática, y

siguiendo a GONZÁLEZ¹⁴⁷, será propio al contexto cultural siendo decisivo dos aspectos: 1) la aparición de la idea de individuo (en España tendrá una renovada atención a partir del krausismo) y 2) la progresiva consolidación de la psiquiatría como ciencia secularizada y el cambio que esto supuso en la comprensión de la enfermedad mental. El caso más emblemático y con mayores consecuencias, fue la comprensión de la locura. A partir del siglo XIX se produce la evolución, producto de la propia ciencia médica, de comprender la locura ya no como una dolencia del alma que afecta la voluntad, sino como una enfermedad mental, la cual afecta a funciones psíquicas y a órganos corporales, señaladamente el cerebro y debida a causas orgánicas y fisiológicas, como el resto de enfermedades que pueda aquejar al cuerpo humano.

DORADO MONTERO, sostiene al respecto “sabido es que, no hace mucho tiempo se trataba a los locos, fueran o no delincuentes, de la propia manera de cómo se trata ahora a éstos: se les inflingía verdaderos castigos, por entender que tanto su locura como sus actos eran frutos de su libre albedrío y consecuencia de sus pecados; y por lo mismo, se despliega contra ellos la saña y el odio de que se les juzgaba merecedores. Reconocido después, gracias a los esfuerzos y trabajos de los frenópatas, el hecho de que la locura es un estado morboso, producido, como todos los demás de esta especie, por causas naturales, hubo de formularse el consiguiente juicio, según el cual, los individuos que padecieran la enfermedad denominada locura, eran unos desgraciados, víctimas de las causas dichas, que han obrado sobre ellos como hubieran podido obrar sobre otros; individuos, respecto de los cuales era preciso cambiar los anteriores sentimientos de antipatía y deseo de venganza por los de simpatía, lástima y conmiseración y las antiguas penas y crueldades por un amoroso y caritativo (a la vez que estrictamente obligatorio) tratamiento curativo y protector”¹⁴⁸.

El cambio en la consideración de la locura, llevó consigo la introducción de nuevas causas de este estado mental, y se produce el natural cambio desde unos “locos de toda evidencia” a la existencia de nuevos trastornos o anomalías psíquicas como la neurosis, neurastenia, histerismo, monomanías, locura moral etc. Conjuntamente con la introducción de nuevos casos, nació la pregunta de qué hacer con estos sujetos.

¹⁴⁷ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Joaquín. *La imputabilidad en el Derecho penal español: imputabilidad y locura en la España del siglo XIX*. Granada, Comares, 1994, pág. 463.

¹⁴⁸ DORADO MONTERO, Pedro. *El caso del loco delincuente en el Derecho penal moderno y enseñanzas que del mismo pueden sacarse*. RGLP. t. 92., págs. 420 y ss. y t. 93. págs. 5 y ss. 1898 (cit. por la versión publicada en DORADO MONTERO, Pedro. *El Derecho protector de los criminales*. ed. Facsímil. t.1. Pamplona, Madrid, 1915, págs. 423-466. Editada por Jiménez Gil. 1999.

En el plano penal, la disputa llevó a juristas y médicos a ver qué responsabilidad penal les cabía. Algunos propugnaban la irresponsabilidad completa de todo sujeto aquejado de la más mínima anomalía mental, y como contrapeso quienes condenaban a sanos e insanos del mismo modo. Finalmente estaban las posturas tanto de juristas como médicos de determinar un punto medio entre ambos extremos contrapuestos, donde sin duda la antropología criminal (o positivismo antropológico) se erige con todas sus fuerzas como ciencia auxiliar de la administración de justicia, sin pretender sustituirla, pues en efecto, las posturas más radicales que algunos psiquiatras habían estado defendiendo en el foro llevaban en sí el germen de terminar encontrando un loco en cada criminal, y, con ello, la amenaza de la identificación entre crimen y locura.

Sin embargo esta escuela no solo combatió este punto, sino también el libre albedrío como fundamento de la imputabilidad de las acciones, y propuso en sus formulaciones más radicales la sustitución de la responsabilidad moral por el criterio de la responsabilidad social.

El modo de solución, sin embargo, no se da en el nivel de la llamada “responsabilidad penal” sino en el tratamiento a que debe ser sometido con el fin de neutralizar su peligrosidad. En efecto para el positivismo, todo delito, independiente de las circunstancias de su autor conlleva responsabilidad social porque todo delito supone un perjuicio o una amenaza para la sociedad.

Pero la irrupción del positivismo no significó de suyo el nacimiento o consolidación de la imputabilidad subjetiva como categoría dogmática. La verdad es que ni el Derecho tradicional ni el determinismo antropológico necesitaban de esta categoría dogmática.

En primer lugar para el Derecho tradicional, la condición o presupuesto del hombre como ser libre por naturaleza, lo hacía responsable por naturaleza, y por tanto los supuestos en que estos faltaran, (por ausencia de libertad de voluntad) serían las menos.

Por otra parte para el determinismo de la escuela positiva la imputabilidad subjetiva será igualmente una categoría innecesaria. Desde esta concepción la responsabilidad se funda en el hecho de vivir la persona en sociedad y afecta por lo tanto a todas las personas por igual. FERRI acepta, consecuentemente que la imputabilidad física, como lazo fisiopsicológico que une el acto con su autor, en la medida en que ha sido materialmente

ejecutado por él, es suficiente para establecer la responsabilidad penal, no siendo necesario para fundamentar esta responsabilidad acudir a ningún otro argumento.

El positivismo antropológico suponía evidentemente, un cambio completo de paradigma en cuanto a la naturaleza, medios y fines del Derecho penal y del control social que con éste se ejerce. En definitiva, las nuevas doctrinas del positivismo criminológico amenazaban con hacer desaparecer por completo el Derecho penal tradicional.

Ahora, con lo que respecta a la imputación subjetiva como categoría dogmática, se ha sostenido que ésta surgió y se impuso finalmente en la medida en que abrió la vía para una solución de compromiso, en la que las dos partes renunciaron a mantener íntegras sus posiciones iniciales.

Esto conllevó evidentemente a que con el paso del tiempo, conciliar los distintos fines que se le estaba dando al Derecho penal terminara en abrupta contradicción. Esta contradicción de principios (retribución, prevención, utilitarismo y garantías) se pondrá de manifiesto claramente en el tema de la semi-imputabilidad. Se suele plantear el problema de la semi-imputabilidad, el que se puede resumir en la interrogante de qué hacer con los casos en que, habiendo un grado de trastorno o anomalía psíquica, no era suficiente como para eximir de responsabilidad, mas el Derecho no podía simplemente quedar indiferente. La solución era entonces, atenuar la pena. La atenuación de la pena sin embargo no fue un tema pacífico. Los protagonistas de esta lucha eran obviamente las escuelas positivistas y clásicas. Las primeras consideraban que la atenuación era inadecuada, y debía simplemente recaer la pena sobre la persona que había cometido el hecho injusto. Sin embargo para la escuela clásica, la semi-imputabilidad era un modo de libertad disminuida y, por tanto, una menor pena era una cuestión de justicia. Como es de suponer, la introducción de la libertad al tema de la semi-imputabilidad trajo consigo el ataque nuevamente por parte de las escuelas modernas, al fundamento mismo de la culpabilidad y de los distintos conceptos y sentidos que se le podían atribuir al término libertad.

Uno de los conceptos que más sufrió ataques fue el concepto absoluto de libertad kantiano, y el principal exponente fue FEUERBACH. Para éste “una libertad que está debilitada en grado, disminuida, es un contrasentido absoluto, un círculo cuadrado o un cuadrado redondo”¹⁴⁹.

¹⁴⁹ MARTÍNEZ GARAY, L. *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos...* op.

Sin embargo, y para bien, las críticas no prosperaron tanto, y los autores que le sucedieron comprendieron la bondad de atenuar la responsabilidad en las hipótesis que en que existía una “libertad disminuida”, pero si perduró en la doctrina alemana la prevención contra el término “imputabilidad disminuida”. De esta forma, muchos penalistas advertían expresamente que, si bien la imputabilidad como capacidad del sujeto, o la imputación como relación entre el mismo y un determinado hecho, sólo podrían existir o no, siendo imposible que se dieran un grado mayor o menor, no obstante, la culpabilidad y responsabilidad del autor si podrían ser perfectamente graduables en función de la intensidad de la voluntad antijurídica o de las demás circunstancias que pudieran concurrir.

La verdad es que la cuestión sobre si existía una dependencia entre los conceptos “libertad disminuida” e imputabilidad disminuida, (entendida esta como capacidad imposible de graduación) en el caso de Alemania ya encontró consenso. Así a pesar de mantenerse formalmente la denominación “imputabilidad disminuida” lo que en realidad se ve disminuido es el grado de responsabilidad o de culpabilidad de la persona y no la imputabilidad, la cual, en la medida en que se define como capacidad, sólo puede existir o no. Así los “semi-imputables” son en realidad individuos imputables, a los cuales se reconoce una atenuación de la responsabilidad.

Finalmente la cuestión sobre la semi-imputabilidad en cuanto a sus efectos se reduce en la finalidad de la pena. Para las escuelas positivas, no podría existir una rebaja en la pena de quienes son igualmente peligrosos. En visión de esta escuela era inconcebible que, tras el cumplimiento de una pena breve, se le permitiera retornar a la sociedad, sin haber intentado siquiera corregir sus tendencias criminales.

2. Fundamento de la Imputabilidad.

¿Por qué la ley penal considera que los inimputables deben quedar exentos de responsabilidad penal y no se les debe aplicar una pena? Tal como lo señalé al tratar de la culpabilidad, actualmente, esta pregunta no tiene una respuesta unánime, defendiéndose básicamente dos concepciones principales. Por un lado están aquellos autores que conciben la culpabilidad como reproche penal al autor de un hecho delictivo porque, en el momento de su ejecución, "podía actuar de otro modo". Desde otra perspectiva, se sitúan aquellos que,

cit., pág. 46.

acentúan el perfil preventivo de la misma, formulando la cuestión en términos de motivabilidad del sujeto a través de la norma.

La discusión sobre el fundamento de la imputabilidad se identifica con el debate sobre el fundamento de la culpabilidad, razón por la cuál, es preciso resolver el fundamento de esta última para poder dar respuesta a la pregunta antes apuntada. Además, determinar el fundamento de la imputabilidad, condiciona el concepto y contenido de ella. Considerando que, ya al tratar del concepto de culpabilidad, hemos adelantado el debate sobre el fundamento de la culpabilidad, en esta oportunidad, podemos ser breves para no repetir las mismas ideas ya expuestas al tratar las diversas concepciones surgidas sobre la culpabilidad y su fundamentación. De manera sumaria, podemos indicar que la discusión sobre el fundamento de la imputabilidad gira sobre el libre albedrío o bien sobre la necesidad de prevención.

2.1. El Libre Albedrío como Fundamento de la Imputabilidad.

Los partidarios de esta concepción, basada en el libre albedrío, conciben la culpabilidad como un juicio de reproche que se hace al autor de la acción típica y antijurídica porque, en el caso concreto en que se encontraba, podía haberla evitado y, de esa forma, haber actuado conforme a Derecho, sentido o valor¹⁵⁰. Para conocer si al individuo le era exigible comportarse de un modo alternativo, (adecuado a Derecho), ha de comprobarse si, efectivamente, tuvo la posibilidad de hacerlo, lo que nos sitúa ante el problema ineludible de su libertad.

Para esta postura, la imputabilidad es la capacidad de comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a dicha comprensión y su fundamento coincide con el fundamento de la culpabilidad. Puesto que solo un hombre libre puede regirse por normas que le permitan distinguir una conducta lícita de otra ilícita, solo éste puede actuar conforme a dichas normas, lo que hace posible declarar imputable al autor de un hecho antijurídico cuando a pesar de existir la posibilidad de respetar la ley en el momento de cometer el hecho

¹⁵⁰ En este sentido, CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español...* op. cit., pág. 15; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. *Derecho penal. parte general.* 1984, pág. 539; RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho penal español.* P.G., 18ª. ed., Ed. Dykinson, Madrid, 1995, pág. 432; ROMEO CASABONA, Carlos María. *Peligrosidad y Derecho penal preventivo.* Ed. Bosch, Barcelona, 1986, págs. 20 y 21 y SÁINZ CANTERO, José Antonio. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General.* P.G., 3ª. ed., Editorial Bosch, Barcelona, 1990, pág. 617.

delictivo, el sujeto opta por actuar contra ella. Bajo este prisma, la libertad es tanto fundamento de la culpabilidad como de la imputabilidad.

La concepción anterior, parece entrar en crisis con la publicación por ENGISCH de la monografía "*Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*", que desencadena una importante polémica doctrinal sobre el fundamento material de la culpabilidad. Dicho autor plantea la indemostrabilidad del libre albedrío, lo que conlleva a su vez el carácter empíricamente indemostrable de la capacidad de autodeterminación humana individual. Considera que la capacidad de poder actuar de un modo distinto a como realmente se hizo, es algo en lo que se puede creer, pero que no se puede demostrar¹⁵¹. Esta nueva perspectiva crítica determina que la doctrina comience una labor de reconstrucción de la fundamentación del Derecho penal, sin renunciar a la culpabilidad como categoría dogmática, intentando introducir una alternativa racional y científica distinta en el Derecho penal. Durante todo el siglo pasado, la dogmática penal ha estado dedicada a defender, a negar o a restablecer el concepto de culpabilidad, existiendo una falta de acuerdo y diversos planteamientos alternativos posibles. En efecto, se pueden distinguir tres grupos¹⁵² ante esta pretendida crisis del concepto tradicional de culpabilidad: i. la de mantener el concepto; ii. la de prescindir de él; y iii. la de influir en su evolución para llevarlo a un plano razonable y político-criminal provechoso.

Las dos últimas alternativas implican una diferente manera de entender la imputabilidad, pues la misma ya no se basa en el libre albedrío sino en la capacidad de motivación.

Desde las ciencias extra-penales, también se ha podido advertir algunas investigaciones que han cuestionado la creencia en el libre albedrío. Dentro de ellas, y para una simple ilustración, podemos citar a la desarrollada por Benjamín LIBET (1916-2007), investigador del Departamento de Fisiología de la Universidad de California en San Francisco. En la década de los 70 del siglo pasado, LIBET y su grupo habían investigado los denominados umbrales de sensación; en concreto, el grado de activación que se precisaba en determinadas zonas del cerebro para provocar artificialmente excitaciones somáticas. Estos

¹⁵¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. 2 ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 143.

¹⁵² ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. "Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad". En: *Estudios penales. Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca*. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, págs. 574 y 575. Siguiendo a este autor MORILLAS CUEVA, L. "La culpabilidad ... op.cit., pág. 86.

estudios le fueron conduciendo al campo de la conciencia y al diseño del experimento que le ha dado fama.

LIBET y colaboradores¹⁵³ se apoyaban en el descubrimiento por parte de Hans Helmut Kornhuber y Lüder Deecke en 1965 de lo que ellos habían denominado en alemán “*Bereitschaftspotential*” o “readiness potential” en inglés, potencial de preparación o disposición (PD), en castellano. El PD es un cambio eléctrico en determinadas áreas cerebrales que precede a la ejecución de una acción futura. Diseñaron un experimento dirigido a conocer la relación temporal que existía entre el PD, la conciencia de la decisión de actuar y la ejecución del movimiento. La pregunta a la que intentaban responder era la siguiente: ¿cuándo aparece el deseo consciente o la intención de llevar a cabo una acción?¹⁵⁴. Para los sujetos en los que los movimientos eran espontáneos, sin una vaga planificación del momento de actuar, el inicio del PD era 550 milisegundos antes de la activación del músculo. Por su parte, la conciencia del deseo de actuar se daba sólo 200 milisegundos antes de la activación del músculo. Por lo tanto, resultaba claro que los procesos cerebrales que preparaban el movimiento voluntario comenzaban 400 milisegundos antes de la voluntad consciente de actuar. Para los grupos en que se daba una planificación, el PD comenzaba unos 1050 milisegundos antes de la activación de los músculos, pero la conciencia del deseo de actuar era, como en los otros, unos 200 milisegundos anteriores a la activación del músculo. LIBET y colaboradores concluyeron que « la secuencia del proceso volitivo ‘para actuar ahora’ puede aplicarse a todos los actos volitivos, independientemente de su espontaneidad o de la historia anterior de deliberaciones conscientes ».

2.2. La Necesidad de Prevención como Fundamento de la Imputabilidad.

En la actualidad, hay quienes sustentan la imputabilidad sobre la base de necesidades preventivas a través de la motivabilidad del sujeto para que no cometa hechos delictivos. El

¹⁵³ LIBET, Benjamin/WHRIGHT, E.W./ GLEASON, C.A. “Readiness potentials preceding unrestricted spontaneous pre-planned voluntary acts”. En: *Electroencephalography & Clinical Neurophysiology*, 54, 1982, págs. 322-325; LIBET, Benjamin/ GLEASON, C.A./ WHRIGHT, E.W. and PEARL, D. K., “Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity (readiness-potential). The unconscious initiative of a freely voluntary action”, En *Brain*, 106, 1983, págs. 623-642; LIBET, Benjamin / WHRIGHT, E.W / GLEASON, C.A. “Preparation or intention-to-act, in relation to pre-event potentials recorded at the vertex”. En: *Electroencephalography & Clinical Neurophysiology*, 56, 1983, págs. 367-372. En torno a este tema, Libet ha publicado otros artículos posteriores, como por ejemplo: “Unconscious cerebral initiative and the role of conscious willing voluntary action”. En: *Behavioral and Brain Sciences*, 8, 1985, págs. 529-566.

¹⁵⁴ LIBET, Benjamin. “Do We Have Free Will?” En: *Journal of Consciousness Studies*, 6, 1999, págs. 47-57.

fin de las normas penales es intentar evitar la comisión de delitos a través de la función motivadora que estas ejercen en la conciencia de las personas.

Si la imputabilidad se concibe como la capacidad para ser motivado mediante normas, en los casos de inimputabilidad, la ausencia de pena se deberá a que la misma no puede cumplir su función, puesto que aquellas personas no son accesibles a la motivación punitiva, es decir, no son motivables mediante la amenaza de la pena.

Sobre la base de la prevención general, veíamos como GIMBERNAT intenta sustituir por completo la culpabilidad como criterio autónomo, para pasar a determinar la responsabilidad a través de las necesidades de prevención, al considerar que el juicio de reproche es incapaz de dar un fundamento racional a la pena. Otros autores, en cambio, no han optado por la supresión de esta categoría sino por su mantención como institución de la teoría del delito pero dotándola de un nuevo contenido. En esta postura están ROXIN y JAKOBS, que intentan conectar la teoría preventiva de la culpabilidad, redefinida con base de los fines del Derecho penal. Dichos autores, representan las corrientes funcionales preventivistas en cuanto a la construcción de la culpabilidad: a) el modelo complementario propuesto por ROXIN, en el que se trata, a partir de la doctrina de la "prevención-integración", de complementar la culpabilidad tradicional con consideraciones preventivas; b) el modelo diseñado por JAKOBS, que niega al Derecho penal de la culpabilidad la posibilidad de erigirse en fundamentos ajenos a sus fines sociales, defendiendo un concepto funcional de culpabilidad, que reconduce la misma a la necesidad preventivo-general positiva de pena. En España, ya hemos examinado a aquellos autores que se han identificado con esta postura al tratar de la culpabilidad.

3. Naturaleza Jurídica.

En la actualidad, para la doctrina dominante, la imputabilidad se la concibe como capacidad de culpabilidad. No obstante, en su evolución y desarrollo histórico, la imputabilidad ha sido objeto de diversos contenidos en cuanto capacidad. En efecto, la imputabilidad ha sido entendida como capacidad de acción, capacidad jurídica de deber, capacidad de entender y querer o como capacidad de pena.

Suponer la imputabilidad como capacidad de acción es algo insostenible, por cuanto que dicha capacidad la tienen los inimputables, dado que los mismos pueden ejecutar un hecho que la Ley sanciona como delito¹⁵⁵.

Concebir la imputabilidad como capacidad jurídica de deber, supone equiparar culpabilidad e injusto, lo que lleva a afirmar que los inimputables no cometen acto antijurídico alguno, lo que no es de recibo, ya que el inimputable es capaz de actuar antijurídicamente y, por eso mismo, susceptible de medidas de seguridad. Lo demuestra el hecho de que su actuación delictiva genera responsabilidad civil y por la posible aplicación a los mismos de medidas de seguridad, lo que exige entre otros requisitos, que los hechos cometidos por el inimputable sean además de típicos antijurídicos, es decir, no justificados¹⁵⁶. Esta crítica puede realizarse a quienes conciben el injusto como infracción del deber personal, pero no a una sistemática objetiva, dado que concibe la norma como norma objetiva de valoración (norma de Derecho) de la que derivan las normas subjetivas de determinación (normas de deber), refiriendo las primeras al plano de la antijuridicidad y las segundas al de la culpabilidad, razón por la que, la imputabilidad no tiene por qué desplazarse al plano de la antijuridicidad¹⁵⁷.

La imputabilidad como capacidad de pena, implica vincular la misma con las exigencias de prevención general y especial y, por tanto, con los fines político-criminales. Para esta concepción se hace necesario atender como consecuencia de una causa de inimputabilidad a los efectos que la no imposición de pena traería sobre la colectividad, es decir a las exigencias de prevención general y de prevención especial, al tener en cuenta en el caso concreto, la incidencia del reconocimiento de la exención de responsabilidad penal para la resocialización del sujeto. Esta postura es inadmisibles. Que para determinar la capacidad de pena del sujeto deba tenerse en cuenta, en lugar del estado o condición del mismo en el momento de la comisión del hecho, el de los demás ciudadanos, es a no dudar una instrumentalización del individuo para conseguir finalidades sociales¹⁵⁸, olvidando que la persona es un fin en sí misma y nunca un medio para... Desde el punto de vista de la prevención especial también es rechazable ya que la persona, a través del hecho delictivo, ha

¹⁵⁵ CARMONA CASTILLO, Gerardo. *La imputabilidad penal*. Porrúa, México, 1999, págs. 8 y 9 y JIMÉNEZ DE ASÚA. *Tratado de Derecho Penal*. T. V (La culpabilidad), 3ª. ed., 1976, pág. 84.

¹⁵⁶ *Ibidem*, cit., pág. 12.

¹⁵⁷ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho penal. Parte General*, 1984, págs. 577 y 578.

¹⁵⁸ URRUELA MORA, Asier. *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica: la capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en psiquiatría y genética*. Bilbao-Granada, Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Comares, 2004, pág. 160.

demostrado la insensibilidad frente a la motivación legal, y por lo tanto, el castigo no puede depender de la capacidad de sentir la amenaza de la pena¹⁵⁹. Además, esta concepción lleva a examinar la imputabilidad con posterioridad al hecho delictivo, al momento de la determinación de la pena, olvidando que, por mandato de la ley, aquella debe ser estudiada al tiempo de perpetrarse el hecho prohibido.

Respecto de quienes consideran la imputabilidad como capacidad de entender y querer, es preciso recordarles que los inimputables también pueden conocer y querer¹⁶⁰, pues un menor de edad y un enajenado pueden ser conscientes y tener voluntad de v.gr. matar, herir o apropiarse es decir, pueden saber y querer dar muerte a un ser humano vivo, causarle lesiones o apoderarse de algo que le pertenece. Para el legislador penal español, la imputabilidad supone la comprensión del carácter ilícito del hecho y de poder actuar conforme a dicha comprensión (Art. 20.1 y 20.2 CP).

A esta altura, es factible concluir sin temor a equivocarse que la imputabilidad, para la opinión dominante tanto de la doctrina alemana¹⁶¹ como española¹⁶² y de la jurisprudencia¹⁶³, es capacidad de culpabilidad.

¹⁵⁹ COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. *Derecho penal...* op. cit., pág. 579.

¹⁶⁰ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General*, 1996, pág. 557.

¹⁶¹ JESCHECK, H. y WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal. Parte General...* op. cit., pág. 465; MEZGER, Edmund. *Derecho penal: Libro de estudio*. I. Parte general, traducción de la 6ª Ed. Alemana por FINZI, C. El Foro. Buenos Aires, 2001, pág. 202; STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal. Parte General*. El Hecho Punible. Traducción de Cancio Meliá / Sancinetti. Civitas. Madrid. 2005, pág. 235; WELZEL, Hans. *Estudios de Derecho penal: estudios sobre el sistema de derecho penal. Causalidad y acción. Derecho penal y filosofía*. Traducción por Aboso y Low, Buenos Aires, 2002, pág. 74.

¹⁶² BLANCO LOZANO, Carlos. *La eximente de anomalía o alteración psíquica*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 47; CANTARERO BANDRES, Rocío. "Responsabilidad penal del menor y teorías clásicas de la culpabilidad". En: *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*. CARBONELL MATEU; DEL ROSAL BLASCO; MORILLAS CUEVA; ORTS BERENGUER y QUINTANAR DIEZ (coordinadores) y otros. Dikynson, 2005, pág. 174; CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español...* op. cit., pág. 50; COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DIEZ, Manuel. *Instituciones de Derecho Penal español*. Parte general. CESEJ-Ediciones. Madrid. 2004, pág. 167; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. *Derecho penal...* op. cit., págs. 426 y 579; CUELLO CONTRERAS, J. *El Derecho Penal español...* op. cit., pág. 942; COBO DEL ROSAL, Manuel. *Tratado de Derecho Penal Español. Parte General*. vol. II, 2ª ed, Madrid, 1972, pág. 175; DÍAZ PALOS, Fernando. *Teoría general de la imputabilidad*. Bosch, Barcelona, 1965, pág. 198; FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús. "La Enajenación y el Trastorno Mental Transitorio: Tratamiento jurídico-penal". En: *Psiquiatría legal y forense*. Delgado Bueno (director); Esbec Rodríguez; Rodríguez Pulido y Gonzalez De Rivera y Revuelta (coordinadores), Colex, Madrid, 1994, pág. 113; GARCÍA GARCÍA, Julián. *Drogodependencias y justicia penal*. Ministerio de Justicia-Ministerio del Interior, Madrid, 1999, pág. 131; HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe. "La prueba pericial psiquiátrica en los procedimientos judiciales penales y la medicina forense en España: una respetuosa llamada 'urgente' de atención". En: *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*. CARBONELL MATEU; DEL ROSAL BLASCO; MORILLAS CUEVA; ORTS BERENGUER y QUINTANAR DIEZ (coordinadores) y otros, Dikynson, 2005, pág. 504; MAQUEDA ABREU, María Luisa. "*Tema 31 8 La culpabilidad (II)*". En: Zugaldía Espinar, J.M. (dir.)/Pérez Alonso, E. J. (coord.) y otros: *Derecho Penal*. P.G., 2ª. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pág. 627; MUÑOZ CONDE, Francisco. y GARCÍA ARAN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. 2000, págs. 371 y ss; PADILLA ALBA, Herminio. *Exención y atenuación de la responsabilidad penal por consumo de drogas*. Comares, Granada, 2001, págs. 88 y ss; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte*

4. La Imputabilidad: ¿Presupuesto o Elemento de la Culpabilidad?

Partiendo de la base que la imputabilidad es capacidad de culpabilidad y, en consecuencia, formando parte del juicio de culpabilidad, se plantea ahora la interrogante de decidir si ella debe ser considerada como elemento o presupuesto de la misma. Esta pregunta no suele ser expresamente tratada por los autores españoles, aunque, si bien suelen tomar partido, normalmente, no suelen fundamentar su opción.

Según la concepción psicológica, la culpabilidad fue concebida como un nexo psicológico entre el autor y el resultado, formada por el dolo y la culpa, quedando la imputabilidad fuera de su contenido. No obstante, como era indispensable ser imputable antes de obrar con dolo o imprudencia, la imputabilidad era necesaria para la relevancia penal de la relación psíquica entre la conducta y el resultado, razón por la que, la misma pasa a considerarse presupuesto de la culpabilidad. Con la llegada de la teoría normativa de la culpabilidad, ésta en cuanto juicio de reproche que se hace al autor del hecho por la acción típica y antijurídica, fundada en la capacidad de autodeterminación humana, la imputabilidad, al constituir la esencia de dicha capacidad, pasa a concebirse como elemento de la culpabilidad, aunque no se impone necesariamente su configuración como tal, de ahí que diversas opiniones han salido al paso.

General del Derecho Penal. 1a ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 397; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A. *Derecho penal español...op. cit.*, pág. 448; ROMEO CASABONA, C. M. *Peligrosidad y Derecho penal preventivo...op. cit.*, pág. 64; SÁINZ CANTERO, J. *Lecciones de Derecho Penal...op. cit.*, pág. 646; SEOANE RODRÍGUEZ; ÁLVAREZ LATA y CARRIL VÁZQUEZ. *Derecho y retraso mental: hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*. 1º ed, Fundación Paideia, A Coruña, 1999, pág. 268; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.; JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R. *Manual de Derecho Penal I. Parte General*. Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pág. 250; TORÍO LÓPEZ, Ángel. "Las fórmulas legislativas sobre la enfermedad mental. discusión del concepto de enajenación". En: *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez Vitoria*, Vol. II, Bosch, 1983, págs. 969 y 979.

¹⁶³ STSS de 13 de noviembre de 1981 (RJ 1981/4544), de 19 de junio de 1982 (RJ 1982/3549), de 10 de mayo de 1988 (RJ 1988/3521), de 27 de junio de 1988 (RJ 1988/5353), de 1 de diciembre de 1989 (RJ 1989/9375), de 30 de diciembre de 1989 (RJ 1990/929), de 2 de octubre de 1990 (RJ 1990/7627), de 1 de diciembre de 1990 (RJ 1990/9369), de 27 de diciembre de 1990 (RJ 1990/10090), de 12 de junio de 1991 (RJ 1991/4662), de 27 de septiembre de 1991 (RJ 1991/6638), de 15 de septiembre de 1992 (RJ 1992/7154), de 17 de septiembre de 1993 (RJ 1993/6703), de 1 de marzo de 1995 (RJ 1995/1784), de 29 de mayo de 1995 (RJ 1995/3960), de 19 de mayo de 1996 (RJ 1996/3889), de 25 de septiembre de 1997 (1997/6719), de 25 de noviembre de 1998 (RJ 1998/8985), de 21 de diciembre de 1998 (RJ 1998/9802), de 4 de marzo de 1999 (RJ 1999/984), Auto de 8 (RJ septiembre de 1999 (RJ 1999/7185), de 22 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9221), de 19 de enero de 2000 (RJ 2000/196), de 10 de julio de 2000 (RJ 2000/6616), de 13 de octubre de 2001 (RJ 2001/9467), de 1 de marzo de 2002 (RJ 2002/4729), de 16 de mayo de 2002 (RJ 2002/5570), de 12 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6373), de 7 de noviembre de 2003 (RJ 2003/7354), de 15 de abril de 2004 (RJ 2004/3961), de 9 de diciembre de 2004 (RJ 2005/755), de 25 de abril de 2005 (RJ 2005/9768), de 16 de mayo 2005 (RJ 2005/6752), de 26 de mayo de 2005 (RJ 2005/5967), de 4 de octubre de 2005 (RJ 2005/7368), de 27 de febrero de 2006 (RJ 2006/1812).

El panorama actual nos señala que los autores están divididos entre quienes consideran la imputabilidad un elemento de la culpabilidad¹⁶⁴ que constituyen hoy en día un importante sector doctrinal, y quienes abogan por su conceptualización como presupuesto de la culpabilidad¹⁶⁵.

Quienes postulan la imputabilidad como un presupuesto de la culpabilidad, parten de concebirla como una característica personal del sujeto, como una capacidad general o condición de la persona que existe o no, con independencia de que el sujeto se comporte de manera conforme o contraria a Derecho. La "imputabilidad es una capacidad de carácter

¹⁶⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y otros. *Curso de derecho penal. Parte general*. 1º ed. La imp. Experiencia, Barcelona, 2005, pág. 317; BLANCO LOZANO, C. *La eximente de anomalía o alteración psíquica...* op. cit., págs. 47 y 48; CAIROLI MARTÍNEZ, Milton. "La capacidad de culpabilidad y su exclusión". En: ARROYO ZAPATERO y otros. coordinador NIETO MARTIN, A. *Homenaje al Dr. Marino Barbera Santos. In memoriam*. Vol. I: Parte general. 1º ed. P imp. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Ediciones de la Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, pág. 895; COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DIEZ, M. *Instituciones de Derecho Penal español...* op. cit., pág. 169; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. *Derecho penal...* op. cit., págs. 580 y 581; CUELLO CONTRERAS, J. *El Derecho Penal español...* op. cit., pág. 911; GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Teoría Jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*. 1º ed. reimpr. Civitas. Madrid, 1992, pág. 455; JESCHECK/WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal...* op. cit., pág. 465; LANDECHO VELASCO, C. y MOLINA BLÁZQUEZ. *Derecho Penal español. Parte General*. Tecnos, Madrid, 2004, pág. 358; MEZGER, Edmund. *Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal*. Traducción del alemán de Francisco Muñoz Conde. P ed. 1º imp. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001, pág. 56; MORALES PRATS, Fermín. "Precisiones conceptuales en tomo a la culpabilidad: Convenciones normativas y función individualizadora". En: Cerezo Mir, J.; Suarez Montes; Beristain Ipiña, a. y Romeo Casabona, C. (editores). *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos (Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torio López)*. *Estudios de Derecho Penal* (dirigidos por Carlos María Romeo Casabona). Comares, Granada, 2000, pág 174; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARAN, M. *Derecho Penal...* op. cit., 2000, pág. 360; PADILLA ALBA, H. Exención y atenuación de la responsabilidad penal por... op. cit., págs. 81 y ss; PEREZ-CURIEL CECCHINI, José. Tratamiento penal del drogodependiente: análisis práctico de las eximentes y atenuantes del Código Penal de 1995. Forum. Oviedo. 1999, pág. 75; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A. Derecho penal español...op. cit., pág. 444; SEOANE RODRÍGUEZ; ÁLVAREZ LATA y CARRIL VÁZQUEZ. Derecho y retraso mental: hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental...op. cit., pág. 268; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ; JUDEL PRIETO y PINOL RODRÍGUEZ. *Manual de Derecho Penal I...* op. cit., pág. 251; TORIO LÓPEZ, Ángel. "Indicaciones metódicas sobre el concepto material de culpabilidad". En: *Cuadernos de Política Criminal*. if 36. 1988, pág. 763; URRUELA MORA, A. *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica...* op. cit., pág. 184 y ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Derecho Penal. P.G.*, 2ª. ed. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 607.

¹⁶⁵ CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español*. 2004, op. cit., pág. 50; CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho penal. Tomo I (parte general)*, 1948, pág. 425; DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. "Imputabilidad y nuevo Código Penal". En CEREZO MIR, J.; SUÁREZ MONTES; BERISTÁIN IPIÑA. A. y ROMEO CASABONA, C. M. (editores). *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos (Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torio López)*. *Estudios de Derecho Penal* (dirigidos por Carlos María Romeo Casabona). Comares, Granada, 2000, pág. 302; DÍAZ PALOS, F. *Teoría general de la imputabilidad...* op. cit., pág. 198; GARCÍA GARCÍA, J. *Drogodependencias y justicia penal*. 1999...op. cit., pág. 131; HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe. "La imputabilidad en los sujetos activos de la violencia doméstica y de género (Referencia a la práctica de la prueba pericial-psiquiátrica)". *Revista General de Derecho Penal*. N° 3, 2005, pág. 18; JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal*. 1976...op. cit., pág. 74; LUZÓN CUESTA, José María. *Compendio de Derecho Penal. Parte general*. Adaptado al programa de la oposición a ingreso en las carreras judicial y fiscal. 16ª ed. Dikynson, 2005, pág. 131; REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Imputabilidad*. 5º ed, Temis, Bogotá, 1997, pág. 28; STRATENWERTH, G. *Derecho Penal. Parte General*. 2005...op. cit., pág. 235 y YÁÑEZ ROMÁN, P. "Consideraciones en tomo a la imputabilidad disminuida con especial referencia a los psicópatas. Su tratamiento y los denominados establecimientos de terapéutica social". En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Mayo-agosto, 1970, pág. 302.

general que existe o no existe, independiente de si el actor actúa o no"¹⁶⁶. Para estos autores, la imputabilidad es una cualidad personal, un estatus subjetivo, autónomamente del comportamiento que haya realizado¹⁶⁷. Concebir así la imputabilidad comportaría, a juicio de algunos autores, su alejamiento de la culpabilidad en cuanto esta última se refiere a un hecho concreto ya perpetrado y aquélla se referiría a un estado general del sujeto independiente de un hecho delictivo determinado. Así lo ha manifestado MANTOVANI en sus escritos al afirmar que "la culpabilidad es una actitud psíquica reprochable respecto de un hecho, mientras que la imputabilidad es un estatus personal y, por tanto, no constituye requisito de la culpabilidad, en ella absorbido, sino el presupuesto de la culpabilidad, esencial para la misma pero distinto de ella"¹⁶⁸. En igual sentido, REYES ECHANDÍA¹⁶⁹ cuando expresa que la imputabilidad es un fenómeno que apunta básicamente a la persona como un modo de ser suyo, en cambio, el de la culpabilidad es un concepto dirigido a la conducta misma frente al ordenamiento penal.

Por otro lado, quienes postulan que la imputabilidad es un elemento de la culpabilidad, parten de la idea de que ella constituye uno de los componentes que debe concurrir para que pueda hablarse de dicha categoría dogmática, siendo la postura dominante de quienes defienden la concepción normativa de la culpabilidad. Solo de esta manera la imputabilidad podrá estar integrando la culpabilidad referida a un hecho concreto, y así, como recuerda QUINTERO OLIVARES, el Derecho penal, solo juzga hechos y no personas. Para estos autores, sostener que la imputabilidad es capacidad general del sujeto y no un factor integrante de la culpabilidad significaría a la postre juzgar en abstracto al sujeto, independientemente del hecho cometido, lo que supondría dividir a las personas en dos grandes grupos, los capaces y los incapaces, lo que no sería consecuente con la exigencia penal de que la culpabilidad siempre está referida al el hecho concreto perpetrado como lo establece la ley penal positiva. Sobre esta misma idea, dicho autor ha señalado que no se es imputable "en abstracto y al margen y previamente al delito, sino que la condición de imputable se puede examinar o decidir solamente a partir del hecho de la comisión de un

¹⁶⁶ NÁQUIRA RIVEROS, Jaime. "Imputabilidad, conciencia de lo injusto y contexto situacional normal: de su objeto, contenido y relación". En: *Cuadernos de Política Criminal*. Nº 55, Madrid, 1995, pág. 159.

¹⁶⁷ MARTÍNEZ GARAY, L. *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos...* op. cit., pág. 122.

¹⁶⁸ MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale. Parte generale*. 4ª ed, CEDAM, Padova, 2001, pág. 666.

¹⁶⁹ REYES ECHANDÍA, F. *Imputabilidad...* op. cit., pág. 28.

delito. Imputable es una calificación jurídica, no natural o social, y como tal calificación jurídica se explicará en relación con un hecho, un proceso y un conflicto concreto"¹⁷⁰.

A mi entender, no existiría una contradicción como la denunciada por QUINTERO OLIVARES. Tal como advierten COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON¹⁷¹ con la teoría normativa queda sentada la vinculación de la imputabilidad al juicio de culpabilidad, quedando aún por determinar si dicha vinculación lo es como elemento o como presupuesto. Para dilucidar esta interrogante, FONSECA MORALES, manifiesta la necesidad de distinguir: la imputabilidad puede ser contemplada al margen del hecho o en el hecho¹⁷². En el primer caso, cuando se contemple la imputabilidad al margen del hecho (en abstracto) la misma conformará un simple presupuesto de la culpabilidad, pues la propia realidad de la culpabilidad todavía no ha sido tomada en consideración. En el segundo caso, entendida la imputabilidad respecto al hecho realizado (en concreto), la misma aparecerá como elemento del reproche, al ser un momento fundamental de ese reproche el mal uso de la capacidad de autodeterminación en que la imputabilidad consiste. Si consideramos que la imputabilidad de un sujeto sólo es relevante jurídico-penalmente en aquellos supuestos en los que previamente ha cometido un hecho delictivo, estimamos que la misma constituye un elemento de la culpabilidad.

5. La Imputabilidad en la Doctrina alemana y española: elementos que la integran.

En la actualidad, de conformidad a lo dispuesto en §20 del CP. alemán o del Art. 20.1 y 2 del CP. español vigentes, la doctrina alemana y española están contestes en que la imputabilidad está constituida por la concurrencia copulativa de dos elementos: i. la capacidad de comprensión de lo ilícito del hecho (elemento intelectual-valorativo) y ii. la capacidad de autodeterminación conforme a Derecho, sentido o valor (elemento volitivo)¹⁷³.

¹⁷⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Locos y culpables*. P ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 159.

¹⁷¹ COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. *Derecho penal. Parte General*. 1984...op. cit., págs. 580 y 581.

¹⁷² FONSECA MORALES, G. M. *Exención y atenuación de la responsabilidad criminal por...*op. cit., pág. 39.

¹⁷³ En la doctrina alemana, entre otros, WELZEL, H. *Derecho penal alemán...* op. cit., pág. 182; JESCHECK, H.H./WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal...*op. cit., pág. 467; MAURACH, R. *Tratado de derecho penal...*op. cit., pág. 600; ROXIN, Claus. *Derecho penal...*op. cit., 1997, págs. 822-823; JAKOBS, G. *Derecho penal. parte general: fundamentos y teoría de la imputación...*op. cit., pág. 631. En la doctrina española, entre otros, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A. *Derecho penal español...*op. cit., pág. 448; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho Penal. P.G.*, 3ª. Ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pág. 432; OCTAVIO DE TOLEDO, E. y HUERTA TOCILDO, S. *Derecho Penal. P.G. Teoría Jurídica del Delito*, 2ª. ed., Ed. Rafael Castellanos, Madrid, 1986, pág. 335; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal...*op. cit., 2010, pág. 558; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. P.G...*op. cit.

No obstante, es preciso dejar constancia de dos posturas especialmente significativas en esta materia por parte de dos académicos españoles: MIR PUIG y QUINTERO OLIVARES.

MIR PUIG reconoce que, en la actualidad, para la doctrina dominante la imputabilidad requiere de dos elementos: i. la capacidad de comprender lo injusto del hecho, y ii. la capacidad de dirigir la actuación conforme a dicho entendimiento¹⁷⁴.

Para este autor, la responsabilidad penal no se basa en que el autor “puede actuar de otro modo”. En un Estado social y democrático de Derecho no es justo postular una prevención y castigar a quien actúa sin una capacidad normal de ser motivado por la norma. A su juicio, es preciso colocar un límite a la posibilidad de castigar al que obra en situación de anormalidad motivacional. Según esto, “la responsabilidad penal no faltaría por no ser necesaria la pena, sino viceversa, que la posibilidad de pena encontraría un límite (normativo) en la falta de responsabilidad penal”¹⁷⁵. Un sujeto no responsable penalmente es aquél en el que no concurren condiciones personales o situaciones que disminuyen, por debajo del límite de lo normal, las posibilidades de que dispone el sujeto a priori para ser influenciado por la llamada de la norma. Para MIR PUIG, el compromiso de un Estado social en su tarea preventiva del delito está limitada en un Estado democrático por el grado de exigibilidad que la sociedad considera tolerable desde el baremo de la capacidad de resistencia de un hombre medio-normal y sobre la base de la exigencia constitucional de igualdad de los ciudadanos. “El límite máximo de lo punible en un Derecho democrático, que intenta responder a las expectativas del hombre normal, esto es, de la colectividad a la que se dirige, es lo exigible a dicho hombre normal”¹⁷⁶. De no tenerse presente lo anterior, se vulneraría el principio de igualdad real ante la ley el tratar a los inimputables desconociendo que carecen de dicha capacidad normal.

La postura de MIR PUIG, no se opone al postulado determinista según el cual nadie pudo actuar de otro modo a como lo hizo. Lo que se sostiene es que el sujeto a priori que

pág. 363; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal: parte general*. Barcelona, Ariel, 1989, pág. 331; GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Teoría jurídica del delito: derecho penal. Parte General*. Madrid, Civitas, 1984, pág. 456; BACIGALUPO, E. *Derecho Penal. Parte General...* op. cit., pág. 447; DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. “Aspectos generales de la imputabilidad. Actual doctrina de la imputabilidad penal”. En: *Estudios de Derecho Judicial*. Nº 110, 2007, págs. 23 y 24; JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. “Imputabilidad penal. Causas que la excluyen o modifican”. En: *Derecho y Medicina. Guía para profesionales de la salud*. Pamplona, Aranzadi, 2009, pág. 1061.

¹⁷⁴ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general: (fundamentos y teoría del delito)*. Editorial PPU, Barcelona, 1984, pág. 482.

¹⁷⁵ *Ibidem*. cit., pág. 548.

¹⁷⁶ *Ibidem*. cit., pág. 549.

actúa normalmente tiene condiciones motivacionales más favorables que el que no es penalmente responsable, lo cual, permite a la sociedad tener respecto de él expectativas distintas.

En la actualidad, MIR PUIG ha postulado, en reemplazo del término <<culpabilidad>>, la expresión imputación personal para expresar la idea de “atribuir” (imputar) un hecho penalmente antijurídico a su autor. Para él, no se castiga una <<culpabilidad>> del sujeto¹⁷⁷. La imputación personal jurídico-penal no supone un sentimiento ético o psicológico de culpabilidad. En este contexto, este autor cree que la imputación personal del injusto penal exige la concurrencia de dos condiciones:

i. La infracción personal de una norma de determinación, la que implica una capacidad personal para evitar el hecho delictivo la que, de estar ausente, el desvalor objetivo del hecho antijurídico no irá seguido de su desvalor personal. Además, la infracción de una norma de determinación demanda la imputación de su “carácter antijurídico”, lo cual, hace necesario que el autor pueda conocer la antijuridicidad del hecho. “Sólo tiene sentido prohibir el hecho antijurídico a quien puede conocer su antijuridicidad”¹⁷⁸.

Ahora bien, la incapacidad personal de evitación del hecho delictivo puede tener origen en la existencia de una causal de inimputabilidad de carácter pleno o total que elimine por completo la posibilidad de evitar materialmente el hecho v.gr. alteración de la percepción. La imposibilidad de conocer el carácter ilícito del hecho excluye la infracción de una norma dirigida concretamente al autor. El error invencible de prohibición impide la imputación de la antijuridicidad, aunque, ésta seguirá existiendo objetivamente. La invencibilidad puede ser intersubjetiva, es decir, para cualquier persona normal en el lugar del autor, o bien puede tener su origen en una causa personal.

ii. La responsabilidad penal del sujeto, la que implica que el autor haya podido acceder a la norma en condiciones de normalidad motivacional. Para MIR PUIG, normalmente las causales de inimputabilidad como las de no exigibilidad no llegan a excluir toda posibilidad de motivación por la norma, sino que excluyen la necesaria normalidad¹⁷⁹.

Señala que el CP español no da un concepto de imputabilidad, sólo enumera causales de inimputabilidad, dejando en manos de la doctrina el desarrollo relativo a su fundamento,

¹⁷⁷ *Ibidem*. cit., pág. 534.

¹⁷⁸ *Ibidem*, cit., pág. 542.

¹⁷⁹ *Ibidem*, cit., pág. 543.

plantea que “Su examen pone de manifiesto que tienen de común el excluir la normalidad psíquica de la motivación”¹⁸⁰.

Desde una perspectiva distinta a todas las anteriores, QUINTERO OLIVARES, ha postulado que la imputabilidad debe ser entendida como capacidad para comprender el significado del proceso penal¹⁸¹.

Sin duda, más allá de la solución jurídica que encuentra el autor al problema de la imputabilidad, resulta interesante su postura, desde el punto de vista de las críticas que formula en contra de la imputabilidad como “capacidad de culpabilidad”.

Lo primero que podemos señalar es como este autor en los últimos años ha criticado severamente la concepción de la culpabilidad como capacidad de culpabilidad. Las razones de esta crítica son en torno a los presupuestos en los que se construye, (los cuales afirma son “difícilmente sostenibles”) y en segundo lugar por la situación en la que coloca al inimputable, pues sería discriminatoria respecto de aquellos a quienes se reconoce capaces de culpabilidad.

Señala además que este cambio de perspectiva es necesaria pues ha cambiado la concepción de la enfermedad mental, la cual ya no puede ser identificada sin más con la incapacidad para distinguir el bien del mal, y ni siquiera con la capacidad para comprender lo ilícito de la conducta, ya que muchos de tipos de trastornos pueden ser compatibles con ese conocimiento. Y por lo tanto, puede suceder que personas que actualmente son consideradas enfermas mentales sean igualmente culpables por los actos que realizan.

En segundo lugar, el examen que realiza el autor es desde la capacidad que se tiene para comprender lo lícito de lo ilícito, sin embargo, esto es solo uno de los elementos de la imputabilidad. Bien se puede poner el caso de los menores de edad, que si bien conocen lo bueno de lo malo, su carencia o defecto se sitúa en la autodeterminación o autocontrol.

Otra de las críticas que hace en torno a la definición de imputabilidad como capacidad de culpabilidad es la dificultad que reviste el intento de deslindar la imputabilidad de la inimputabilidad con ayuda del criterio de la capacidad para comprender a ilicitud de los propios actos, señalando que la frontera con el error de prohibición resulta muy difícil de

¹⁸⁰ *Ibidem*, cit., pág. 485.

¹⁸¹ QUINTERO OLIVARES, G. *Locos y culpables...* op. cit., pág. 159. No obstante, posteriormente, este autor no hace mención a esta visión en su obra publicada en 2010, *Parte General de Derecho penal...* op. cit., págs. 557-580.

establecer, en especial respecto de los supuestos de alteraciones en la percepción (art. 20.3 C.P.).

Ahora bien, a mi juicio, lo anterior es cierto en la medida que ambos elementos de la culpabilidad estén referidos al hecho concreto. QUINTERO señala expresamente que configurar la imputabilidad como capacidad general es artificioso e inadmisibles. Al respecto sostiene: “se puede ser varón o hembra, español o extranjero, sano o enfermo, más o menos inteligente, pero no se es imputable o inimputable como dato común, del mismo modo que no se es deudor o acreedor o arrendatario o arrendador. Esas son calificaciones que establece el derecho en función de unas necesidades de relación y obligación, que solo afectan a una parte más o menos grande de la población. Con la imputabilidad sucede lo mismo. No se es imputable en abstracto y al margen y previamente al delito, sino que la condición de imputable se puede examinar o decidir solamente a partir del hecho de la comisión de un delito. “Imputable” es una calificación jurídica, no natural o social, y como tal calificación jurídica se explicará en relación con un hecho, un proceso y un conflicto concreto. Pero no es ésa la manera habitual de contemplar la cuestión, sino que se pretende construir un concepto abstracto de imputabilidad previo al delito y precisamente por ese afán definitorio se acaba acudiendo a la descripción de propiedades o facultades que son la que supuestamente configuran la diferencia entre seres normales y anormales. El último paso es adaptar el sistema penal a esa distinción apriorística al precio que sea, aunque para ello haga falta diferenciar entre la “capacidad general de conocimiento” y la “capacidad concreta de conocimiento”, como si la condición humana previa y ajena al delito fuera materia sobre la que el derecho penal tuviera que establecer valoraciones. Lo cierto es que con ello no se consigue que el sistema penal sea más comprensible”¹⁸².

Siguiendo con las críticas a la definición de imputabilidad como “capacidad de culpabilidad” señala una serie de consecuencias desventajosas que se derivan para el sujeto de su consideración como incapaz de culpabilidad (desventajas durante el proceso penal). Al respecto señala que la única posibilidad de exculpación que se discute a partir de la clasificación de una persona como presuntamente inimputable es precisamente ésa, con lo que no son objeto de atención otro tipo de situaciones eventualmente concurrentes (de necesidad, de miedo, errores) que sí se analizarían en el caso de que se tratara de una persona capaz de culpabilidad. El problema es nuevamente sobre la virtud de un sistema

¹⁸² QUINTERO OLIVARES, G. *Locos y culpables...* op. cit., 1999, pág. 159.

penal de doble vía, pues el inimputable, podría estar sometido a una privación o restricción de derechos mayor que los que podría tener una persona imputable.

QUINTERO denuncia, además, que respecto del inimputable no se considera nunca la posibilidad de que éste haya actuado con imprudencia, pues la duración de la medida de seguridad siempre es la correspondiente a la del delito doloso, lo cual constituye un proceder claramente discriminatorio en relación con lo que ocurriría con un imputable.

A mi entender, el hecho que una vez determinada la inimputabilidad la aplicación de las medidas de seguridad no tomen en cuenta una graduación en torno a si ha sido hecha la conducta con dolo o imprudencia, no es un problema de la imputabilidad, sino del sistema mismo en la forma de graduar las medidas de seguridad. Y, por lo tanto, esta crítica no tendría en estricto rigor referencia a la imputabilidad.

Para QUINTERO el camino para corregir esta situación es el de considerar inimputable sólo a aquél cuyo trastorno mental sea de tal entidad que le impida comprender el sentido del proceso penal.

Sostiene QUINTERO “la única comprensión posible de la imputabilidad pasa por reducir ese concepto jurídico-penal a una sola cosa: la capacidad para el proceso penal, capacidad que se traduce en la aptitud para comprender que ese acto público es la manera que la sociedad tiene para enfrentar a una persona con sus actos, si se prueba que los ha cometido, y para dar explicaciones de ellos ante ciudadanos iguales entre sí”¹⁸³.

La postura de este autor español permite el siguiente comentario:

La responsabilidad penal se juzga de acuerdo al hecho cometido. Es la situación de la comisión del delito la relevante a los efectos de graduar la responsabilidad. Por lo tanto, no puede extenderse el examen de la imputabilidad a un momento posterior, pues esas circunstancias pueden haber desaparecido, como en el caso de todos los trastornos transitorios. De ahí que se pueda sostener que, en gran medida, el planteamiento de QUINTERO sólo permitiría fundamentar los trastornos mentales permanentes, o al menos aquellos en que la anomalía psíquica existente en el momento de cometer los hechos se mantiene con parecidas características de gravedad en el momento de iniciarse el proceso.

¹⁸³ *Ibidem*, cit., pág. 159.

En síntesis, y sin temor a equivocarme, para la doctrina alemana como española de manera ampliamente dominante, la imputabilidad está integrada por dos elementos o dimensiones: i. un elemento (o dimensión) intelectual-valorativo que se expresa en la capacidad presumida por el legislador penal de que toda persona mayor de 18 años (en el Derecho penal de adultos) puede reconocer el carácter ilícito de un hecho y (“comprender la ilicitud del hecho”); y, ii. un elemento volitivo o conativo que se expresa en la capacidad presumida por el legislador penal que toda persona mayor de 18 años puede autodeterminarse conforme a Derecho (“actuar conforme a esa comprensión”). Esta afirmación categórica tiene como fundamento lo dispuesto expresamente por el legislador penal alemán y español (§20 CP alemán y Art. 20.1º y 2º CP español).

6. Posición Personal en relación a la Culpabilidad.

a) Hoy en día, parecería evidente sostener que la concepción del hombre libre como fundamento material de la culpabilidad resulta insostenible. Sin embargo debemos señalar que las críticas formuladas por los autores antes citados, aunque razonablemente fundadas, no ponen en jaque dicha postura por las siguientes consideraciones:

i. En primer lugar, lege lata, la comunidad jurídica internacional y las Constituciones políticas de los Estados pertenecientes al sistema jurídico europeo-continental o angloamericano han asumido y consagrado como presupuesto normativo internacional y constitucional, la concepción antropológica del hombre como ser libre y digno y, consecuente con ello, le reconocen su capacidad para autodeterminarse en su vida de relación conforme o contra el Derecho¹⁸⁴. Por lo tanto, sostener que el fundamento material de la culpabilidad es la libertad de voluntad, no es una opción puramente doctrinaria filosófica, ética o religiosa, sino una concepción antropológica del hombre hecha suya por el constituyente y el legislador, nacional e internacional y, por ello, exigencia legal positiva a la que no puede sustraerse el legislador, la doctrina o la jurisprudencia¹⁸⁵. De no entenderse así, ¿cuál sería el sentido y alcance de los derechos de libertad y del respeto al libre desarrollo de la personalidad reconocidos por la Constitución? Si bien el tema del

¹⁸⁴ En este sentido, todos los autores que sustentan una posición con apoyo constitucional en la grantía fundamental de la libertad (Cerezo Mir, Morillas Cueva, Quintero Olivares). En igual sentido, CASTELLÓ NICÁS, Nuria. “Art.20.1º Código Penal”. *Comentarios al Código Penal*. Tomo II (Artículos 19 a 23), dirigidos por COBO DEL ROSAL, Edersa, Madrid, 1999, pág. 100.

¹⁸⁵ En este sentido, MORILLAS CUEVA, L. “La culpabilidad...” op.cit., págs. 81 y ss.; ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR. *Manual de Derecho Penal*. EDIAR, 2009, pág. 509.

determinismo o indeterminismo es, en un plano científico o filosófico, algo discutido y discutible, no lo es en cambio el tema de la libertad o “capacidad de actuar de otra manera” en el campo jurídico. Acertada o equivocadamente, el constituyente o legislador se ha identificado y hecha suya aquella concepción antropológica y que es la que inspira el ordenamiento jurídico nacional e internacional. Esto se asemeja cuando se entra a discutir v.gr. cuál es la mejor edad para, a partir de ella, fijar la capacidad política, civil, laboral o penal pero, una vez que el legislador ha tomado postura y la ha fijado en determinada edad, por discutible que ello sea, ya no hay nada que discutir.

ii. Por otro lado, sostener que la dignidad del hombre no existiría en aquellos que no actuaron libremente es un error, pues existe una diferencia entre fundar la dignidad en la facultad que tiene el hombre de actuar libremente y, por otra parte, actuar efectivamente. La culpabilidad no se funda en la capacidad de actuar libremente, sino en el ejercicio de dicha libertad. Por lo tanto, perfectamente puede predicarse de un mismo sujeto tanto ser digno como exculpado.

iii. Aceptando el supuesto discutible que la libertad de voluntad es algo imposible de demostrar, dicho supuesto obstáculo, no es algo que comprometa seriamente a la libertad como fundamento material de la culpabilidad. En efecto, de lo que se trata, es que el juez, al condenar a un individuo por encontrarle culpable, lo trata “como si fuera un ser racional y libre”, como si tuviera una conciencia a la que dirigir un reproche contenido ya en la norma. El libre albedrío actúa así no como un dato empírico que el juez debiera comprobar siempre, sino como un presupuesto valorativo general del sistema que convierte a la reacción penal en un reproche personal. Planteadas así las cosas, lo que debe demostrarse, en casos excepcionales, es la negación del libre albedrío en aquellas situaciones en las cuales la ley admite que aquella facultad está ausente.

iv. Es discutible afirmar la imposibilidad absoluta de determinar la existencia o ausencia de libertad en un acto humano. En efecto, planteada la interrogante en el campo del Derecho, será el Derecho probatorio el que fijará los medios de prueba directos o indirectos, que se puedan usar. No siempre es posible ni necesario, para determinar la existencia de un hecho acudir a pruebas directas, y no por ello, se puede dudar de su verdadera “cientificidad” o “validez”. Extrapolando esta reflexión es perfectamente razonable y legalmente válido establecer la libertad de voluntad de un sujeto o su ausencia y en relación

con un hecho concreto por vía indirecta¹⁸⁶. Así no me parece que la dificultad científica denunciada y sobre cuya base se critica “al poder actuar de otro modo” como fundamento óntico-material (y razonable) de la culpabilidad sea algo que le aniquila totalmente. A mi juicio, dicha crítica lo único que hace es explicitar una limitación, según la cual, hay veces en que no es posible establecer la verdad o falsedad de un hecho de forma directa o inmediata lo que, en ningún caso, implica que no pueda hacerse de manera indirecta o mediata y, en todo caso, legalmente válida.

v. En cuanto al descubrimiento de LIBET, quien postula que una reacción rápida ante una señal sensorial puede aparecer sin que el sujeto sea consciente ni siquiera de la señal y que la conciencia, en dichos casos, solo surgiría después del acto voluntario (200 milésimas de segundo después). A nuestro entender, si bien lo anterior pudiere ser cierto, ello no impide que la persona, tan pronto tome conciencia de lo que está realizando, “200 milésimas de segundo después”, no pueda tener el dominio o control para frenar, modificar o acelerar el proceso causal que, a partir de ese instante, puede conducir. Por otro lado, cabe preguntarse: ¿cuántas resoluciones delictivas de homicidio, violación, lesiones, hurto, robo, estafa, delitos societarios, laborales o contra el medio ambiente han supuesto una toma de conciencia posterior a 200 milésimas de segundo y que planteen un auténtico problema jurídico-penal? Creo que la respuesta se encuentra estrechamente vinculada a las conductas que la doctrina suele denominar como “impulsivas”, “en corto-circuito”, “apasionadas” o “primitivas” que no son la regla general en el terreno de los hechos y, respecto de las cuales, existen criterios para resolver en forma adecuada la presencia o ausencia de la “voluntariedad”.

b) Personalmente soy de opinión que la culpabilidad tiene dos fundamentos: uno material y otro normativo. El material es la capacidad que toda persona tiene de obrar libremente conforme (o contra) Derecho, sentido o valor. El normativo, en cambio, es el derecho que tiene la sociedad para imponer a los ciudadanos el deber de aplicar en su vida de relación un grado o nivel de esfuerzo o sacrificio acorde a un patrón objetivo, el de un hombre medio, razonable y prudente y, en modo alguno, superior; a no ser, que sobre él pese

¹⁸⁶ En sentido contrario GIMBERNAT sostendrá que “si un psicoanalista, contando con el constante esfuerzo del paciente por colaborar y superar sus inhibiciones y después de largos años de tratamiento psicoterapéutico, sólo aproximada e inseguramente puede llegar a constatar, sobre la base de hipotéticas explicaciones que nunca encuentran confirmación absoluta, qué peso tendría y cuáles son los factores que determinan el comportamiento analizado ¿cómo va a poderlo conseguir el no especialista (juez) en tiempo muchísimo más limitado de que dispone?” en GIMBERNAT ORDEIG. “¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?” Estudios...”...op. cit.

un deber especial de compromiso ante el Derecho (v.gr. el deber de un policía, militar o bombero). Y, ¿por qué dos fundamentos y no sólo uno? Porque si el fundamento normativo pretende estar objetivamente fundado y ser eficaz debe, necesariamente, reconocer la naturaleza ontológica y características del destinatario: el ser humano, el que se erige como límite indiscutible del anterior. No hay que olvidar que la “exigibilidad” como idea-valor y medida se presume por el legislador penal, presunción simplemente legal y no de derecho, lo que es un inequívoco reconocimiento al ser humano y, sobre dicha base, a la posibilidad de discutir, en cada caso concreto, si el sujeto podía ajustar su conducta a la pretensión normativa, idea que subyace a todas las causales que pueden excluir la culpabilidad.

Lleva plena razón MORILLAS CUEVA¹⁸⁷, cuando recuerda algo básico e indiscutible: El Derecho penal es una ciencia normativa, razón por la cual, la respuesta (o parte de ella) debe buscarse en un plano normativo. Si el Derecho penal quiere estructurar una teoría del delito sobre la actuación humana no puede omitir sino debe, necesariamente, respetar la visión antropológica que inspira a la Constitución Política del país la que, en el sistema europeo-continental, es la de un hombre libre, digno y, por ello, responsable. Ahora bien, si examinamos las causales de inimputabilidad, “anomalía o alteración psíquica” o el tratamiento que el legislador penal español ha dado al “error invencible de prohibición” podemos concluir, sin temor a equivocarnos, que tienen un común denominador: la incapacidad personal del autor para “comprender la ilicitud del hecho”. En el caso de la ausencia de un contexto situacional normal por configurarse “miedo insuperable”, la situación vivida por el autor doblegó su voluntad por concurrir en su contra una coacción o presión seria que restringió gravemente su libertad y que a un hombre-medio en su lugar, de conformidad a las exigencias del Derecho, éste no le podría exigir un grado de sacrificio superior al esperable y debido por parte de aquél. Si bien, en un plano hipotético, algunos de quienes protagonizan una situación de miedo “insuperable” podrían haberse comprometido a un mayor grado de sacrificio, superando a lo exigido por el Derecho, ello no era en modo alguno un deber legal. También en el “miedo insuperable” podemos constatar que el sujeto no pudo ni estaba legalmente obligado, sobre la base de un criterio objetivo, a superar el baremo legal de exigibilidad. En consecuencia, en todas las causales de inculpabilidad (incluidas las denominadas de “disculpa”) la capacidad de obrar de otra manera está grave o seriamente afectada (fundamento material) y, por eso mismo, la sociedad no puede exigir a su protagonista que actuara conforme a Derecho (fundamento normativo).

¹⁸⁷ MORILLAS CUEVA, L. “*La culpabilidad...*” op. cit., pág. 89.

c) Me parece razonable acudir al criterio del hombre-medio ideal en el campo de la tipicidad o antijuridicidad porque dicho criterio postula y garantiza una solución objetiva-general válida para cualquier persona, lo cual se corresponde con la naturaleza y característica del hecho típico e injusto: prohibición general de carácter objetivo. En sede de culpabilidad, en cambio, y de postularse un juicio de reproche “personal” al autor de un hecho delictivo, el criterio no puede ser general-objetivo, sino uno “personal-objetivo”, única forma de considerar, auténticamente, la persona o individualidad del autor. Es un criterio “personal” porque es necesario determinar un perfil de las capacidades reales del sujeto así como de sus carencias o limitaciones porque todo ello es él, y es un criterio “objetivo” porque el perfil antes indicado es el límite natural (no legal) de lo que se puede esperar y exigir del sujeto.

d) No es posible dudar que la culpabilidad penal implica una especie de censura moral-social, y ello, no podría extrañarnos toda vez que el Derecho Penal, como el Derecho en general, directa o indirectamente, contribuyen a la tarea de educar, en principios y valores sociales básicos a los ciudadanos al establecer la máxima protección a un conjunto de bienes estimados esenciales o fundamentales por la sociedad para el normal desarrollo de ella y de quienes la integran. Por otro lado, no es misión del Derecho penal que los ciudadanos sean santos o héroes sino que respeten tan sólo un “mínimum ético-social”, expresado en bienes jurídicos fundamentales, que les permita a todos y cada uno una realización personal y social en paz y seguridad.

e) Me parece discutible huir, en reemplazo de la libertad de voluntad, hacia la “motivación” en sus distintas modalidades y ello por las siguientes consideraciones:

i. La responsabilidad penal se erige sobre la base de un acto de voluntad: una resolución delictiva que se ha concretado en forma jurídico-penalmente relevante en el mundo real externo. La culpabilidad lo es de una conducta voluntaria y libre. Lo que se le reprocha al autor es el haber protagonizado un comportamiento típico y antijurídico voluntario y libre cuando, en la situación concreta en que se encontraba, podía haberla evitado y de esa manera haber actuado conforme a Derecho. Nadie discute que detrás de una decisión podemos encontrar una determinada motivación (así como una idea, prejuicio o sentimiento de “justicia” o “venganza”). No obstante, esto último no tiene una relevancia fundamental o esencial en la configuración de los elementos estructurales de un delito; sí, en cambio, el “acto de voluntad asumido” que ha desencadenado un ataque de lesión o puesta

en peligro a un bien jurídico tutelado, lo que en la dogmática penal se proyecta en el dolo en cuanto “voluntad de realización”. Si se quiere ser consecuente con la negación de la voluntad y la relevancia de la motivación, se debería eliminar las referencias a la voluntad como expresión de autodeterminación y reemplazarla por “motivación”. De esta manera, habría que definir v.gr. el dolo como “motivación consciente en la ejecución de un tipo penal” y, en el caso de la tentativa, habría que terminar el concepto señalado en el Art. 16 CP diciendo que el resultado no se produce por causas independientes de la motivación del autor ¿a dónde nos conduciría esto?

ii. A mi entender, retrotraer el interés del Derecho penal a uno de los componentes psicológicos previos a la resolución de voluntad (v.gr. la motivación) puede llevar a terminar sancionando la existencia de una “motivación antijurídica”, lo que nos parece discutible si se parte del supuesto que al Derecho penal le interesa la protección o defensa de los bienes jurídicos y, lo que el legislador pretende es simplemente que los ciudadanos no los pongan en peligro o dañen con sus “comportamientos voluntarios y libres”, cualquiera sea la motivación, sentimiento, idea o prejuicio existente detrás del dolo. Lo anterior resulta más claro si se recuerda que para la doctrina dominante, en un Estado democrático, donde prima la libertad individual, el papel del Derecho no puede transformarse en “un control de lo interno incluidos los motivos, sino en un control de lo externo. La indagación de lo interno sólo está permitida para la interpretación de un (hecho) externo perturbador por sí mismo”¹⁸⁸. En este sentido nos identificamos con POLAINO NAVARRETE cuando señala: “La función primordial del Derecho penal es, pues, a nuestro juicio, la función tutelar-preventiva, esto es, la protección de bienes jurídicos y prevención de ataques lesivos a los mismos”¹⁸⁹. Lo que es decisivo en la configuración de un delito es el acto de voluntad o resolución delictiva que mueve al sujeto a protagonizar un comportamiento que lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido. Es la voluntad (y no el motivo) el motor que mueve o detiene el acto humano. En el campo psicológico, la conciencia, a través de los sentidos, percibe o capta la realidad; la motivación presenta los pro y contra de diversas metas-alternativas para satisfacer las necesidades del sujeto con sus correspondientes cargas de energía pero, es la voluntad, la que resuelve, mueve y ejecuta la opción seleccionada.

¹⁸⁸ JAKOBS, G. “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”. ZStW N°97, 1985, pág. 761, citado por LAURENZO COPELLO. *Dolo y Conocimiento*. Tirant Monografías, España, 1999, pág. 241.

¹⁸⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho Penal: Modernas bases dogmáticas*. Ed. Grijley, 2004, pág. 257; en igual sentido en POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Instituciones de Derecho penal. Parte General*. Ed. Grijley, 2005, pág. 110.

iii. El castigo penal va dirigido a sancionar el hecho protagonizado por el autor que ha menoscabado o puesto en peligro un bien jurídico y, en modo alguno, la idea, sentimiento, prejuicio o motivación que pudiere haber existido detrás de la resolución delictiva (acto de voluntad). En efecto, al conviviente que maltrata a su pareja, sobre la base de un “prejuicio machista” que considera a la mujer como un ser de segunda clase, la sanción penal que se aplica al maltratador es un castigo por la(s) lesión(es) causadas a la víctima que ha(n) comprometido su integridad corporal o salud y, en ningún caso, lo que se pretende es castigar el “prejuicio machista” de que es portador. Hasta ahora, nadie discute que la base material y primer elemento de un delito es la conducta y no una idea, sentimiento, prejuicio o motivación, entidades que pueden ser relevantes para la moral o religión pero no para el Derecho penal. La mera motivación, de existencia inmaterial en el mundo interior del sujeto, mientras no se concrete en el mundo real-externo por un acto de voluntad es jurídico-penalmente irrelevante. Más aún, materializada la motivación seleccionada, lo jurídico-penalmente relevante y por la que se castiga al autor del delito no es por ella, sino por la conducta típica ejecutada que ha destruido o puesto en peligro un bien jurídico. Si consideramos los factores motivacionales que el actor tuvo en vista para decidirse, sean buenos o malos, valiosos o disvaliosos pueden ser relevantes para configurar circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal pero, irrelevantes para configurar los elementos constitutivos del delito.

f) Sobre la dimensión motivacional de la conducta, cabe precisar que es un hecho indiscutible que, en la doctrina penal actual, existe la tendencia a apoyar la culpabilidad en la “motivación normativa”, “asequibilidad normativa” o “normalidad motivacional” como una forma de huir de la “libertad de voluntad” o “capacidad de actuar de otra manera”. No obstante, los partidarios de aquella tendencia no precisan qué debemos entender por “motivación”, cuál es su contenido, sentido o alcance, lo cual, no es un mero detalle; muy por el contrario, es de la esencia saber con claridad aquello.

i. Sobre esta interrogante no dilucidada, cabe formular dos escenarios alternativos extremos: el de una Psicología “esotérica” o bien la de una Psicología “científica”. Si se opta por la primera alternativa, cada autor que a ella adhiera, tiene el “legítimo derecho” de dar el contenido que quiera; por algo es “esotérica”, aunque, nos parezca arbitrario, no tenga fundamento empírico y no pase de ser mera ficción. Como el contenido o significado depende de la “voluntad” de cada autor, con mayor razón es absolutamente necesario saber lo que el investigador tiene en mente. Esta corriente de pensamiento, no nos parece que

pueda “razonablemente” apoyar o servir de ayuda a un Derecho penal científico y humanitario. Por ello, optamos por una Psicología científica, es decir, con fundamento objetivo, cierto y humano (en ningún caso, ficto y que olvidando al ser humano, pareciera referirse a un humanoide).

Los penalistas que desconfían de la existencia o prueba de la “libertad de voluntad o capacidad de actuar de otra manera” pareciera que parten del supuesto que, en la Psicología actual, la expresión “motivación” ha desplazado o excluido totalmente del terreno científico la expresión “voluntad” por carecer de fundamento objetivo y, a lo más, tener un significado histórico meramente filosófico absolutamente superado y pasado de moda. Pues bien, dicho supuesto no es real o verídico. Si consultamos los trabajos científicos desarrollados en la última década sobre “motivación”, podemos constatar que ello no es así. En efecto, JUTTA HECKHAUSEN, entre otros investigadores, ha señalado: “discutir las diferencias de larga data en la Psicología de la motivación entre las cuestiones de la motivación (es decir, ¿por qué tratar de alcanzar metas determinadas?) y de la voluntad (es decir, la manera de tratar de alcanzar las metas elegidas), debate que comenzó en la década de 1920 entre LEWIN (1926) y ACH (1910), fue revivido 1983 por KUHLE quien propone una distinción, aceptada por gran parte de los investigadores sobre el tema, entre “motivación” (referida a la elección de una meta) y “voluntad” (referida al trabajo o esfuerzo por la consecución de la meta). A continuación, me permito transcribir las palabras de la investigadora: “Todo el mundo sabe que con solo tener un deseo no se logra que las cosas existan. Desear algo es solo el primer paso hacia la adopción de medios para realizarlo. Antes de realizar acciones, el deseo debe ser transformado en un objetivo más específico que podamos alcanzar y por el que realmente podamos esforzarnos. Una vez que nos hemos decidido por un objetivo, todavía no tenemos garantías de que realizaremos la acción apropiada. Solo basta pensar en los muchos objetivos que la gente se propone en Año Nuevo, de los cuales muy pocos llegan a ser realidad. Lo que se necesita más allá del deseo y la decisión de un objetivo (como resultado de una consideración motivacional) es un compromiso volitivo que es vinculante y lo suficientemente específico para ayudar a la persona a iniciar la acción.

ii. Hoy en día, los constructos teóricos de la motivación y la voluntad se refieren a dos estados relacionados pero muy distintos de un mismo proceso psicológico. El primero se refiere al proceso de motivación al tomar decisión y elegir un objetivo particular. El segundo, en cambio, implica el proceso de la voluntad de desplegar y mantener el trabajo o esfuerzo por la consecución de la meta elegida. Lo anterior, ha llevado a que la ciencia

distinga dos tipos de mentalidades: la mentalidad motivacional y la mentalidad volitiva. La motivacional o deliberativa se activa en la fase pre-decisional; la mentalidad volitiva, en cambio, se activa durante la fase pre-accional y la fase de desarrollo de la acción pues su objetivo es la realización de la meta prefijada¹⁹⁰.

iii. Cuando hablamos de conducta motivada la estamos diferenciando claramente de conducta instintiva. Mientras una conducta instintiva no requiere "voluntad" por parte del sujeto, la conducta motivada sí que la requiere. Así pues no conviene confundir la motivación con los estímulos ni con los instintos; los tres pueden explicar un actuar, pero su origen y sus funciones son muy diferentes. Como su propio nombre indica la conducta motivada requiere un motivo por el cual ponerse en marcha. Una conducta está motivada cuando se dirige claramente hacia una meta. El motivo es la meta, fin u objetivo que lleva a actuar al sujeto. El motivo se presenta siempre con cierta carga de energía. No todos los motivos tienen un mismo origen, ni son de la misma intensidad, ni tienden hacia las mismas cosas, ni poseen igual carga de energía. Pero, sin embargo, se puede decir que el campo de la motivación abarca la totalidad del psiquismo humano comprendiendo una gama amplísima de móviles que incitan al hombre constantemente a actuar. Así podemos señalar móviles que van desde los impulsos más elementales, como el hambre o el sueño hasta los más complicados y complejos como puede ser el impulso o deseo de cierta persona a ser ingeniero de telecomunicaciones, director de orquesta, abogado o médico. Así pues vemos que toda actividad está motivada por algo, y ese algo es lo que hemos llamado motivo. Motivo es aquello que posee un determinado valor y, en cuanto se erige como meta, nos mueve a actuar. Esta actividad motivada es como un circuito cerrado en el que se pueden distinguir tres momentos principales: motivo, conducta motivada y disminución o satisfacción de la necesidad al ser canalizado el motivo.

Estamos motivados cuando tenemos la voluntad de hacer algo y, además, somos capaces de perseverar en el esfuerzo que ese algo requiera durante el tiempo necesario para conseguir el objetivo que nos hayamos propuesto.

Esa fuerza está directamente relacionada con las actitudes, creencias, valores, afectos y tareas asumidas los que me dictan lo que necesito en cada momento, lo que es importante

¹⁹⁰ ACHTZIGER y GOLLWITZER. Motivation and volition in the course of action. En: HECKHAUSEN y HECKHAUSEN (Eds.). *Motivation and action*. New York, Cambridge University Press, 2007, págs. 202-226. En igual sentido. SIEGDRIED DEWITTE y WILLY LENS. "Exploring volitional problems in academic procrastinators". En: *International Journal of Educational Research*, vol. 33, 2000, págs. 733-750.

y lo que no lo es o, dicho de otro modo, si estoy dispuesto a hacer el esfuerzo de salir de casa para ir al cine es porque “ir al cine” es algo que considero atractivo, valioso, dentro de mis posibilidades, etc. A lo mejor me agrada ir al cine, pero si tengo un trabajo que entregar puede resultarme más importante terminar el trabajo que ir al cine.

La aparición de esa “fuerza que nos lleva a realizar actividades” se crea como resultado de la conjunción entre mi mundo interior, mis circunstancias exteriores y mis posibilidades (de poco sirve que me guste el cine si vivo a 1.000 Km del lugar más cercano en donde hay uno).

iv. Con frecuencia se distingue entre motivación externa y motivación interna. Se define la motivación externa como aquella provocada por un estímulo del entorno. Por ejemplo, un aumento de salario me puede animar a trabajar más. Por el contrario la motivación interna sería la que surge de mí mismo, sin necesidad de ningún estímulo externo.

Pero para que algo del mundo exterior me motive primero tengo que calificarlo yo como atractivo, y esa calificación va a depender de mi mundo interior al que hemos hecho referencia. A su vez ese mundo interior no sale de la nada, es el resultado de mis experiencias, por lo tanto, de mi contacto con el mundo exterior.

La palabra “motivación” esconde un proceso que es el resultado de la interacción entre mi “yo” y mi entorno, entre mi manera de ver el mundo y el mundo exterior. Ese proceso siempre parte de mí (siempre es motivación interna), pero depende de lo que haya fuera (siempre es motivación externa) Ese proceso no está dentro ni fuera, sino que es el resultado de la relación que se crea entre ambas partes.

v. La motivación como objeto de estudio en la Psicología ha suscitado una gran variedad de teorías explicativas. No obstante, para estos efectos, podemos resumirlas en dos grandes concepciones:

- Teorías reactivas. Bajo este rótulo se incluyen planteamientos teóricos y epistemológicos bien diferenciados. Sin embargo, todos ellos comparten entre sí la concepción del sujeto como un ser reactivo, cuyas actuaciones responden a cambios producidos en el estado de una situación estimular concreta. La motivación se inicia, por tanto, como reacción ante una determinada emoción (miedo), una necesidad biológica (hambre) o psicológica (curiosidad), y, también, ante la presencia de estímulos externos

(apetitivos/aversivos). En cualesquiera de estos casos, la meta de la conducta motivacional siempre consiste en satisfacer una demanda y, por ende, reducir la presión.

- Teorías de la activación. Este enfoque parte de la consideración del ser humano como agente causal de sus propias acciones. La motivación se interpreta como una actividad que, a menudo, se manifiesta de forma “espontánea”, sin necesidad de reducirse a mera reacción ante una situación estimular específica.

A diferencia de los planteamientos reactivos, la motivación humana en las teorías activadoras se caracteriza básicamente por las propiedades de espontaneidad y propositividad, pulsada por planes, metas y objetivos. La investigación psicológica interesada por la motivación intrínseca ha indagado sus orígenes dentro del sujeto, a través de la auto-percepción como persona competente, eficaz y con determinación para actuar. Las nociones de auto-competencia (WHITE, 1959), causación personal (de SHARMS, 1968), auto-determinación (DECI y RYAN, 1985), auto-eficacia (BANDURA, 1982) y acción personalizada (NUTTIN, 1985) realzan el protagonismo motivacional de la “subjetividad” y el papel del individuo como agente causal de su propia actividad comportamental¹⁹¹. Cada uno de estos conceptos intenta definir, de manera precisa, la naturaleza de la motivación intrínseca. Pero en cualesquiera de tales explicaciones la motivación, más que responder a determinadas características estímulares concretas, proporciona oportunidades para que las personas pongan a prueba sus competencias y determinaciones, de manera activa e intencional.

vi. Junto al desarrollo de la motivación intrínseca, durante la década de los ochenta se formalizan una serie de modelos psicológicos que incorporan la intencionalidad y la voluntad como aspectos relevantes del comportamiento propositivo humano, atribuyéndoles un papel específico en la explicación motivacional. Los dos más representativos son la teoría del control de la acción de KUHL (1985, 1986) y la de las fases de la acción desarrollada por HECKHAUSEN (1991-2007). Ambas explicaciones enlazan directamente con la tradición alemana de estudio de la voluntad, de la escuela de Wurzburg, y con la noción de intencionalidad definida por ACH como fuerza impulsora de una tendencia determinante que incita a su realización.

¹⁹¹ Autores citados por ACHTZIGER y GOLLWITZER. “Motivation and volition in the course of action”. En: HECKHAUSEN y HECKHAUSEN (Eds.). *Motivation and action*. New York, Cambridge University Press, 2007, págs. 202-226.

Las dos mayores aportaciones de estos modelos para apoyar un enfoque activo y no meramente reactivo de la motivación son:

i. el establecimiento de una delimitación conceptual importante entre tendencia motivacional y logro de objetivos, de la que se derivan consecuencias teóricas y aplicadas de gran impacto, y

ii. la idea de que la conducta dirigida a una meta está jerárquicamente organizada, aunque el desarrollo de su estructura y la fundamentación empírica de la jerarquía todavía estén por descifrar.

Con respecto a la primera cuestión, ambos modelos incorporan el análisis diferencial entre los procesos que intervienen en la toma de decisiones y los que actúan sobre la consecución del objetivo propuesto. Para lograr una meta voluntaria es necesario, sin duda, tener el firme propósito de querer conseguirla. Pero, la intención, en tanto concepto motivacional central que representa el nivel máximo de compromiso con la acción, no garantiza el éxito del resultado deseado. La experiencia de la vida cotidiana evidencia la distancia existente entre los propósitos y los logros. Casi todos los estudiantes inician el curso académico con el firme propósito de aprobar una serie de asignaturas, sin embargo la proporción de los que lo consiguen suele ser bastante inferior.

En particular, KUHL destaca como una insuficiencia la asunción implícita que realizan las teorías de E/V al identificar conducta motivada con meta. Por el contrario, su modelo parte de la diferenciación entre intencionalidad y acción. La propuesta se sostiene en dos ideas básicas referidas a:

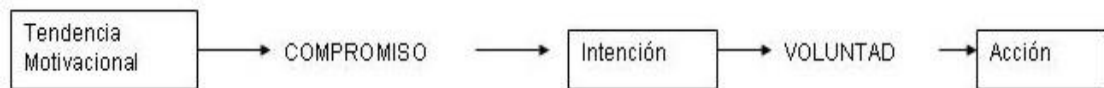
i. los impulsos, deseos, expectativas, valoraciones y demás tendencias motivacionales son determinantes del grado de compromiso con la acción, cuyo nivel más elevado se sitúa en la intención o propósito firme de conseguir una meta, y

ii. entre intención y conducta median una serie de procesos volitivos complejos que tendrán que imponerse frente a diversas tendencias dificultosas, tanto externas como internas, para conseguir el objetivo propuesto.

Son estos últimos procesos y estrategias, más que los parámetros impulsivos, afectivos y cognitivos determinantes del nivel de compromiso con la acción, los que el

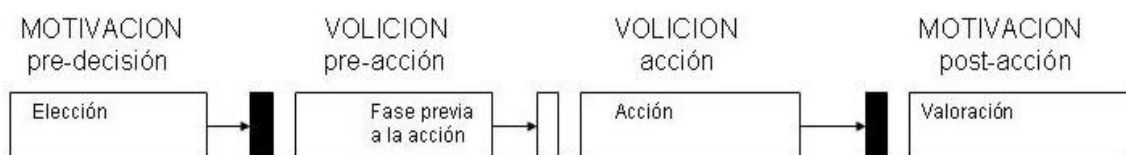
modelo de KUHL se interesa por estudiar. La figura que se presenta a continuación trata de representar el planteamiento básico de este autor.

Esquema de la Teoría del Control de la Acción (KUHL, 1985)



El modelo de HECKHAUSEN representa, con más detalle, la misma idea de KUHL relativa a la diferenciación entre procesos motivacionales y volitivos, incluyendo en su representación cuatro fases y dos momentos clave de inflexión en el proceso de toma de decisiones, tal y como aparece en el siguiente esquema.

Esquema de la Teoría de las fases de la acción (HECKHAUSEN, 1987)



La cuarta fase del modelo incorpora, además, un nuevo componente motivacional en la secuencia, que se corresponde con la valoración que hace el sujeto de la acción conseguida, idea esta que ya había sido previamente esbozada a través de la noción de expectativa de resultado-consecuencia. La incorporación de la valoración en la explicación de la actividad motivada de los comportamientos voluntarios permite, por un lado, establecer en la representación un circuito de retroalimentación, ya que sólo la valoración positiva de los resultados obtenidos permite desactivar definitivamente la intención. Por otro

lado, la valoración de la acción precedente posibilita implícitamente la valoración de las consecuencias, enlazando así el criterio de que el futuro puede influir sobre el presente, a través de las metas anticipadas y de la valoración de las mismas.

En síntesis, la Psicología actual reconoce un contenido propio a la expresión “voluntad” y, además, en cuanto factor psicológico, se le asigna una función vital y necesaria en la actuación humana consciente y racional.

g) Como hemos dado cuenta, en la actualidad, un número significativo de autores consideran que la “imputabilidad” no sería sino “capacidad para motivarse por los mandatos normativos” (MUÑOZ CONDE) o “capacidad de motivación por la norma penal” (GÓMEZ BENÍTEZ) y, precisando o concretando dicha capacidad, se afirma: “la capacidad de motivación en sentido estricto requiere que el autor haya podido comprender la desaprobación jurídico-penal del hecho y haya podido comportarse de acuerdo a esa comprensión” (BACIGALUPO); “...lo decisivo para la culpabilidad no es que el individuo pueda optar entre varios haceres posibles, sino que tiene que optar por evitar uno determinado, que es, precisamente aquel que prohíbe la norma penal” (MUÑOZ CONDE). Quienes acuden a la motivación, en reemplazo, de la “capacidad de actuar de otra manera o libertad de voluntad”, señalan que el hecho delictivo puede ser imputado a su autor si éste tenía “capacidad personal de evitar el hecho” (MIR PUIG)¹⁹², “culpable es el autor que ha podido actuar de otro modo por haber sido accesible al mandato normativo (porque le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma)” (ZUGALDÍA)¹⁹³, lo que a nuestro entender implica “capacidad personal de actuar de otra manera”. En pocas palabras, acudir a la “motivación” como vía de escape de la “libertad de voluntad”, a la postre, termina siendo un rodeo para llegar al mismo punto de partida: la libertad de voluntad.

En el contexto que creo discutible, “motivación” implica “posibilidad de conocimiento” y, “lo posible”, no es aquello que ocurre “necesaria o fatalmente”, sino aquello que “puede o no ocurrir”. Lo que queda claro, de las transcripciones hechas, es que la expresión “capacidad de motivación” es sinónimo de “imputabilidad” y equivalente en cuanto a su contenido. Por ello, a nuestro entender, ambas expresiones suponen la “capacidad de actuar de otra manera” ya que ambas denominaciones implican la “posibilidad de optar y decidir cómo se va actuar”, y esto no es sino “capacidad de

¹⁹² MIR PUIG, S. *Derecho Penal...* op. cit., pág. 539.

¹⁹³ ZUGALDÍA, J.M. *Derecho Penal...* op. cit., pág. 604.

comprender y de actuar conforme a dicha comprensión”. La doctrina de la “capacidad de motivación”, u otras variantes derivadas de ella, como alternativa a la “capacidad de obrar de otra manera”, nos lleva a pensar que no es sino otra denominación para lo mismo, aunque, sin hacer uso de la expresión “libertad de voluntad”. En efecto, si la “capacidad de motivación” está integrada por la capacidad de comprender la ilicitud y, además, de comportarse de acuerdo con ella, en nada se diferencia del clásico concepto de la imputabilidad, elementos a los que de manera expresa alude el legislador penal español en el Art. 20, N° 1 y 2 del CP.

h) Finalmente, cabe indicar la doctrina que prefiere postular como fundamento material de la culpabilidad una “capacidad de motivación”, “motivabilidad normal”, u otras expresiones semejantes, a nuestro juicio, lo único que hacen es fijar su atención en otro factor concurrente del proceso de decisión delictiva del autor, el que para una concepción psicológica dinámica, profunda o de corte psicoanalítico puede llegar a ser, incluso, inconsciente. En efecto, para la doctrina que descansa sobre la base de la motivación, parte de la base que para imputar culpabilidad a un sujeto, es necesario que éste haya tenido al menos la posibilidad de llegar a conocer el carácter prohibido de la conducta porque sólo así era factible que dicha representación operara como “contramotivo” y lo determinara a no perpetrar dicha actuación. Desde ya este postulado es discutible. Podemos entender que un conocimiento o representación actual, real y efectiva del desvalor de un hecho puede jugar como “contramotivo”; en cambio, nos queda la duda si también podría hacerlo un simple “conocimiento potencial o virtual” toda vez que no es un auténtico conocimiento.

Partiendo del supuesto que el conocimiento real (o virtual) de la ilicitud del hecho típico puede jugar como “contramotivo”, cabe preguntarse de qué forma opera. Puedo suponer dos alternativas:

i. Su existencia determina, necesaria o inevitablemente, al sujeto a obrar conforme a Derecho, caso en el cual, nunca se cometería un hecho delictivo. En este supuesto, el autor quedaría reducido a un simple objeto o instrumento, sería un verdadero esclavo de aquel contramotivo toda vez habiéndolo conocido, o podido conocer, fatalmente debía someterse a él.

ii. Su existencia sólo determina una posibilidad alternativa de actuación: la no realización de un hecho típico disvalioso. En este caso, será el autor quien, en última instancia, escogerá si dicha posibilidad la asume o bien opta por una opuesta. En este

contexto, es preciso reconocer al menos un espacio mínimo de libertad que le permita al sujeto optar, seleccionar o escoger entre actuar conforme o contra Derecho. Por lo demás, toda la doctrina y el legislador penal alude a la capacidad de actuar conforme a la comprensión de lo ilícito, que no es sino una forma de “obrar de otra manera”. Por ello, nos parece que no es factible prescindir de un cierto grado de libertad, en el caso de la culpabilidad: la de autodeterminarse conforme a Derecho.

7. Posición Personal en relación a la Imputabilidad

a) A mi entender, acertada o equivocadamente, el legislador penal español al igual que el alemán ha determinado, de manera expresa e inequívoca, aunque, indirecta, el concepto y contenido de la imputabilidad penal en el artículo 20.1 y 2: “comprensión de la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”. En consecuencia, todas aquellas doctrinas que pretenden postular un concepto o contenido distinto (v.gr. sobre la base de la motivación) carecen de un fundamento legal positivo, deben ser estimadas como propuestas doctrinarias de lege ferenda y, mientras no se modifique el tenor literal del Art. 20.1 y 2 CP, estarán condicionadas a dicho tenor literal, el cual es una expresión clara de una concepción antropológica del hombre como ser libre.

b) En cuanto a si la imputabilidad penal es un presupuesto o requisito de la culpabilidad, a mi juicio, no existe incompatibilidad entre sostener uno u otro; todo presupuesto es requisito. En efecto, la existencia de culpabilidad necesita tanto de la concurrencia de sus elementos como de sus presupuestos. De lo que se sigue que, si no hay culpabilidad, puede ser tanto porque falta cualquiera de éstos.

La imputabilidad, como capacidad de culpabilidad, es una condición que el legislador presume, al igual que la capacidad política, laboral o civil. Quienes se oponen a considerar que la imputabilidad penal es una especie de estado o condición personal del sujeto, independiente de que éste actúe o no, no deberían olvidar que el legislador penal presume su existencia y, por eso mismo, no es algo que se deba probar en cada caso concreto, en cambio, lo que sí es preciso acreditar, si se alega como defensa, es la existencia de una causal de inimputabilidad. En consecuencia ¿qué duda cabe que la imputabilidad penal es un estado o condición personal si el legislador penal presume su existencia? Negar que la imputabilidad es una cualidad o condición que el legislador presume en toda persona

mayor de 18 años significaría que aquella capacidad de culpabilidad, aunque presumida, no existe y que sólo la resolución delictiva de una conducta típica y antijurídica determina su existencia y que, antes de ello, no habría nada ¿generación espontánea?. En esta segunda interpretación, cabe preguntarse ¿qué sentido tiene el que el legislador presuma la existencia de una capacidad a partir de cierta edad si dicha capacidad no es un atributo de la persona al igual que su nombre, estado civil, domicilio o capacidad para contratar? ¿estamos frente a una presunción carente de contenido y de sentido?. Si la realización de un delito determina, a partir de ese instante, la existencia de la imputabilidad es precisamente porque ésta existía con anterioridad a la resolución delictiva, de manera latente o potencial y esto es precisamente lo que el legislador penal presume en toda persona mayor de 18 años. La persona, a partir de cierta edad, se la presume poseedora en forma latente o virtual de cierta condición o capacidad (penal, laboral, civil o política) la que se actualiza cuando el sujeto ejecuta un delito (o suscribe un acto o contrato o ejerce su derecho a sufragio). En otras palabras, la imputabilidad en tanto estado o condición, supone una capacidad general latente o virtual (presupuesto de la culpabilidad) y, cuando el autor realiza un hecho delictivo, dicha capacidad general se actualiza y concreta, transformándose en un requisito o elemento de la culpabilidad.

c) La imputabilidad es elemento de la culpabilidad en cuanto se entienda por ésta el juicio de reproche dirigido contra el autor de la conducta ilícita. Y, bajo este respecto, ya no resulta incompatible decir que la imputabilidad es una capacidad general, pues todo juicio, si bien versa sobre un objeto, éste se imputa a un sujeto. Lo anterior, no significa que se desvincule al sujeto del hecho. Por lo demás, quedan dos elementos más en la estructura de la culpabilidad que es preciso establecer y que están referidos al hecho delictivo concreto perpetrado por el autor. De no entenderse así, al sostenerse que la imputabilidad es presupuesto se quiere decir que la imputabilidad, sin perjuicio de reflejar una concreta relación entre el sujeto y el hecho delictivo cometido es, además, una característica personal, un estado o condición del sujeto. Ahora bien, que se afirme que la imputabilidad es capacidad general no significa aceptar un Derecho penal de autor, porque, de conformidad al “principio de responsabilidad por el hecho”, la culpabilidad siempre está referida al hecho delictivo perpetrado, aunque, esto último no obliga v.gr. a agotar el estudio de la comprensión de lo ilícito en sede de imputabilidad; es preciso dejar un contenido de esto pendiente para ser investigado en el siguiente elemento de la culpabilidad (conciencia de lo ilícito o dolo).

Para aclarar nuestra última idea, acudamos a la analogía. De toda persona que egrese después 10 o 12 años del colegio, se puede presumir que sabe las operaciones matemáticas básicas: sumar, restar, multiplicar o dividir. Si dicha persona resuelve mal una operación de multiplicación elemental v.gr. $7 \times 7 = 47$, responde por dicha equivocación porque era “matemáticamente imputable” (tenía la capacidad general de comprensión de problemas matemáticos básicos y, sobre dicho conocimiento, podía haber dado la respuesta correcta) (capacidad general en cuanto presupuesto), aunque, esta misma capacidad presunta es “elemento” del “reproche” de su reprobación por la respuesta errónea manifestada.

d) En una de las observaciones precedentes, hacíamos presente que no se puede caer en el error de creer que, en la Psicología actual, los estudios sobre la “motivación” han eliminado de raíz a la voluntad como elemento real del mundo interior del hombre. Dicho error se puede cometer si se cree, equívocamente, que sólo existe “una visión psicológica” razonable y objetivamente fundada sobre la motivación humana y que es aceptada de manera unánime, en especial, si se piensa que esa “única visión psicológica científica” es la postulada p.ej. por el conductismo radical¹⁹⁴. En efecto, una concepción doctrinaria de gran

¹⁸⁹ Sólo por nombrar algunas alternativas investigadas sobre la motivación humana. podemos citar:

- 1) Teoría homeostática de la motivación: las conductas que se originan por desequilibrios fisiológicos como pueden ser el hambre o la sed. aunque. también sirve para explicar las conductas que originadas en desequilibrios psicológicos o mentales producidos por emociones o por enfermedades mentales que también suponen la reducción de una tensión que reequilibra el organismo.
- 2) Teoría de la reducción del impulso: tendencia a la actividad generada por una necesidad. Esa necesidad. que es el estado de desequilibrio o malestar interno. es a su vez provocada por una carencia. por una falta de algo. en el organismo vivo.
- 3) Teoría de la motivación por emociones: Las que cumplen una función biológica preparando al individuo para su defensa a través de importantes cambios de la fisiología del organismo y desencadenando los comportamientos adecuados que sirven para restablecer el equilibrio del organismo. Cuando los estados emocionales son desagradables el organismo intenta reducirlos con un mecanismo más o menos equivalente al de la reducción del impulso.
- 4) Teorías del incentivo: Básicamente consiste en premiar y reforzar el motivo mediante una recompensa al mismo. Un incentivo es un incitador a la acción. es un motivo visto desde fuera. es lo que vale para un sujeto. es lo que le atrae. El placer y el dolor que experimentan los individuos en su interacción con las cosas forman una parte singularmente profunda de su conducta tanto apetitiva como evitativa.
- 5) Teorías cognoscitivas: Basadas en la forma en que el individuo percibe o se representa la situación que tiene ante sí. Las teorías cognoscitivas incluyen el nivel de aspiración (relacionado con la fijación de una meta individual). la disonancia (encargada de los impulsos al cambio asociados con las disarmonías que persisten frecuentemente después que se ha hecho una elección). y las teorías de esperanza-valor (que tratan de la realización de una decisión cuando son tenidos en cuenta las probabilidades y el coste o los riesgos). Las teorías cognitivas de la motivación acentúan como determinantes de la conducta motivada. la percepción de la fuerza de las necesidades psicológicas. las expectativas sobre la consecución de una meta y el grado en el que se valora un resultado correcto.
- 6) Teorías de esperanza-valor: Entre ellas se encuentran cierto tipo de "teorías de decisión" que han tenido principalmente su origen en la economía. En sus términos más simples. estas teorías económicas suponen que el individuo puede asignar valor o utilidad a posibles incentivos. y que hace su decisión de acuerdo con el riesgo supuesto. Está dispuesto a correr mayor riesgo por algo que valora más.
- 7) Teoría de las expectativas: El sujeto anticipa. en cierto modo. los acontecimientos por procesos de pensamiento y la esperanza de alcanzar la meta es la que. como un incentivo. le mueve a la acción.

prestigio es la existencial de ROLLO MAY¹⁹⁵ o las humanistas de CARL ROGERS¹⁹⁶ o de ABRAHAM MASLOW¹⁹⁷ las cuales surgen como una alternativa para superar los conceptos limitados de la naturaleza humana tanto del psicoanálisis clásico como del conductismo radical. Estos investigadores enfatizan que la persona es un ser activo, creativo, con capacidad de experimentación, que vive el presente y responde en forma subjetiva a las percepciones, relaciones y encuentros actuales; el hombre es un ser hacia la maduración y la autorrealización. Un común denominador de estas doctrinas ha sido el reconocimiento de la capacidad del ser humano para autodeterminarse o autorrealizarse en libertad.

La Psicología en la actualidad nos ofrece, si queremos mostrarla de una manera breve o sumaria, cinco modelos principales: el biológico, el psicodinámico, el cognitivo, el conductual y el humanístico.

El modelo biológico se caracteriza porque postula que tanto el comportamiento del ser humano como de los animales, se debe considerar desde la perspectiva de su funcionamiento biológico: cómo están organizadas las células nerviosas individuales, cómo la herencia de determinadas características de los padres y otros antepasados influye sobre el comportamiento, cómo el funcionamiento del cuerpo tiene efectos sobre las esperanzas y los temores, cuales son los tipos de comportamiento que obedecen a los instintos, etc.

El modelo psicodinámico, parte de la base que el comportamiento está motivado por fuerzas internas sobre las cuales el individuo tiene un control mínimo.

El modelo cognitivo se centra en estudiar cómo la gente conoce, comprende y piensa con relación al mundo.

El modelo conductual tiene por objeto de interés el comportamiento externo y observable.

El modelo humanista, rechaza las concepciones que aseveran que el comportamiento humano está determinado en gran medida por fuerzas biológicas automáticas, por procesos inconscientes o únicamente por el ambiente. Este modelo postula que las personas tienen el control de sus vidas. Por lo tanto, gira sobre la base del libre albedrío: la capacidad humana para tomar decisiones acerca de la vida propia.

¹⁹⁵ MAY, R. *Freedom and destiny*. New York, Norton, 1981.

¹⁹⁶ ROGERS, Carl. *On becoming a person*. Boston, Houghton Mifflin, 1980.

¹⁹⁷ MASLOW, Abraham. *Motivation and personality*. New York, Harper & Row, 1970.

Cada uno de los modelos antes señalados ha desarrollado un determinado ámbito de la vida del ser humano; en consecuencia, v.gr. el modelo conductual no pretende explicar al ser humano y a su comportamiento en plenitud. Por ello, es un auténtico y grave error asumir v.gr. el modelo conductual como aquél que nos puede brindar una explicación total e integrada de la actuación humana toda vez que, desde sus orígenes, sólo ha tomado cierta dimensión del comportamiento y nunca en su totalidad. Ahora bien, el Derecho penal debe buscar apoyo científico en una concepción psicológica del hombre de carácter “macro o molar” y no “micro o molecular” compatible con su misión y con la concepción antropológica que inspira el orden normativo imperante.

**CAPITULO SEGUNDO:
IMPUTABILIDAD/INIMPUTABILIDAD**

I. IMPUTABILIDAD Y CONCIENCIA DE LO ILÍCITO

La primera parte de este capítulo segundo se explica porque, para el autor de esta tesis, existe una especial relación entre la dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad y la conciencia de lo ilícito como elemento integrante de la culpabilidad. En efecto, toda la doctrina, directa o indirectamente, consideran que la dimensión intelectual-valorativa se expresa en la capacidad que el legislador penal presume a partir de los 18 años, en el Derecho penal de adultos, que el sujeto es capaz de “comprender la ilicitud del hecho” y, la conciencia de lo ilícito, como segundo elemento de la culpabilidad, supone que el sujeto estaba en situación de reconocer la antijuridicidad de su conducta. Más aún, el CP. alemán en los §17 y 20 y el CP. español en los artículos 14 y 20, hacen uso de iguales expresiones para referirse a dos factores distintos integrantes de la culpabilidad: ilicitud del hecho. De los términos recién indicados, no cabe duda alguna que ambas exigencias se encuentran relacionadas. Ahora bien, de lo que se trata es de saber qué tipo de relación media entre ellas.

1. La Conciencia de lo Ilícito en la Doctrina.

Si revisamos la doctrina alemana y española sobre el tema encontramos que ambas, al referirse a la conciencia de lo ilícito, lo hacen con expresiones muy semejantes.

1.1. La Doctrina Alemana.

Considerando la especial relevancia que el pensamiento de los autores tiene en esta materia, me permitiré transcribir de manera sumaria algunas de sus afirmaciones.

Para WELZEL, la reprochabilidad presupone que el autor es capaz de culpabilidad respecto del hecho concreto y, además, que habría podido estructurar en lugar de la voluntad antijurídica de acción una conducta conforme a Derecho, lo cual, tiene lugar si el autor ha reconocido lo injusto de su hecho o ha podido reconocerlo. “Objeto del reproche de culpabilidad es la voluntad de acción antijurídica; ésta le es reprochada al autor en la medida en que podía tener conciencia de la antijuridicidad de la acción y ella podía convertirse en

contramotivo determinante del sentido. Al autor le resulta más fácil la posibilidad de autodeterminación conforme a sentido cuando conoce positivamente la antijuridicidad, indiferente de si esta conciencia es actual al momento de comisión del hecho o pueda actualizarse de inmediato.”¹⁹⁸.

Por su parte, JESCHECK y WEIGEND son de opinión que la conciencia del injusto es el núcleo central del reproche de culpabilidad. La decisión de cometer el hecho con pleno conocimiento de la norma jurídica que se opone al mismo, constituye el motivo más evidente de la deficiencia que el autor presenta en su actitud jurídica interna. Parten de la base que la motivación correspondiente al deber que emana de la norma jurídica tendría que haber repercutido directamente sobre la formación de voluntad. Quien, en lugar de eso, se levanta a sabiendas contra el Derecho, manifiesta con ello una actitud jurídica opuesta a la del ciudadano prudente¹⁹⁹.

“Para el conocimiento del injusto basta la conciencia de infringir una norma jurídica formalmente válida, pues en este caso el autor sabe, de todos modos, que actúa contra el Derecho vigente por muy convencido que esté de la utilidad social de su comportamiento.”²⁰⁰. Normalmente, en el ámbito del Derecho penal común o nuclear (v.gr. homicidio, lesiones, violación, robo), el sujeto tendrá conciencia precisa sobre la ilicitud de su hecho. Tratándose del Derecho penal especial o formal (v.gr. delitos económicos o del medio ambiente), para estos autores, “basta con que el autor sopesa seriamente la antijuridicidad de su comportamiento y se conforme con la posibilidad de atentar contra el Derecho (conocimiento potencial del injusto)”²⁰¹.

Según ROXIN, “conciencia de la antijuridicidad significa: el sujeto sabe que lo que hace no está jurídicamente permitido, sino prohibido”. No es suficiente para la conciencia de la antijuridicidad la conciencia de la dañosidad o de la inmoralidad y tampoco es preciso la conciencia de su punibilidad. Si se considera que no todas las acciones disvaliosas están prohibidas, la condición de contravenir normas sociales o éticas supone a lo sumo un medio para acceder al conocimiento de la prohibición, pero no es este mismo conocimiento. Además, es preciso tener presente, agrega, que las valoraciones sociales y morales son tan cambiantes en una sociedad pluralista que el Derecho no puede exigir la orientación

¹⁹⁸ WELZEL. H. *Derecho penal alemán...* op. cit., pág. 195.

¹⁹⁹ JESCHECK/WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal...* op.cit., pág. 486.

²⁰⁰ *Ibidem.* cit., pág. 488.

²⁰¹ *Ibidem.* cit., pág. 489.

incondicional por ellas, sino que por regla general sólo puede formular el reproche íntegro de culpabilidad cuando el sujeto desatiende conscientemente prohibiciones y mandatos jurídicos. No obstante, a su juicio, la conciencia de la dañosidad social o del carácter de cualquier otro modo disvalioso de la propia conducta es un indicio de la vencibilidad de un error de prohibición y, en casos extremos, puede conducir a la negación de cualquier atenuación de la culpabilidad²⁰².

Para ROXIN afirmar que la antijuridicidad es el objeto del conocimiento del injusto necesita ser precisada: “la antijuridicidad es el punto de referencia de un error relevante conforme al § 17 no como prohibición abstracta, sino sólo en relación con el injusto concreto del tipo correspondiente”²⁰³. Al referirse a la capacidad de comprensión y de inhibición señala que, a su juicio, “la mención específica de la falta de capacidad de comprensión es incluso superflua, en cuanto que en los casos de la misma la regulación del error de prohibición del §17 ya conduce a la exclusión de la culpabilidad; sin embargo, así y todo posee el valor de un regla de prueba”²⁰⁴.

A su juicio, la irrelevancia de la conciencia de la punibilidad se deriva de que el conocimiento de la prohibición debería bastarle en todos los casos al sujeto para motivarse hacia una conducta fiel al Derecho; la especulación con la mera exención de pena no merecería atenuación alguna²⁰⁵.

“Existe conciencia eventual de la antijuridicidad cuando el sujeto no tiene clara la situación jurídica: p. ej. considera probable que su conducta esté permitida, pero cuenta también con la posibilidad de que esté prohibida” A su juicio, quien actúa con la idea que puede estar obrando ilícitamente, debe abstenerse de ello y aclarar su situación²⁰⁶.

MAURACH y ZIPF creen que los presupuestos del juicio de reproche o juicio de culpabilidad son: i. la capacidad de imputabilidad o capacidad de culpabilidad y, ii. la posibilidad de reconocer que la comisión de ese hecho supone una ilicitud. Ahora bien, ambos presupuestos, “se caracterizan por no constituir representaciones psíquicas actuales, sino exclusivamente valoraciones que sólo se diferencian entre sí en el hecho de que la capacidad de imputabilidad (como círculo más amplio) se encuentra referida

²⁰² ROXIN, C. *Derecho penal*. P. G...op. cit., págs. 866-867.

²⁰³ *Ibidem*. cit. pág. 869.

²⁰⁴ *Ibidem*. cit. pág. 837.

²⁰⁵ *Ibidem*. cit. pág. 867.

²⁰⁶ *Ibidem*. cit. pág. 874.

preferentemente a la del autor, en tanto la conciencia de ilicitud se objetiviza exclusivamente en el hecho concreto”²⁰⁷.

Para MAURACH y ZIPF “la decisión acerca de la capacidad o incapacidad de imputabilidad debe ser tomada siempre con relación al concreto hecho punible”²⁰⁸. Más adelante, al tratar del “ilícito” del actuar en general señala que “basta para la formación de la conciencia del ilícito con la valoración efectuada en la esfera de los legos...La conciencia del ilícito, en tal sentido, debe estar “referida al tipo”; esto es, que el autor esté en situación de reconocer como ilícito la específica violación del bien jurídico que abarca el respectivo tipo penal”²⁰⁹. Este autor, al referirse al error sobre la prohibición que la doctrina denomina “abstracto” manifiesta, al igual que todos, que se configura si el autor estima que su actuar es jurídicamente irrelevante porque no existe una norma que lo prohíba, bien porque aquella norma no tiene vigencia o porque su extensión no permite subsumir dicha conducta como algo ilícito²¹⁰.

MAURACH y ZIPF expresan que, a juicio de un sector relevante de la doctrina alemana, la falta de capacidad para reconocer el ilícito de un hecho es considerada como una “subespecie de la más extensa regulación del error de prohibición del § 17 (SCHRÖNKE-SCHRÖDER-LENCKNER)”²¹¹, aunque, para dicha doctrina, el § 20 que regula la inimputabilidad, mantiene su autonomía respecto de la segunda dimensión (volitiva) de la imputabilidad (“actuar conforme a esta comprensión”).

Según JAKOBS, “El autor tiene conciencia de lo ilícito cuando lo ilícito le es conocido actualmente en el momento del hecho y de modo especificado, aun cuando sólo sea ‘condicionadamente’.

Objeto de la comprensión o conocimiento es lo ilícito o injusto. No es necesario el conocimiento de la punibilidad, aun cuando a menudo sólo como injusto punible quepa concebir acertadamente la importancia del injusto”²¹².

²⁰⁷ MAURACH, R./ZIPF, H. *Derecho Penal. P. G. T. I...* op. cit., pág. 596.

²⁰⁸ *Ibidem*. cit. pág. 619.

²⁰⁹ *Ibidem*. cit. pág. 673.

²¹⁰ *Ibidem*. cit. pág. 674.

²¹¹ *Ibidem*. cit. pág. 618.

²¹² JAKOBS, G. *Derecho penal. P G...* op. cit., pág. 667.

Para este autor, el conocimiento de una infracción contra los principios ético-sociales o contra las buenas costumbres o contra la decencia no basta para fundamentar la conciencia del injusto. Conocimiento del injusto es algo más que simple conocimiento de la contrariedad a Derecho, o sea, es también conocimiento del fundamento material de la antijuridicidad, de la perturbación social. “Este conocimiento del injusto no queda excluido, evidentemente, porque el autor –sobre todo por íntima convicción discrepante- crea que, en un orden social tal como él considera ideal, no se da perturbación social alguna. Basta con que conozca la importancia de la norma en cuestión para el ordenamiento del que surge, aun cuando considere equivocado tal ordenamiento. Así pues, se trata del conocimiento de la perturbación social en relación con un ordenamiento conocido (no necesariamente reconocido)”²¹³.

Para JAKOBS, la conciencia del injusto ha de referirse al momento del hecho. No tiene que consistir en una reflexión consciente, pero sí al menos en una experiencia liminar del injusto del comportamiento, lo cual se puede deducir, p. ej., de la configuración clandestina del hecho, o del cerciorarse de no ser descubierto. Consciencia de lo injusto o ilícito supone conocimiento del injusto específico o concreto, no de cualquier ilícito²¹⁴. Para este autor, la doctrina alemana que considera que la regulación que la ley penal hace en el § 20 debe ser considerada como un caso particular de la del error de prohibición del § 17 StGB posee pocas ventajas. A su entender, en ambos casos de inculpabilidad (por inimputabilidad o error de prohibición), “al autor le falta la competencia para cuestionar la validez de la norma”²¹⁵.

En el último tiempo, la doctrina alemana como española han planteado una nueva interrogante en relación a la imputabilidad y la conciencia de lo ilícito y que dice relación con la prioridad de examen: ¿imputabilidad o conciencia potencial de lo ilícito?.

En la actualidad, un sector doctrinario es de opinión que el primer elemento a tratar en el estudio de la culpabilidad es la conciencia de lo ilícito y, en un segundo lugar, la imputabilidad (ARMIN KAUFMANN, HIRSCH, BACIGALUPO, ZUGALDÍA, OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO). Para BACIGALUPO, “Por lo general se expone previamente la capacidad de motivación en sentido estricto (la imputabilidad), pero es claro que, si un incapaz de

²¹³ *Ibidem*. cit. pág. 668.

²¹⁴ *Ibidem*. cit. págs. 669-670.

²¹⁵ *Ibidem*. cit. pág. 644.

motivarse en este sentido ni siquiera pudo conocer la desaprobación jurídico penal del acto, el análisis de su incapacidad será superfluo...”²¹⁶.

Dentro de quienes adoptan esta postura, hay quienes estiman que la imputabilidad seguiría manteniendo su independencia como categoría dogmática, aunque, para otros aquella sería un supuesto especial de error sobre la prohibición.

1.2. La Doctrina Española.

CEREZO MIR es de opinión que si bien la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, para poder afirmar que la conducta es culpable, es necesario que concurren los elementos de la reprochabilidad: el elemento intelectual y el elemento volitivo. El primero de estos elementos exige que el sujeto tenga conciencia o conocimiento actual o posible de la antijuridicidad de su conducta. Para este autor, sólo quien conoce o puede llegar a conocer la ilicitud de su comportamiento, está en condición de poder obrar de manera diferente, ajustándose a Derecho, aunque, ignore el carácter ilícito penal de su actuación. En consecuencia, “el sujeto sólo actúa culpablemente cuando conoce o puede conocer la ilicitud de su comportamiento”²¹⁷.

MIR PUIG, cree que la norma primaria-imperativa sólo tiene sentido si su destinatario puede llegar a conocerla, de forma tal que la imposibilidad de llegar a conocer la ilicitud del hecho excluiría la infracción de la norma dirigida a su autor. De esta manera, el error de prohibición invencible impediría la imputación de la antijuridicidad, situación que puede ser originada por una causal de inimputabilidad, lo cual, excluiría la infracción personal de la norma primaria-imperativa. Por otro lado, para este autor, la responsabilidad penal supone un sujeto idóneo que haya podido acceder a la norma en un contexto de normalidad motivacional²¹⁸. Además, reconoce que para la doctrina de manera uniforme es preciso para configurar la responsabilidad penal del sujeto que éste supiera o pudiese haber sabido que su comportamiento estaba prohibido por la ley²¹⁹. “Si el Derecho penal se justifica por la función de protección de bienes jurídicos a través de la motivación de la norma –lo que estimo necesario en un Estado social y democrático de Derecho-, sólo puede prohibir

²¹⁶ BACIGALUPO, E. *Derecho Penal. P. G.*...op. cit. pág. 425; en igual sentido, ZUGALDÍA, J. M. *Derecho Penal. P. G.*...op. cit., pág. 607.

²¹⁷ CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal español. P. G. T. III*,...op. cit., pág. 114.

²¹⁸ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. P. G.*...op. cit., pág. 543.

²¹⁹ *Ibidem*. cit., pág. 552.

aquellos comportamientos que puedan evitarse mediante la motivación...Si el sujeto no puede saber que su acción va a lesionar un bien amparado por el Derecho ¿cómo podrá sentirse motivado a evitar dicha acción por la norma penal, si no puede ser motivado por ella? Y si la norma no puede motivarlo no tiene sentido que lo intente prohibiéndole el hecho”²²⁰.

Según QUINTERO, la teoría del delito como la pena se construye sobre la idea de que el hombre decide libremente entre lo justo y lo injusto “opción que entraña el previo conocimiento de uno u otro, no hay otro remedio que dar por demostrado ese conocimiento”. “Además, sólo porque el conocimiento es requisito, puede a veces tener efectos el error de prohibición”²²¹. Para este autor, el sistema penal puede afirmar el conocimiento del Derecho sobre la base del <<conocimiento del hombre medio>> “rasando en ese nivel a todos, a pesar de que el reo no sea ese <<hombre medio ideal>>. Del mismo modo, el error será también el que <<hubiera sufrido cualquier hombre>> (error inevitable) o el que << cualquier hombre medianamente diligente hubiera podido evitar>> (error evitable)²²². Admite QUINTERO que es perfectamente factible establecer que el conocimiento no existe ni <<en general>>, ni <<en particular>> referido al autor concreto.

Para este autor el error de prohibición se refiere a “la valoración de la conducta frente al ordenamiento jurídico en su totalidad, comprendiendo tanto el error sobre la significación antijurídica general del hecho, como el error sobre la personal legitimación del autor para llevarlo a cabo”²²³.

MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN adscriben a que el conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido, es un elemento que integra la culpabilidad. La norma penal sólo puede motivar al individuo en la medida en que este pueda conocer, a grandes rasgos, el contenido de sus prohibiciones. “Si el sujeto no sabe que su hacer está prohibido, no tiene ninguna razón para abstenerse de su realización; la norma no le motiva y su infracción, si bien es típica y antijurídica, no puede atribuírsele a título de culpabilidad”²²⁴.

A su juicio, la realización dolosa de un tipo penal casi siempre va acompañada de la conciencia de que se hace algo prohibido, tanto más cuanto el bien jurídico, protegido en el

²²⁰ *Ibidem*. cit. pág. 559.

²²¹ QUINTERO, G. *Parte General del Derecho Penal...* op. cit., pág. 431.

²²² *Ibidem*. cit. pág. 432.

²²³ *Ibidem*. cit. pág. 451.

²²⁴ MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. P. G...* op. cit., pág. 358.

tipo en cuestión, sea uno de esos fundamentales para la convivencia y en cuya protección tiene su razón de ser el Derecho penal. De ahí que en la práctica, el conocimiento de la antijuridicidad no plantee demasiados problemas y se parta de su existencia en el autor de un hecho típico, no justificado, que sea imputable.

Este conocimiento de la antijuridicidad no es necesario, sin embargo, que vaya referido al contenido exacto del precepto penal infringido o a la penalidad concreta del hecho; basta con que “el autor tenga motivos suficientes para saber que el hecho cometido está jurídicamente prohibido y que es contrario a las normas más elementales que rigen la convivencia”...no es necesario que el autor deba tener al momento de perpetrar el hecho delictivo una conciencia exacta que su hacer está prohibido; es suficiente con que, de acuerdo con su formación, nivel cultural, etc., se represente dicha ilicitud como posible y, a pesar de ello, actúe. Si el sujeto desconoce la antijuridicidad de su hacer, actúa entonces en error de prohibición”²²⁵.

Según GÓMEZ BENÍTEZ, establecida la imputabilidad del sujeto no procede preguntarse sobre si actuó dolosa o imprudentemente y, en consecuencia, sobre si conoció o no la antijuridicidad del hecho en el momento de realizarlo, sino que ahora habrá que preguntarse sólo sobre si el sujeto “podía haber conocido” la antijuridicidad del hecho, o no. De esta forma, la condición para poder emitir el juicio de reproche o culpabilidad es – además de la imputabilidad- el conocimiento potencial de la antijuridicidad. “Las consecuencias inmediatas de ello son: i. no hay culpabilidad si el sujeto, no sólo desconoció la antijuridicidad del hecho que realizaba (error de prohibición), sino que tampoco podía haberla conocido (error invencible o inevitable de prohibición), y ii. por el contrario, hay culpabilidad tanto si el sujeto conoció la antijuridicidad de lo que hacía, como si la desconoció pero pudo haberla conocido (error vencible o evitable de prohibición). En este último caso hay culpabilidad aunque disminuida: el error vencible de prohibición es una causa de disminución de la culpabilidad y, en consecuencia, de atenuación”²²⁶.

Para BUSTOS, no puede sostenerse dentro de la teoría del delito que haya un conocimiento actual del injusto, pues tal afirmación llevaría a una ficción en la mayoría de los casos o a una presunción de su existencia. “La conciencia del injusto ha de tener un

²²⁵ *Ibidem.* cit., pág. 382.

²²⁶ GÓMEZ BENÍTEZ. *Teoría jurídica del delito...* op. cit., pág. 486.

contenido completamente diferente al conocimiento del dolo, ya que no hay un punto de relación entre sus estructuras y objeto de referencia”²²⁷.

Establecida la imputabilidad del autor, la que supone, la incompatibilidad de la conciencia social del sujeto en su obrar en contra del ordenamiento jurídico, procede determinar si tal incompatibilidad general, permite en el caso concreto, conforme a las capacidades del sujeto, la posibilidad de exigirle la conciencia de los valores que configuran el injusto concreto²²⁸.

“En definitiva, entonces la conciencia del injusto es la del injusto realizado. Es decir, hay que partir de la situación concreta producida (el injusto realizado) y sobre la base ya de la imputabilidad del sujeto, el derecho podría exigir al sujeto una determinada comprensión del injusto. Ahora bien, la conciencia del injusto en cuanto es conciencia exigible es totalmente graduable, conforme a las circunstancias de cada caso concreto”²²⁹.

A juicio de MAQUEDA, la imputabilidad es la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión. Por otra parte estima, al igual que la doctrina dominante, que la afirmación de inimputabilidad no puede ir referida a cualquier delito en abstracto sino que debe guardar relación con la infracción concretamente realizada, pues respecto de ella debe ponderarse la capacidad de comprensión y de autoconducción del autor”. “...culpable es el autor que ha podido actuar de otro modo por haber sido accesible al mandato normativo...Dicho de otro modo: culpable es el autor que ha podido comportarse con arreglo a Derecho y no lo ha hecho a pesar de haber sido accesible al mandato normativo”*. “La primera condición de la posibilidad de motivarse por el Derecho (penal) es que el autor haya tenido la posibilidad de conocer la desaprobación jurídico-penal del hecho cometido (conciencia potencial de la ilicitud del hecho): esto significa que para ser culpable el sujeto ha de haber tenido la posibilidad de saber que lo que hacía no estaba jurídicamente permitido, sino prohibido, esto es, que constituía un ilícito, una acción prohibida y no justificada. Esta posibilidad desaparece –y queda excluida la culpabilidad– cuando el autor actúa con error de prohibición invencible (art. 14, 3CP)”²³⁰.

²²⁷ BUSTOS, J. *Manual de derecho penal*....op. cit., pág. 335.

²²⁸ *Ibidem*. cit., pág. 336.

²²⁹ *Ibidem*. cit., pág. 336.

* A nuestro entender, entre “haber podido comportarse conforme a Derecho” y “no haberlo hecho a pesar de haber sido accesible al mandato normativo”, existe un nexo ontológico tácito o implícito: un acto voluntario-libre.

²³⁰ MAQUEDA, M. L. “La culpabilidad (II) en Derecho Penal”. En *Derecho Penal*. P. G. ZUGALDÍA, J. M.

A juicio del autor de esta tesis doctoral, ni la doctrina alemana ni la española han explicitado el contenido, sentido y alcance de la dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad. Se han limitado a señalar que ella implica la “comprensión de lo ilícito del hecho”, aunque, sin precisar el nivel o profundidad de dicha comprensión. Si bien postulan diversos alcances o proyecciones (v.gr. conciencia que el hecho es contrario a las normas sociales, que es ilegal o que tiene implicancia jurídico-penal), la idea común compartida por todos es que la imputabilidad siempre está referida al hecho (delictivo) concreto, aunque, no se precisa el alcance de esta afirmación.

Si tenemos a la vista expresiones tales como, “la incapacidad de comprensión y de inhibición no se han de constatar en abstracto, sino siempre sólo respecto de la concreta realización típica” (ROXIN); “No existe una incapacidad de imputabilidad genérica, que simplemente excluya las facultades de comprensión y de dirección, sin referencia concreta alguna”; “La conciencia de lo ilícito, en tal sentido, debe estar “referida al tipo” (BGH 10,35); estos es, que el autor esté en situación de reconocer como ilícito la específica violación del bien jurídico que abarca el respectivo tipo penal (BGH 15, 383, y BGH VRS, vol. 39, 96)” (MAURACH); “lo específico de la imputabilidad hoy, se suele exigir, que el sujeto que ha realizado un comportamiento humano (con consciencia y voluntad) antijurídico, sea incapaz de comprender este significado antijurídico del mismo... no puede percatarse suficientemente de que el hecho que realiza se halla prohibido por el Derecho.” (MIR PUIG); “capacidad de valorar y comprender la ilicitud del hecho realizado...” (COBO del ROSAL y VIVES ANTÓN); o bien “el autor haya podido comprender la desaprobación jurídico-penal del hecho...” (BACIGALUPO).

Son pocos los autores españoles que relacionan la dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad con la conciencia de lo ilícito. A modo de ejemplo, CUELLO CONTRERAS señala que de los términos empleados por el legislador en el art. 20.1 y 2, la inimputabilidad de la persona adulta requiere que se compruebe la base biológica (patológica) de la misma: la "alteración o anomalía psíquica..."la alteración de la percepción desde el nacimiento o la infancia" con menoscabo de la "conciencia de la realidad"; y que esa anormalidad llegue hasta el punto de que quien la sufra "no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión" en el momento de cometer el delito²³¹..."comprobado el aspecto biológico de la inimputabilidad,..., debe comprobarse - en el bien entendido de que

(direc.) op. cit, págs. 627 y 629.

²³¹ CUELLO CONTRERAS, J. *El Derecho Penal español...* op. cit., pág. 989.

no se trata de que la enfermedad cause la incapacidad sino de que ambos son aspectos del mismo fenómeno psíquico de la incapacidad de culpabilidad -el aspecto normativo, es decir, si el autor tuvo: 1) capacidad de conocer el significado del hecho ilícito realizado, y 2) de actuar conforme a esa comprensión de sentido..."Esta incapacidad de comprender, sus efectos, es la misma que la que determina el error de prohibición, es decir, una no referida a los hechos típicos (el inimputable conoce y quiere realizar el tipo delictivo) sino al significado valorativo que esos hechos tienen y que han llevado al legislador y a la sociedad a amenazarlos con pena. La diferencia con el error de prohibición estriba en que mientras allí la falta de comprensión se basa sólo en el desconocimiento (quien desconoce la prohibición no puede conocer su significado: si no sé que en el país al que me he desplazado mirar de frente es muy grave no puedo comprender el significado que allí tiene mirar así), aquí se basa precisamente en la alteración psíquica (base biológica) que se sufre, es decir, una que, por más que se informe de la prohibición al sujeto, éste no está en condiciones de comprender ni de motivarse por ella...dada la diversidad de comportamientos desaprobados penalmente, no cabe hablar de una inimputabilidad en abstracto para todo tipo de delitos, sino que habrá de comprobarse en concreto, para cada delito,..."²³².

El autor en examen adhiere al criterio objetivo del hombre medio para establecer la inimputabilidad: "el juez a quien corresponde el juicio de inimputabilidad, se coloque en el lugar del sujeto que padece la anomalía (con la información que le proporcione la Psiquiatría sobre sus capacidades de motivación) y valore cuál habría sido la reacción del hombre medio ante semejantes condicionamientos.- De esta forma se dispone de un criterio a la vez individual* y objetivo de valoración de la imputabilidad y además se alcanza seguridad jurídica"²³³.

CUELLO CONTRERAS deja constancia que el legislador no ha definido en la ley qué es el conocimiento de la antijuridicidad. No obstante, apoyándose en el art. 14.3 del CP sostiene que el conocimiento de la antijuridicidad es el conocimiento de "la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción", es decir, que el sujeto conozca y comprenda (art. 20.1 CP) el significado legalmente disvalioso del hecho²³⁴. En cuanto al objeto del conocimiento de la antijuridicidad, para este autor, es el comportamiento típico, "la infracción, que, como

²³² *Ibidem*. cit., pág. 1037.

* Un criterio objetivo no puede ser considerado individual, es precisamente todo lo contrario: impersonal, colectivo o social.

²³³ *Ibidem*. cit., pág. 1038.

²³⁴ *Ibidem*. cit., pág. 1084.

tal, en sus elementos constitutivos, es subsumido por el autor en la norma jurídica que lo prohíbe"²³⁵.

Para BACIGALUPO, la culpabilidad se funda en la posibilidad de conocimiento de la desaprobación jurídico-penal y en la capacidad de motivación. Si bien reconoce que para la doctrina dominante se exige que el autor haya tenido simplemente conocimiento de la antijuridicidad material del hecho cometido. No obstante, a su juicio, “la antijuridicidad material resulta insuficiente para la caracterización de la desaprobación jurídico-penal del hecho. Esta depende sustancialmente de la amenaza penal prevista para la realización del hecho punible, es decir, de su punibilidad”²³⁶.

Para el autor en estudio, el conocimiento de la desaprobación jurídico-penal no debe ser actual, es decir, darse realmente en el momento de la acción; es suficiente con que sea potencial, es decir, actualizable. De esta manera, el autor de una apropiación indebida, no debe haber pensado en el momento en que realiza dicha conducta, que es un hecho amenazado con sanción penal, sino que es suficiente con que haya podido pensar, o sea, actualizar en su conciencia el conocimiento de la punibilidad –conciencia potencial de la desaprobación²³⁷. BACIGALUPO es de opinión que la duda sobre la punibilidad –conciencia eventual de la punibilidad-, puede dar lugar a una atenuación de la gravedad de la culpabilidad. De haber carecido el autor totalmente de la conciencia de la punibilidad, el error sería inevitable²³⁸.

Por otra parte, este autor, si bien cree que en la configuración de la culpabilidad tiene prioridad el examen de la conciencia (potencial) de lo ilícito al de la imputabilidad, reconoce que “...es indudable la necesidad de una diferenciación más rigurosa de los presupuestos de la evitabilidad y de la capacidad de culpabilidad, toda vez que la inevitabilidad del error constituye un problema diferenciado, en la medida en la que se presenta cuando el autor del hecho típico y antijurídico tiene, además, capacidad de comprender la norma y de obrar según esta comprensión, es decir, cuando es imputable* y se encuentra, por lo tanto, en condiciones (psíquicas) de captar el sentido de la norma y de motivarse por ella”. “...la cuestión de la inevitabilidad del error requiere establecer qué

²³⁵ *Ibidem*. cit., pág. 1085.

²³⁶ BACIGALUPO, E. *Derecho Penal. P. G...* op. cit., pág. 425.

²³⁷ *Ibidem*. cit., pág. 428.

²³⁸ *Ibidem*. cit., pág. 427.

* Este factor, que el sujeto sea imputable, determina a nuestro juicio que lo primero a examinar sea la imputabilidad y no la conciencia de lo ilícito.

elementos específicos permiten su determinación con independencia de la capacidad de culpabilidad o imputabilidad en sentido estricto”²³⁹.

CARMONA SALGADO, quien se ha ocupado de la eximente del Art. 20.3º CP en diversos artículos, se ha hecho cargo y tomado postura frente a la ausencia de conocimiento de lo injusto como un hecho compartido por la inimputabilidad y el error invencible de prohibición, sobretodo porque el legislador penal español ha empleado las mismas expresiones “ilicitud del hecho” al tratar ambas instituciones (Art. 14.3 y 20. 1 y 2 del CP). Admitiendo la complejidad para delimitar el error de prohibición invencible de la eximente de alteraciones en la percepción, opta acudiendo a tres criterios primordiales: a) la causal de inimputabilidad, alteraciones en la percepción, sería una especie de antesala del error de prohibición que permitiría la descarga de la prueba acerca de la ausencia de conocimiento del injusto; b) la presencia en el sujeto de una causa específica -biológica- que ocasione una alteración en la percepción determinante de si, a priori, es o no apto para conocer el carácter ilícito de su actuación, dependiendo de lo cual, se configuraría una causal de inimputabilidad o un error de prohibición; c) en el distinto tratamiento jurídico según la causal que se configure. Si el de inimputabilidad, exención de responsabilidad penal y eventual aplicación de una medida de seguridad educativa; en cambio, si concurre un error invencible de prohibición, habría exención sin medida alguna²⁴⁰.

A esta altura, puedo llegar a la conclusión que para la doctrina alemana y española, de manera unánime, la comprensión de lo ilícito está referida al hecho típico concreto protagonizado por el autor, lo que nos parece algo absolutamente razonable. De las expresiones empleadas por los autores, pareciera que la dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad, que el legislador penal presume implica que el autor puede reconocer el carácter ilegal o antijurídico de la conducta típica concreta ejecutada. Si esto es así, surge la pregunta: ¿cuál es la diferencia entre la dimensión valorativa de la imputabilidad con la conciencia de lo ilícito como segundo elemento de la culpabilidad? Interrogante que dejaremos pendiente para examinar, a continuación, lo que la doctrina y jurisprudencia ha sostenido al tratar de la conciencia de lo ilícito.

* Esta afirmación, a nuestro entender, invalida la pretensión que suscribe este autor en el sentido que el primer elemento a examinar en la culpabilidad es la posibilidad de conciencia de lo ilícito y no la imputabilidad.

²³⁹ *Ibidem*. cit., pág. 438.

²⁴⁰ CARMONA SALGADO, Concepción. “Artículo 20.3 CP”. En: *Comentarios al Código Penal*, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, T. II (Artículos 19 a 23). EDERSA, 1999, págs. 292-293.

Si como creemos entender que para la doctrina dominante la conciencia de lo ilícito como elemento de la imputabilidad y como elemento independiente de la culpabilidad siempre está referida al hecho concreto, entendemos que quienes como HIRSCH, ante una duplicidad no confesada de dicho factor, postule disolver la imputabilidad en los dos elementos restantes de la culpabilidad (conocimiento de la ilicitud y exigibilidad).

2. La Conciencia de lo Ilícito en un Derecho Penal Democrático.

Hace más de medio siglo CORDOBA RODA planteaba que el conocimiento de la antijuridicidad se encontraba ligado, entre otros factores, a la concepción de culpabilidad que se siguiera²⁴¹. Hoy en día, el estudio del elemento cognoscitivo de la culpabilidad debe considerar no solo un análisis desde una perspectiva ius-filosófica y normativa, como se ha hecho tradicionalmente, sino, además, debe ir acompañada de una revisión del estado actual del conocimiento científico sobre las bases del comportamiento humano.

Son los rasgos estructurales de la sociedad actual, globalizada, conformada por valores morales, sociales y jurídicos distintos que promueve el respeto a los derechos humanos, los que condicionan la intervención penal, sometiéndola a un proceso constante de racionalización y reformulación que permita fundamentar su intervención en razón de mínimos compartidos por los distintos sistemas valorativos. Así, el éxito del Derecho penal dependerá de la capacidad de racionalización y explicación del propio sistema, esfuerzo que lo llevara a alcanzar su máximo significado como medio de control social. De este modo las propuestas de corte puramente iusnaturalista no facilitan el entendimiento entre sistemas valorativos distintos, debido a lo cual en España se ha sometido al Derecho penal al sistema valorativo contenido en la Constitución.

Se plantea entonces que el Derecho penal, como conjunto de normas, tiene un fin regulativo de conductas, finalidad que se alcanza por medio de dos tipos de normas. Por una parte por medio de las “normas primarias”, realizadas mediante el establecimiento de reglas de conducta, las cuales tienen como destinatario al ciudadano y a una virtualidad procesal ex – ante y cuya finalidad es preventiva. Y, por otra parte, están las “normas secundarias”, realizadas mediante el establecimiento de un conjunto de normas jurídicas, cuyo destinatario

²⁴¹ CORDOBA RODA, Juan. *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*. Barcelona, 1962, pág.11.

es el sistema judicial representado por el juez y cuya finalidad es limitar el *ius puniendi*, estableciendo cauces de acción obligatorios para exigir responsabilidad penal al ciudadano.

El modelo de hombre destinatario de la norma penal que corresponde a actual sociedad, se caracteriza por poner a éste en una sociedad democrática y por construirse sobre el mutuo reconocimiento constituyente de la subjetividad y de la autonomía.

La exigibilidad, que se expresa en la facultad que tiene el Estado para exigir al destinatario de la norma la realización de la conducta ajustada a valor, sentido o Derecho, sería el fundamento normativo de la culpabilidad, el que a su vez se basa, necesariamente, en la capacidad del ser humano de poder actuar de manera diferente a como lo hizo: fundamento material de la culpabilidad. Así mismo, las causas de exclusión de culpabilidad corresponden al reconocimiento legal de la inexigibilidad de una conducta en el caso concreto. De este modo se hace imprescindible para imponer una pena, el constatar si la conducta era exigible, no solo por razones coercitivas sino también por razones de legitimidad normativa. De este modo aceptar solo las primeras razones, la mera coerción, podría ocultar pretensiones autoritarias haciéndose necesario también para que una conducta sea exigible, que el mandato que la ordena no transgreda los límites del modelo de hombre ya propuesto, siendo así inexigible, por ejemplo, una conducta que atente contra la integridad moral del sujeto.

De este modo, se busca construir un concepto jurídico - penal de integridad moral que parta desde nuestra tradición filosófico - jurídica, entendiendo a la moral como un “sistema de ordenación de conductas calificadas como buenas en relación a unos valores predeterminados” y a la moral individual como “la que rige el comportamiento individual en función de un sistema propio de valores”. Esta última es la que rige el propio comportamiento y constituye el contenido material de la autonomía personal la cual, es por supuesto, respetada por el Derecho penal. Importa este concepto pues hacen alusión a él tanto la Constitución como el CP. español²⁴² y fundamentan así el llamado “ámbito de relaciones libre en Derecho”, ilustrado tradicionalmente bajo el llamado principio de prohibición por el cual se dice que “todo lo que no está prohibido expresamente, está permitido”. La protección a la integridad moral supone entonces el no sancionar a quien rige sus conductas en el ámbito de sus competencias, es decir, no se va a forzar al ciudadano a pasar a llevar los principios valorativos y morales sobre lo que se asienta su modelo moral

²⁴² Artículos 15 y 173 respectivamente.

de conducta y sobre los que ha construido su propia personalidad, en aquellos ámbitos en los que se le reconoce capacidad autonormativa.

Exculpar una conducta en razón de la competencia, como se ejemplificó anteriormente, es solo una de las formas de establecer un límite a la extensión del ius puniendi en base a la inexigibilidad. Además es posible hacerlo, aun en ámbitos de competencia del ius puniendi, cuando nos encontremos ante conductas que atenten contra el “principio de respeto a la dignidad de la persona”. Más aún, es posible en ámbitos de competencia del ius puniendi y donde el mandato es respetuoso de la dignidad de la persona, cuando se lesione de forma grave el “principio de igualdad ante la Ley”, lo que tendrá lugar cuando el destinatario de la norma no se encuentra en la situación de referencia paradigmática a la que va dirigida ésta.

Históricamente el concepto surge con la teoría neo-clásica del delito como elemento común al dolo y la imprudencia, los que eran hasta entonces para la teoría clásica los únicos elementos que conformaban la culpabilidad. Pasa así a constituir la conciencia de lo injusto el elemento central de la culpabilidad. En España su aceptación es gradual, se negaba en principio la eficacia exculpante a la ignorancia de la ley lo que fue progresivamente cambiando hasta su aceptación completa en los años 60 de mano de las corrientes finalistas y su introducción legal con la reforma del CP. español de 1983.

Distinta es la situación histórica de la discusión sobre la presunción del conocimiento del Derecho (el llamado error iuris nocet), cuestión menos tratada y no solucionada a nivel legal, aunque, objeto de una constante preocupación que se expresa en la constante búsqueda de formulas que permitan legitimar la correspondiente presunción de conocimiento.

Para efectos de análisis posteriores es factible distinguir, siguiendo a DE LA CUESTA AGUADO, entre “normas”, “proposiciones normativas” y “enunciado jurídico”. Las normas son enunciados prescriptivos cuya función es ordenar una conducta (como ya vimos anteriormente, podían ser normas primarias – “no mates” – o normas secundarias – si matas a otro irás a la cárcel entre 10 a 15 años -). Las proposiciones normativas, en cambio, son enunciados descriptivos cuya función es informar sobre una norma determinada (“cuando una persona mate a otro el juez le impondrá una pena de cárcel de 10 a 15 años), y el

enunciado jurídico, en cambio, es la proposición jurídica puesta en el lenguaje (“el que mate a otro será castigado como homicida con la pena de presidio entre 10 a 15 años”²⁴³).

Las normas jurídicas (en cuanto tales, como enunciados o como proposiciones normativas) buscan siempre ser aceptadas por sus destinatarios erigiéndose como una razón excluyente para la acción. De este modo la admisión del error de prohibición (en cuanto negación del conocimiento de la antijuridicidad del hecho) va acompañado siempre del debate en torno a la manutención de la validez de la norma, de modo tal que se puede argumentar que la admisión del error de prohibición implicaría quebrar la confianza en el Derecho y la validez de la norma²⁴⁴. Sin embargo, en los hechos, el reconocimiento de la inexigibilidad de la fidelidad a la norma en determinadas circunstancias no ha significado nunca un quiebre importante del sistema penal ni social. Muy por el contrario, el reconocimiento de hipótesis excepcionales a la norma “refuerza la vigencia del mandato normativo frente a los restantes supuestos así como la legitimación de la propia norma como consecuencia de la racionalidad y humanidad del sistema jurídico”²⁴⁵.

De este modo y en el contexto del modelo de sistema jurídico penal al cual se ha adscrito, esto es, uno basado en la racionalidad del Derecho penal como sistema de control social y ordenación de conductas, insertado en un sistema democrático y ordenador de la sociedad, es posible derivar del conocimiento de la norma jurídica la fuerza coercitiva de esta, y no tan solo de la coacción o amenaza de la pena. Ello, debido a que de este conocimiento se deriva el reconocimiento que hace el destinatario de la norma sobre el órgano emisor y la racionalidad de su actuación.

Hoy en día HRUSCHKA reformula lo que ya en el siglo XVII planteara SUAREZ²⁴⁶ en el sentido de que “la exculpación del autor que desconoce la antijuridicidad de su comportamiento se corresponde con *ignoratum nulla est imputatio*” del primer nivel de imputación. Ciertamente el autor que obra en error de prohibición o de prescripción comete

²⁴³ DE LA CUESTA AGUADO, P. M. *Conocimiento de la ilicitud...* op. cit., pág. 39.

²⁴⁴ JAKOBS, G. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Civitas Ed, Reimpresión 2000, Madrid, págs 59 y ss.

²⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Factibilidad y validez*. Traducción de M. Jiménez Redondo, Madrid, 1998, pág. 95.

²⁴⁶ SUÁREZ. “De legibus” Tomo I. En *Corpus hispanorum de pace*. Madrid, 1972, pág. 38; citado en DE LA CUESTA AGUADO, P. M. *Conocimiento de la ilicitud. Aproximación al conocimiento de la antijuridicidad del hecho desde las teorías psicológicas del pensamiento intuitivo*. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”, N° 35, Dykinson, 2007, pág. 44.

un hecho antijurídico, sin embargo no tiene ningún motivo para obrar conforme a deber, puesto que no conoce la regla de comportamiento pertinente”²⁴⁷.

Así el problema del reconocimiento del poder exculpante del no conocimiento del injusto no se sitúa en el ámbito de la validez del Derecho penal ni tampoco de la validez de la norma jurídica, tampoco es un problema de legitimidad ni de crisis de antijuridicidad material, el asunto se centra más bien en el ámbito subjetivo del destinatario de la norma.

En este último sentido se hace importante recordar, como ya venía anunciando, que una de las posibles hipótesis de inexigibilidad tiene lugar por pasar a llevar el principio de igualdad. En este sentido solo podría exigirse un comportamiento acorde a la norma de conducta jurídico-penalmente impuesta, al destinatario de la norma que se encuentre en una posición jurídica de igualdad respecto al modelo ideal de destinatario. Es a la luz de este principio que se hace relevante el conocimiento de lo injusto, pues es evidente que no se encuentra en la misma posición, de cara al mandato normativo, quien lo conoce respecto de quien lo desconoce. Sin embargo la efectividad del principio de igualdad requiere de dos requisitos copulativos, i) un alto grado de abstracción de la regla que fundamenta el trato desigual, para evitar particularismos derivados de características personales y ii) que el criterio de discriminación y la regla que permite el trato desigual estén fundamentados.

Respecto de este último requisito se suscita el problema respecto de quien es el llamado a dar la fundamentación correspondiente. Dado que el principio de igualdad se presume (el legislador penal presume la imputabilidad y la culpabilidad penal), lo lógico es que debe argumentar en su contra quien alega la desigualdad, en este caso, quien alega el error de prohibición. Pero en materia procesal penal y en virtud del principio de presunción de inocencia todos los elementos del delito deben ser probados en definitiva y a pesar de las presunciones establecidas por el legislador penal.

3. La conciencia de lo ilícito en la jurisprudencia española.

La jurisprudencia del TS español ha distinguido entre error de prohibición directo e indirecto. El primero dice relación con el conocimiento sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa, el segundo, dice relación con el conocimiento sobre la existencia

²⁴⁷ HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*. Navarra, 2005, pág. 34.

en la ley de los presupuestos de hecho de una causal de justificación. En este sentido si bien el TS da vigencia al principio “Ignorantia iuris non excusant”, admite el error como excepción y lo aplica restrictivamente. Así, la regla general será el presumir el conocimiento de la antijuridicidad del hecho y, por tanto, quien alegue su desconocimiento deberá demostrar tanto el error, como el carácter invencible de este.

Sin embargo, esta presunción del conocimiento de la antijuridicidad, que en principio es una presunción *iuris tantum*, viene a quebrarse en los llamados “delitos internacionalmente reconocidos o comunes” o actos “mala quia prohibita”, siendo estos actos “aquellas conductas que son reconocidas en la mayoría de los sistemas morales como contrarias al orden moral” y siendo definidas estas conductas “malas in se” por el TS como “conductas definidas en el código, que agravarían o lesionan normas éticas con sede en la conciencia de todo sujeto, necesarias para la convivencia y pertenecientes al vigente contexto socio-cultural”. El quiebre viene dado porque el TS “no considera verosímil” alegar respecto de esta clase de delitos el error de prohibición, lo que convierte para esta clase de delitos la presunción en una de carácter *iuris et de iure*²⁴⁸.

Este criterio limitador del TS parece no ser adecuado, ya que es cuestionable la existencia de estas conductas “malas in se”. Ello porque la sociedad no comparte en forma unánime una única moral (no todos los ciudadanos comparten el sistema de valores constitucionalmente establecido) ni tampoco existe una interpretación unívoca de estos entre aquellos que si comparten un mismo sistema moral. Demostraría lo anterior la constatación de que, históricamente, los delitos no han permanecido inalterados y que no hay prueba alguna de que todas las personas de nuestra sociedad compartan siquiera un núcleo esencial de conductas en las que todos estén de acuerdo que son delitos.

La conciencia de la antijuridicidad, a juicio de la doctrina dominante, “existe cuando el sujeto reconoce como injusto la lesión específica del bien jurídico abarcada por el tipo aplicable”²⁴⁹, es decir, que la conducta es desvalorada por el ordenamiento jurídico en su conjunto, no siendo necesario conocer que su desvalor lo realiza el Derecho penal ni que está sancionado con una pena criminal (es decir, no es necesario conocer que la conducta es un delito en un sentido jurídico-penal).

²⁴⁸ Esta misma opción toman tanto el Estatuto de Roma. Art. 31.2 en relación al Art. 33 del mismo cuerpo legal y AMBOS, Kai. *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*. Traducción de Ezequiel Malarino, Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, Montevideo, 2005, pág. 445.

²⁴⁹ Por todos, ROXIN, C. *Derecho Penal. P. G...* op. cit., pág. 869.

Como consecuencia de lo anterior, según DE LA CUESTA AGUADO²⁵⁰, serían irrelevantes para desvirtuar la presunción iuris tantum (en los delitos formales) las siguientes circunstancias:

i. “La duda sobre la antijuridicidad. Si el autor tenía dudas acerca de la antijuridicidad del hecho, entonces actuó con conocimiento; si sospechaba que la conducta podía estar prohibida por el ordenamiento jurídico –esto es, desvalorada-, existió conocimiento (STS de 13 de diciembre de 2004, RJ 2004/1426). Todo ello valorado desde la “esfera del profano”, es decir, por quien es lego en derecho”.

ii. “El desconocimiento de que en el caso concreto existía un precepto concreto que prohibía la conducta, si se conocía vagamente la posibilidad de que otras conductas no idénticas pero si parecidas podrían estar prohibidas. Es decir, “no es necesario ningún conocimiento concreto; por el contrario basta una “vaga impresión” de antijuridicidad para negar la concurrencia de error de prohibición; vaga impresión que podría incluso llegar a convertirse en un “deber de intuición”²⁵¹.

iii. “La tolerancia de la administración con ciertas conductas delictivas que permite o incluso a veces promueve”.

iv. “Olvidar o no acordarse del carácter ilícito de una conducta, habiéndolo conocido en otro tiempo”.

v. “No conocer aquello que se supone, debió haber sabido”²⁵².

iv. “El desconocimiento de sanción penal de la conducta o, conociendo esta, no se conocía la agravante que recaía sobre esta”.

Respecto de la entidad del conocimiento, el criterio utilizado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, es el de la “valoración paralela en la esfera del profano”. Sin embargo, también hemos visto como para la jurisprudencia solo bastaba la “mera impresión o duda sobre la antijuridicidad”. A esto ha agregado la jurisprudencia que “el análisis sobre el conocimiento de la antijuridicidad ha de realizarse sobre el caso concreto; comparando las condiciones del autor con las del hombre medio, siempre que se trate de una conducta cuya

²⁵⁰ DE LA CUESTA AGUADO, P. M. *Conocimiento de la ilicitud...* op. cit., pág. 53.

²⁵¹ A ello hace referencia la ST AP Madrid (Secc. 17^ª) 574/2005 del 25 de mayo.

²⁵² En este sentido, la STS de 4 de diciembre de 1987 (RJ 1987/7797). respecto de que el conocimiento de que manejar sin patente es obvio para quien ha obtenido un permiso para conducir. Citada y criticada por DE LA CUESTA AGUADO, P.M. *Conocimiento de la ilicitud...* op. cit., pág. 54.

antijuridicidad no sea de común conocimiento”²⁵³. No obstante, me parece absolutamente contradictorio sostener que “el análisis sobre el conocimiento de la antijuridicidad ha de realizarse sobre el hecho concreto” para, a reglón seguido, sostener que “no es necesario ningún conocimiento concreto; por el contrario, basta una <<vaga impresión>> de antijuridicidad. Lo anterior es especialmente relevante si se adhiere a lo exigido por un sector importante de la doctrina que, sobre el particular, señala: “La conciencia de la antijuridicidad debe abarcar el contenido de injusto específico de la figura de delito en cuestión (BGH 15, 377 (383); BGHh vrs 65, PAG. 127)”²⁵⁴. Lo que nadie puede discutir es que para que exista la conciencia sobre lo injusto del hecho concreto, es preciso que el autor haya tenido conciencia actual, o al menos, la posibilidad de conocer la significación prohibida de la conducta típica realizada no bastando una “vaga impresión” de la misma.

Asimismo, para determinar el carácter invencible del conocimiento deben valorarse tanto circunstancias objetivas como subjetivas. Respecto de las primeras debe constatar la apariencia de legalidad de la conducta (la que no tendría lugar jamás en los “delitos comunes o internacionalmente reconocidos”) y su notoriedad. Respecto de las segundas, deben ser considerados los conocimientos personales del autor, su nivel de desarrollo personal y las pautas que rigen su entorno cultural²⁵⁵. Es precisamente este último factor: “entorno cultural” el que puede poner a prueba la relevancia del error sobre la prohibición en relación a los “delitos internacionalmente reconocidos”.

La doctrina mayoritariamente apoya la postura, según la cual, el conocimiento de la antijuridicidad debe ser considerado como el segundo elemento en la categoría de la culpabilidad. Ello considerando que la norma penal establece reglas cuya finalidad es la protección de bienes jurídicos, de valores, y esto porque al Derecho penal le interesa más que no se lesionen estos bienes jurídicos a que el sujeto actué de una manera determinada o de otra. En este contexto y, en una perspectiva puramente funcionalista, el injusto no necesita entrar a valorar si el sujeto conocía o pudo conocer la norma, sino únicamente si se lesionó o no el valor protegido. Por tanto, este conocimiento de la prohibición importaría solo para efectos de determinar responsabilidad penal, y no para la determinación del injusto.

²⁵³ En STS de 27 de febrero de 2003 (RJ 2003/302).

²⁵⁴ JESCHECK/WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal. P. G. ...op. cit.*, pág.489.

²⁵⁵ Siguiendo lo expuesto en STS de 18 de abril de 2006 (RJ 2006/411).

En esta conceptualización del delito como “esquema de imputación”, la antijuridicidad es una categoría objetiva que tiene una virtualidad significativa ex – ante como regla de conducta, en cambio, la culpabilidad es un criterio subjetivo que funciona ex – post como excusa frente a lo debido, lo cual explica que sea necesario en esta etapa del análisis si el sujeto tenía capacidad para comprender el mandato normativo y, en su caso, para adecuar a este su comportamiento.

Respecto al principio *ignorantia iuris non excusat* no es posible afirmar la irrelevancia histórica de la ignorancia en las leyes penales como argumento a favor del principio. Así lo pone de manifiesto JIMÉNEZ DE ASÚA²⁵⁶ quien en un recuento histórico muestra como el Derecho romano ya daba una serie de presupuestos donde la ignorancia del Derecho eximía de responsabilidad, como cuando se trataba de normas no derivadas del Derecho natural o como cuando las personas por su condición, no podían conocerlo (niños, rústicos, mujeres). Así mismo el Derecho histórico español, en especial en la práctica judicial del siglo XVIII se reconocía la injusticia de la pretensión de vigencia absoluta del principio. Ya en aquellos años existían detractores de la irrelevancia de la ignorancia de la ley en el ámbito penal, el principio partiría de la exigencia previa de que a nadie le está permitido ignorar las leyes, lo cual sería una presunción sin fundamento ya que la realidad es que las personas no conocen las leyes, ni siquiera los expertos en ellas las conocen todas.

Durante el siglo XX algunos quisieron seguir fundamentando el principio. De esta forma según CÓRDOBA RODA²⁵⁷, existían tres posibles fundamentos: se sustentaba en una presunción de conocimiento, o se afirmaba la obligatoriedad general del conocimiento del Derecho o se erigía como una exigencia social o política.

Hoy en día, se critica el principio actualizando argumentos ya alegados en otras épocas. Se recuerda por ejemplo que la publicación de la ley no garantiza su conocimiento debido a la complejidad del actual ordenamiento jurídico. Se señala también que, en virtud del principio de seguridad jurídica, se hace necesario conocer con certeza antes de llevar a cabo una conducta, cual es el comportamiento jurídicamente adecuado. Finalmente se plantea que el ideal ilustrado de publicar las leyes se fundamentaba en la garantía de los ciudadanos de conocer sus derechos y obligaciones anticipadamente, previo a la decisión

²⁵⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Tomo VI. Editorial Losada, Buenos Aires, 1962, págs. 363 y ss.

²⁵⁷ CÓRDOBA RODA, J. *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito...* op. cit., pág. 64.

judicial, pero de la necesidad de que el ciudadano pueda conocer sus obligaciones y derechos por anticipado no se deduce que deba conocerlos.

Sin embargo, se sigue afirmando que “el deber de informarse recae sobre todos los ciudadanos”²⁵⁸, lo cual no es otra cosa que la reafirmación del principio *ignorantia iuris non excusat*, ya que como es sabido, de todo deber surge una obligación. Ello parece reafirmarse en el artículo 6.1 del Código civil español, norma que señala que “la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento”, disposición que asentaría el principio ya mencionado con carácter general y legal. Esta disposición encontrada en el ordenamiento jurídico español y de diversos países, ha servido de base para extender la aplicabilidad de este principio a todas las ramas del ordenamiento jurídico, incluido el Derecho penal.

No obstante, algunos han dado otra interpretación a este artículo 6 del Código civil español, en el sentido de que no impondría una obligación de conocer las leyes sino que solo establecería una “presunción de conocimiento del Derecho”. El problema es que no queda clara la delimitación y se puede pensar que “presumir” el conocimiento del Derecho implica “obligar” a éste, aunque, no necesariamente debe ser así. Dado que no hay una norma que inmediatamente imponga esta obligación, queda buscarla en alguna norma derivada. Se dan dos argumentos en el sentido de la existencia de esta norma derivada. i) Que el Estado no está dispuesto a renunciar a exigir a los ciudadanos el conocimiento del Derecho penal y ii) que de no existir este deber se daría paso a supuestos de impunidad no razonables o indeseados desde una perspectiva Político-criminal.

Si se acepta, como se espera demostrar a continuación, que no existe ninguna norma formulada que imponga la obligación de conocer el Derecho penal, todavía es posible pensar que la dogmática y la jurisprudencia en su función creadora de fuentes materiales de Derecho pueden por vía interpretativa determinar la existencia de una norma en este sentido. De este modo serán los jueces, e indirectamente la doctrina, quienes determinaran el grado de conocimiento del Derecho penal que es exigible al ciudadano²⁵⁹. En este sentido se hace necesario un esfuerzo por determinar si se pueden encontrar argumentos para fundamentar este deber de conocimiento.

²⁵⁸ En este sentido, HORN. *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, Berlín, 1969, pág. 36; citado en DE LA CUESTA AGUADO, P. M. Conocimiento de la ilicitud...op. cit, pág. 66.

²⁵⁹ Así opina también MUÑOZ CONDE al afirmar que el Art. 14.3 del código penal español deja a la doctrina y la jurisprudencia la tarea de establecer los límites entre existencia de error y pleno conocimiento y los criterios de determinación de la vencibilidad del error. Ello en *El error en el derecho penal*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, op. cit., pág. 44.

Esta afirmación no es posible en razón de los siguientes argumentos. i) en el ordenamiento jurídico español las leyes que limitan derechos fundamentales, como lo es la ley penal, son materia de ley orgánica. ii) el principio de prohibición, por el cual “todo lo que no está prohibido expresamente, está permitido” en concordancia al principio de legalidad suponen que si no existe una norma que prohíba expresamente el desconocimiento de la ley penal, el ciudadano no está obligado a conocerla. iii) la norma que imponga tal prohibición debe tener rango de ley orgánica y como tal norma no existe, podemos concluir que el deber/obligación de conocer el Derecho penal no es tal.

4. Carácter de la Conciencia de lo Ilícito.

Para el Derecho penal, no existe una especial diferencia entre ignorancia y error. La primera implica ausencia total de conocimiento, en la segunda, en cambio, existiendo un conocimiento, este es parcial, fragmentado, incompleto o distorsionado. En el tratamiento de este último, la doctrina se ve en una encrucijada al mantener, como elemento de la culpabilidad, al conocimiento de la antijuridicidad del hecho, se ve obligada, para ser consecuente, en reconocer la posibilidad que el autor desconozca que existe una norma que califica su actuar como antijurídico, es decir, debe admitir la posibilidad del error de prohibición, lo que para algunos es inadmisibles pues abriría brechas de impunidad poco aceptables. Es en este sentido que el debate se centra en la doctrina en la eficacia del error de prohibición, y la determinación de la vencibilidad de éste.

La doctrina está de acuerdo en que el conocimiento debe ser actual, lo cual es distinto a exigir un conocimiento <<reflexivo>>, es decir, consciencia, bastando un conocimiento implícito, esto es un conocimiento “que de alguna forma está presente, incidiendo en el comportamiento del autor”²⁶⁰. Es cierto que este concepto de actualidad es bastante ambiguo, con lo cual busca evitar la exención de responsabilidad en casos que debería desembocar en concluir la inexistencia de la culpabilidad. Otros autores consideran que “el conocimiento de la antijuridicidad pasa a convertirse en un conocimiento potencial”²⁶¹. No se trata de averiguar si el sujeto “conocía” sino si “podía conocer”, postura

²⁶⁰ FELIP I SABORID. *Error iuris: el conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del código penal*. Ed. Atelier, Serie Mayor, Barcelona, 2000; citado en DE LA CUESTA AGUADO, P. M. *Conocimiento de la ilicitud...* op. cit., pág. 75.

²⁶¹ BACIGALUPO ZAPATER, E. “Los fundamentos de la teoría del error en el derecho penal europeo actual”. En *Estudios penales en Homenaje al Prof. Cobo del Rosal* de J.C. Carbonell Mateu, B. del Rosal Blasco, L.

que trae como consecuencia negativa el dejar prácticamente sin relevancia el error vencible de prohibición²⁶².

En los últimos años la doctrina se identifica con la idea planteada por PLATZGUMMER a través del término “co-conciencia” y, que puede ser mejor comunicada con la expresión “conciencia implícita”, para ilustrar el conocimiento necesario que, en Derecho penal, permite fundamentar la culpabilidad, cuando “el autor sin esfuerzo alguno de su memoria puede actualizar su saber inmanente sobre la antijuridicidad”²⁶³. Esto implica que se trata de un conocimiento no actual, pero actualizable, un conocimiento inmanente al sujeto que puede ser actualizado sin esfuerzo alguno de su memoria. El problema radica en que al afirmar que hubo un juicio, sobre la base de una conciencia implícita, implica afirmar una hipótesis según la cual “si el sujeto hubiera pensado aunque no lo hizo debiendo hacerlo podría haber dudado sobre si la conducta era antijurídica o no, entonces, habría conocimiento actual”²⁶⁴.

5. Naturaleza de la Conciencia de lo Ilícito en la Doctrina.

La pregunta es si el error de prohibición debemos situarlo en el plano del orden moral, social, de los principios éticos o bien si la conducta debe ser contraria al orden jurídico, incluso, más aún, si se debe exigir al sujeto tener conocimiento sobre el carácter punible de la misma.

5.1. La Conciencia de lo Ilícito como Conocimiento del Orden Moral y los Valores Sociales.

ARTHUR KAUFMANN y SCHMIDHAÜSER parten de la vinculación que hay entre Derecho y moral, consideran a la norma jurídica como un reconocimiento de la ética social y en materia de antijuridicidad sostienen que lo que debe valorarse en el caso concreto es el conocimiento que el sujeto tuvo del injusto material de su conducta y no su carácter contrario al Derecho. “Para estos autores la conciencia de la antijuridicidad supone el

Morillas Cueva, E. Orts Berenguer, M. Quintanar Díez (coor.), Madrid, 2005, pág. 45.

²⁶² MUÑOZ CONDE, F. *El error en Derecho penal*....op. cit., pág. 41.

²⁶³ *Ibidem*. cit., pág. 78.

²⁶⁴ *Ibidem*. cit., pág. 79.

conocimiento de la norma social o norma de cultura, ya que de ellas se extraen las normas penales”²⁶⁵. Bastaría con participar en un injusto material que tenga la dañosidad social suficiente como para proclamar la concurrencia de la conciencia de la antijuridicidad. El conocimiento del carácter antijurídico vendría del aprendizaje de normas de cultura durante el proceso de socialización.

Bajo este concepto de conciencia de la antijuridicidad, es en los delitos internacionalmente reconocidos (o derecho penal nuclear) donde podemos aplicarlo con mayor facilidad, en cambio, en los delitos especiales o artificiales “el carácter injusto deriva incluso de la regulación jurídica misma del comportamiento, de suerte que ante la inexistencia de un presupuesto ético o moral determinante del carácter injusto de la conducta, el legislador podría haber adoptado otra regulación diferente a la hora de determinar el contenido de lo que finalmente constituye lo injusto penal. En estos casos puede darse la circunstancia de que sin conocer la norma resulte imposible conocer el carácter ilícito del comportamiento, pudiendo afirmarse que, en definitiva, en tales supuestos, lo injusto deriva precisamente, y en exclusiva, de la misma prohibición realizada por el legislador”²⁶⁶. ARIAS EIBE sostiene que no es adecuado aplicar tratamientos diferenciados y en materia de delitos internacionalmente reconocidos o comunes exigir un conocimiento de las normas morales o sociales, y cuando de delitos artificiales se trata, referirlas al conocimiento de la norma jurídica.

El TS Español ha sostenido que en los delitos internacionalmente reconocidos la conciencia de la antijuridicidad se puede dar por concurrente, en especial en aquellos casos en los que la conducta viola preceptos fundamentales del Derecho penal, cuya vigencia es reconocida universalmente, delitos internacionalmente reconocidos que tienen una base ética y social conocida por todos.

NIETO MARTIN hace una crítica a quienes plantean la imposibilidad de aplicar el error de prohibición en los delitos comunes. Hace la reflexión de que en este caso estaríamos aplicando un Derecho penal de autor ya que la afirmación de la culpabilidad del sujeto en el caso concreto, no derivaría tanto de la culpabilidad por el hecho (ya que el sujeto no consideró el hecho, subjetivamente y de acuerdo con sus valores, inmoral) sino de una culpabilidad por no haber amoldado sus valores a los imperantes en la ética social de su

²⁶⁵ ARIAS EIBE, Manuel José. “El error en Derecho Penal en el Código de 1995”. *Cuadernos Luis Jiménez de Asúa* N°33. Ed. Dykinson, 2007, pág. 119.

²⁶⁶ ARIAS EIBE, M. J. “El error en Derecho Penal en el Código”...op. cit., pág. 120.

entorno, castigándose al sujeto más que por el hecho por su conducción de vida. En su concepto, el error de prohibición puede fácilmente encontrarse en los ciudadanos debido a las limitaciones que existen para que tomen conocimiento de las normas penales, además de su complejidad, amplitud y falta de publicidad, “el error debe ser la institución que impida que la creciente indeterminación que caracteriza al Derecho penal actual no sea un peso que recaiga sistemáticamente sobre el ciudadano”²⁶⁷.

5.2. Error, Delitos “Mala In Se” y Delitos “Mala Quia Prohibita”

Se plantea el tema del error en relación a los delitos internacionalmente reconocidos o comunes y los delitos artificiales. El TS Español ha mostrado mayor indulgencia en caso de error de prohibición cuando se trata de delitos formales o artificiales que respecto de los delitos comunes. Se da como ejemplo la STS de 7 de julio de 1987 (RJ 1987/4775) donde se admite la posibilidad de aplicar criterios distintos respecto al error de prohibición. Los delitos “mala in se” corresponderían a los delitos internacionalmente reconocidos o comunes “aquellas conductas definidas en el Código que agravan o lesionan normas éticas con sede en la conciencia de todo sujeto, necesarias para la convivencia y pertenecientes al vigente contexto socio-cultural” y los delitos “mala quia prohibita” corresponderían a los especiales o formales “ubicados en el Código o en leyes especiales, cuya razón de ser está muchas veces en criterios de oportunidad jurídica, política o social”. Una vez clara esta distinción, el Tribunal baja el umbral de exigencia en cuanto a la admisibilidad del error de prohibición en los delitos formales.

5.3. La Conciencia de lo Ilícito como Conocimiento del Ordenamiento Jurídico.

Para la doctrina dominante, debe descartarse la idea de que la conciencia de la antijuridicidad se refiere al conocimiento que puede tener un sujeto sobre su conducta, si acaso es o no contraria al orden moral o valores sociales, sino que en la antijuridicidad lo que realmente se exige es conocimiento de que la conducta es contraria al orden jurídico.

²⁶⁷ NIETO MARTIN, Adán. *El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*. Ed. Atelier Penal, Barcelona, 1999, pág. 161.

Partiendo de esa base surge la duda de si debe conocerse que la conducta es punible en un ámbito jurídico-penal o si acaso basta con saber que es contraria al orden jurídico en general.

Antes de la redacción del Art. 14.3 del CP. Español, no cabía la invocación del error de prohibición cuando el sujeto erraba en el conocimiento de la ilicitud penal de su conducta pero sí era consciente de la ilicitud general, ya que se exigía en el antiguo Art. 6 bis a) para invocar el error de prohibición “la creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente” y el término lícitamente se entendía en términos generales y no referido a la ilicitud penal. Hoy, “con la actual redacción del Art. 14.3 puede sostenerse, perfectamente, que el error sobre la ilicitud penal del hecho –aun cuando el sujeto creyera en su ilicitud civil o administrativa- es lo que en definitiva determina el error de prohibición”²⁶⁸.

5.4. Concurso de Error de Prohibición e Inimputabilidad.

La relación existente entre el error de prohibición invencible y la inimputabilidad es “... una situación tal en la que el sujeto es incapaz de motivarse por la norma, lo que debe determinar la exclusión de la culpabilidad”²⁶⁹. En caso de que concurren ambas situaciones se plantea la interrogante acerca de cuál debiera ser el tratamiento que se debe dar al sujeto. Para ARMIN KAUFMANN no cabe una doble afectación atenuatoria o exculpatoria en caso de concurso ya que, en ambos casos, lo que se compromete es la capacidad de motivación por la norma. Para RUDOLPHI no es posible equiparar el error de prohibición con los casos de inimputabilidad que contempla el legislador ya que estos casos están expresamente previstos. A diferencia de KAUFMANN, no ve inconvenientes en admitir una doble atenuación en caso de que concorra una situación de semi-imputabilidad y un error vencible de prohibición, ya que son supuestos diferentes de afectación de la culpabilidad. Si la causa del error es una afectación a la imputabilidad del sujeto, no cabría la doble atenuación porque proviene de la misma circunstancia. Ahora, si un semi-imputable incurre en error por otros motivos, independientes de su causa de imputabilidad, no tiene problemas para aceptar la doble atenuación.

²⁶⁸ ARIAS EIBE, M. J. “El error en Derecho Penal en el Código”...op. cit., pág.135.

²⁶⁹ *Ibidem.* cit., pág.117.

5.5. *El Error de Prohibición y el artículo 14.3 del Código Penal.*

Corresponde realizar una revisión de las excepciones al principio de obligatoriedad o de presunción de conocimiento del Derecho, es decir, del ámbito de aplicación de art. 14.3 del CP. español²⁷⁰. En este sentido el problema gravita sobre la extensión de los conceptos de “ilicitud” y “vencibilidad”.

Sobre el término “ilicitud” y su conocimiento hemos señalado 3 grandes posiciones doctrinarias: i) supone conocer los valores esenciales del orden social ii) implica conocer el carácter de antijurídico o ilegal del actuar y iii) exige conocer el carácter antijurídico-penal del actuar.

En general la doctrina no está de acuerdo si “ilicitud” y “antijuridicidad” son términos convertibles, aunque, admitir que lo son sería la postura más acorde con los principios sistemáticos de la teoría del delito. En consecuencia, el error debiera de versar “sobre el carácter antijurídico de la conducta realizada, según el criterio de la valoración en la esfera del profano”²⁷¹. Este criterio es muy criticado puesto que “es arriesgado, de hecho, afirmar que la valoración en la esfera del profano pueda dar lugar a un juicio similar al realizado por el profano. Y es muy difícil porque el desconocimiento de las estructuras dogmáticas del Derecho penal y de las normas jurídicas y su forma de relacionarse, e incluso de los mandatos dirigidos al ciudadano es tan extensa que, de hecho, una valoración en la esfera del “profano real” podría dar lugar al desconocimiento de la antijuridicidad del hecho en gran cantidad de supuestos”²⁷².

Respecto de la “vencibilidad” del error, el examen de esta es consecuencia natural de la admisión del error, y la ampliación de los límites de este responde a permitir la atenuación de la pena cuando se ha actuado con culpa iuris. Sin embargo ya se demostró la inexistencia de un deber genérico de informarse sobre el Derecho. Como hemos visto es en base a este “supuesto deber” que la doctrina y la jurisprudencia construyen las categorías de “conocimiento de la antijuridicidad del hecho” y de “error de prohibición”.

²⁷⁰ Art. 14.3: “El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible. se aplicara la pena inferior en uno o dos grados”.

²⁷¹ MUÑOZ CONDE, F. *El error en Derecho penal...* op.cit., pág. 46.

²⁷² DE LA CUESTA AGUADO, P. M. *Conocimiento de la ilicitud...* cit. op., pág. 82.

6. Fundamento bio-psico-social de la Conciencia de lo Ilícito.

Las siguientes líneas se abocan a presentar una nueva forma de fundamentar ambas categorías, reconstruyéndolas, (dado que son necesarias para emitir el juicio de culpabilidad sobre un sujeto) desde una perspectiva neurobiológica y psicológica y revisando luego el procedimiento normativo de atribución de responsabilidad penal en función de este conocimiento. Hoy en día, si queremos hacer un estudio completo sobre la conciencia de lo injusto, debemos atender al proceso bio-psico-social que ella supone y considerar los siguientes factores:

6.1. La Culpabilidad y el Proceso de Toma de Decisiones.

La culpabilidad es el momento dogmático de valoración jurídica de las circunstancias personales en las que se tomó la decisión de actuar, en esta se cuestiona la forma y el proceso subjetivo en que se toma la decisión. Un primer momento de análisis supone constatar la capacidad del sujeto cuya decisión es cuestionada, a fin de determinar si este tiene o no capacidad de tomar decisiones jurídico-penalmente relevantes. Constatado esto, cabe preguntarse, en un segundo momento, si el sujeto sabía que su comportamiento no se adecuaría a la regla de conducta impuesta por la norma penal y si conocía, al momento de tomar la decisión, cómo debía comportarse. Son estas cuestiones las que constituyen básicamente el problema del “conocimiento de la antijuridicidad del hecho” y de analizar si la decisión que dio lugar al comportamiento fue adoptada a partir de un conocimiento adecuado de la norma jurídica.

El tema del libre albedrío es recurrente en materia de culpabilidad. Hoy en día a este debate se incorporan las aportaciones hechas en el conocimiento del “proceso de toma de decisiones” en la relación mente – cerebro – conducta, desarrollado por los descubrimientos en la conexión entre el lenguaje y ciertas regiones del hemisferio izquierdo cerebral. Sin embargo en esta oportunidad, queremos revisar los datos aportados por las ciencias experimentales en torno al conocimiento humano, su incidencia en la toma de decisiones y su relación con el conocimiento de la antijuridicidad del hecho.

En efecto, el comportamiento humano es fruto de una decisión humana de actuar, en consecuencia, el juicio de imputación subjetivo no implica solo que una persona haya “conocido y querido” realizar el hecho típico, sino que también implica que “el autor tomó

la decisión de actuar y ejecutar su decisión sabiendo y queriendo ejecutar un tipo. La cuestión debatida respecto al conocimiento de la antijuridicidad del hecho no es solo si se conocía el injusto sino si ese conocimiento tuvo incidencia, y en qué medida la tuvo, en la decisión adoptada. Es decir, conocer el injusto es solo un elemento de la decisión de actuar antijurídicamente. Es en este contexto que se hace relevante revisar como se produce el proceso de toma de decisiones humanas.

6.2. El Factor Tiempo en la Toma de Decisiones y las aportaciones de Libet.

Desde una visión clásica, las personas al enfrentarse a una toma de decisión compleja valoran todas las posibles perspectivas y consecuencias y, muy especialmente, las prescripciones normativas implicadas, las consecuencias jurídicas que de ello se derivan y, finalmente, siguiendo un cálculo utilitario de su mayor beneficio, adoptarán una decisión. Este es el modelo paradigmático del cual parten la doctrina y los tribunales penales para atribuir responsabilidad penal, presupuesto que, a juicio de un sector de la doctrina, será puesto en tela de juicio en las siguientes líneas.

La persona que debe adoptar una decisión que implica un comportamiento delictivo está ante el dilema de tener que valorar, en algunos casos en breves periodos de tiempo, una compleja multitud de factores. El problema radica en que incluso la más rápida de las decisiones adoptadas en una situación compleja, requiere tiempo y desde esta constatación surge la primera crítica al modelo de hombre racional clásico la cual tiene que ver con el tiempo y con la conciencia.

LIBET²⁷³ profundiza en la importancia del tiempo como factor esencial en la conciencia. Distingue así entre “funciones mentales conscientes” y “funciones mentales inconscientes”. Las primeras son aquellas funciones que el sujeto puede controlar con su voluntad y su pensamiento racional; el sujeto “sabe” que están sucediendo, es por tanto un fenómeno subjetivo accesible solo al individuo que lo vive. Las segundas, en cambio, tienen lugar cuando la persona no tiene conciencia de un evento, dándose este fenómeno en varios niveles que van desde un estado de anestesia general hasta el llamado “estado de

²⁷³ Respecto del cual cada vez que nos refiramos a él de acá en adelante haremos referencia a su obra *Mind Time. The temporal factor in consciousness (Perspectivas in cognitive neuroscience)*. Londres. 2004.

subconsciencia”. Se ha postulado que para que una persona sea consciente de un suceso o estímulo, dicho suceso o estímulo debe durar al menos medio segundo.

LIBET postula que una reacción rápida ante una señal sensorial puede aparecer sin que el sujeto sea consciente ni siquiera de la señal. Es por ello y a partir de varias experiencias llega a afirmar que el cerebro inicia el proceso voluntario de forma inconsciente. Se ha demostrado por ejemplo que el cerebro empieza el proceso de actuación antes que el acto voluntario (alrededor de 500 milésimas de segundo antes), apareciendo la conciencia solo después del acto voluntario (alrededor de 200 milésimas de segundo después).

Estas afirmaciones tendrían, a juicio de algunos, proyección o trascendencia a nivel jurídico-penal en diversos ámbitos (acción, dolo) pues cuestiona el presupuesto de que la voluntad consciente aparece antes o junto con la actividad cerebral que conduce al acto y de que el acto voluntario es controlado por la mente consciente.

En consecuencia el aporte de LIBET consiste en cuestionar los clásicamente bien definidos perfiles entre consciencia–voluntariedad e inconsciencia-involuntariedad, ya que viene a demostrar que hay supuestos en los que el acto voluntario se inicia de forma inconsciente, lo que implica que la mente ha tomado una decisión y ha iniciado su ejecución sin que la persona sea consciente de ello y que, aun así, la decisión y su ejecución son voluntarias. No obstante, si bien lo anterior pudiere ser cierto, ello no impide que la persona, tan pronto adquiera conciencia de lo que está realizando, no pueda tener el dominio o control para frenar, modificar o acelerar el proceso causal que, a partir de ese instante, puede empezar a dominar.

7. Disolución de la Imputabilidad en el Error y en la Inexigibilidad.

HIRSCH²⁷⁴ parte de entender que la culpabilidad consta de dos elementos, el intelectual, sobre el que incide el error de prohibición, y el volitivo que se ve excluido en los casos de inexigibilidad. La imputabilidad se articula respecto del error y de la exigibilidad según una relación de especialidad. De ahí que sostenga que no debería siquiera hablarse de la imputabilidad como un elemento autónomo dentro del juicio de culpabilidad.

²⁷⁴ HIRSCH, Hans Joachim. “Leipziger Kommentar. Vor §32 n.m. 187 a 189”. citado por MARTÍNEZ, L. *La imputabilidad penal: concepto,..op. cit.*, pág. 110.

Sin embargo las críticas que postula LUCÍA MARTÍNEZ parecen atendibles y, fundamentalmente, son:

i. La imputabilidad, en cuanto importe una comprensión de la ilicitud del hecho y actuar conforme a esa comprensión, en la realidad resulta muy difícil separar ambas dimensiones, porque las dos forman parte del complejo motivacional del que surge la conducta delictiva.

ii. No siempre los supuestos de inimputabilidad que afectan más directamente la dimensión intelectual encajan siempre con el concepto de error. E incluso a veces el error más bien puede configurarse como error de tipo más que de prohibición. De ahí que concluya que no todo error condicionado por la inimputabilidad es un error de prohibición, salvo que se defienda que todo error patológico, independiente del elemento del delito al que afecta prima facie, ha de ser reconducido a la culpabilidad.

iii. ¿Puede ser reconducida la inimputabilidad a un problema de inexigibilidad? Para MARTÍNEZ, depende de lo que se entienda por inexigibilidad. Para HIRSCH la inexigibilidad se debe ya sea a una apreciable disminución del injusto, y en parte a una importante disminución – pero no anulación – de la capacidad de actuar de otra forma. Sin embargo respecto a la primera razón critica su posibilidad de reconducirse, por disminución del injusto, pues la disminución del injusto no concurre en absoluto en los casos de inimputabilidad. Agrega, además, en cuanto a la capacidad para adecuarse conforme a la norma tienen su nacimiento en causas distintas. En el caso de la inimputabilidad se deben a causas endógenas del sujeto, en cambio, en los casos de inexigibilidad se debe a causas exógenas, o factores externos.

8. Posición Personal sobre Imputabilidad y Conciencia de lo Ilícito.

A esta altura, me parece relevante formular algunas interrogantes sobre el concepto de imputabilidad. Ello, sobre la base que, en la actualidad, en Derecho penal sus instituciones se encuentran en permanente revisión y discusión. Queremos dejar constancia que, en el presente trabajo, sólo tendremos en consideración las dos visiones sistemáticas dominantes: la concepción neo-causalista y la concepción finalista. Además, pretendemos

presentar y poner a prueba una visión personal que hemos postulado hace algunos años²⁷⁵ sobre la imputabilidad penal.

8.1. En Relación a la Dimensión Intelectual-Valorativa de la Imputabilidad Penal.

En un plano doctrinario, partimos del supuesto de aceptar la discriminación entre objeto de valoración y valoración del objeto postulada por DOHNA. Una cosa es la existencia real de un objeto y otra muy diferente es la apreciación, estimación o valoración que nos merezca dicho objeto v.gr. bueno o malo, bonito o feo, útil o inútil, lícito o ilícito. En un plano de orden lógico, cosa previa a toda valoración es el establecimiento y conocimiento del objeto de la valoración. Situada la distinción en el plano jurídico-penal, la valoración de una conducta como lícita o ilícita exige, de manera previa, la existencia y conocimiento del objeto sobre el que recaerá aquella; de no ser así, ¿sobre qué recaería dicha valoración? Ahora bien, el objeto de la valoración no puede ser sino el hecho (típico) conocido en forma previa. Por lo tanto, el conocimiento del hecho jurídico-penalmente relevante es el del tipo penal. A esta altura, todo pareciera indicar que, para la doctrina absolutamente dominante, el conocimiento del hecho (típico) a ser valorado como contrario a Derecho (injusto, ilícito o antijurídico) no es parte integrante de la dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad toda vez que al conceptualizarla nunca se refiere expresamente a ello (objeto de la valoración) y la restringe a la capacidad de valorar el carácter prohibido del hecho (valoración del objeto). Por ello me parece que, terminológicamente, al referirnos a los elementos o dimensiones que conforman la imputabilidad, bien como presupuesto o elemento de la culpabilidad, lo correcto es afirmar que ella posee un elemento o dimensión “intelectual-valorativa”: capacidad del titular para comprender (reconocer) la “ilicitud del hecho”, y no limitar dicha capacidad a lo meramente intelectual o cognoscitivo. En efecto, lo propio y característico de esta dimensión de la imputabilidad es ser una capacidad valorativa, capacidad de “valorar o enjuiciar un hecho como lícito o ilícito”. Especial relevancia tiene lo dispuesto expresamente por el legislador penal español (Art. 20 N° 1 y 2 CP: “...no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”).

²⁷⁵ NÁQUIRA RIVEROS, J. "Imputabilidad, conciencia de lo injusto y contexto situacional normal: de su objeto...op. cit., págs. 159 y ss.

8.2. *La Imputabilidad Penal ¿Capacidad General o Especial?*

Actualmente se sostiene, por la doctrina absolutamente dominante, que la imputabilidad no puede ser concebida como una capacidad general pues se encuentra íntimamente ligada al hecho concreto. Para esto, argumentan que es una exigencia unánimemente compartida por la doctrina que la inimputabilidad ha de ser establecida respecto de un hecho concreto cometido por el sujeto. Por ello, sostener que la imputabilidad es capacidad general, sería volver a un Derecho penal de autor. Y, como argumento de autoridad, muestran como el mismo TS y los forenses coinciden en que la imputabilidad no es una característica general de la persona que proceda apreciar en abstracto, sino que sólo puede valorarse en relación con un hecho concreto cometido.

Este es sin duda uno de los aspectos más relevantes de revisar, pues de esta dependencia al hecho concreto, se niega el carácter general de la capacidad de comprensión. Al respecto se señala que esto no sólo se deriva de la redacción legal positiva “comprensión de la ilicitud del hecho” (Art. 20 1º CP) sino que resulta obvio, pues al ser un elemento de la culpabilidad, se trata de un juicio de reproche de la conducta típica antijurídica concreta. Por lo tanto no puede desligarse de tal hecho (concreto).

A esta altura y desde nuestro personal punto de vista, es necesario hacer algunas precisiones terminológicas a fin de evitar desinteligencias en un tema, de por sí, discutido y discutible. En efecto, nos parece que toda la doctrina está “obligadamente” de acuerdo que, por decisión del legislador español, acertada o equivocada, el contenido de la imputabilidad dice relación con una cierta capacidad del sujeto para “comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”. Sobre dicha base, somos de opinión que lo correcto es afirmar que la imputabilidad estaría integrada por una dimensión “intelectual-valorativa” que le permite a su titular enjuiciar (discriminar, valorar, estimar o reconocer) lo justo de lo injusto, lo lícito de lo ilícito, lo permitido de lo prohibido, y no limitarse a señalar que dicho elemento o dimensión es algo puramente cognoscitivo o meramente intelectual como si del dolo (neutro o avalórico) se tratara. Lo propio y característico de esta dimensión de la imputabilidad es la capacidad (valorativa) que tendría el sujeto para “reconocer valorativamente” como lícito o ilícito hechos en la vida de relación. De igual manera, la dimensión volitiva o conativa de la imputabilidad, se expresa en la capacidad que toda persona normal o común y corriente posee para autodeterminarse conforme a Derecho, sentido o valor. En consecuencia, para ser imputable es preciso disponer de ambas

dimensiones (intelectual-valorativa y conativa de autodeterminación conforme a Derecho); por ello, la inimputabilidad se configurará de existir un compromiso serio o grave de cualquiera de aquellas dimensiones o de ambas.

Sobre la base de las dos dimensiones recién señaladas, es factible reflexionar con claridad el por qué es objetivamente razonable sostener que la imputabilidad es una “capacidad valorativa de carácter general”:

a) Es una capacidad “general” en el sentido que la persona la posee en forma “estable y de manera permanente” y, por ello, el legislador penal la presume de la generalidad de las personas a partir de cierta edad. En efecto, el legislador penal presume que dicha capacidad la posee toda persona que ha tenido un desarrollado bio-psico-social normal, al igual que la capacidad que toda persona posee para hablar o moverse, capacidad que existe, aunque, la persona en un momento dado no hable ni se mueva. De allí que es posible sostener que “la imputabilidad es una capacidad general que existe o no existe, independiente de si el actor actúa o no”.

Y ¿el trastorno mental transitorio? Las causales de inimputabilidad pueden basarse en una condición de naturaleza más o menos permanente (v.gr. la anomalía o alteración psíquica) o bien en un estado transitorio (v.gr. trastorno mental transitorio o un estado de intoxicación plena). El trastorno mental transitorio es, a primera vista, una causal de inimputabilidad que podría estimarse como contradictoria de la afirmación hecha en el sentido que la imputabilidad es una capacidad general que la persona posee con carácter permanente; a diferencia de aquél, que, por definición, es algo no-permanente o transitorio, razón por la cual, la existencia de una causal de inimputabilidad de carácter transitorio parecería avalar la postura que la (in)imputabilidad penal no es una capacidad general sino que está, necesariamente, referida al hecho delictivo concreto.

No obstante, una vez más, lo aparente puede ser engañoso. En efecto, la diferencia entre la anomalía o alteración psíquica y el trastorno mental transitorio, hay que situarla sobre la base de la mayor o menor temporalidad de la afección, aunque, en ambos casos, el efecto jurídico-penal sobre quien lo padece es un denominador común. El trastorno mental transitorio, en cuanto causal de inimputabilidad, se caracteriza porque quien lo vive (v.gr. un brote psicótico, una ausencia epiléptica, o un delirio celotípico), al momento de perpetrar el delito, experimenta la anulación o disminución seria o grave de la dimensión intelectual-valorativa y, por ello, no puede discriminar el disvalor nuclear o básico del hecho delictivo,

o bien dicha anulación o detrimento grave, afecta la dimensión de autodeterminación conforme a valor o sentido que dicha persona posee normalmente. Dicho en otras palabras, esta causal de inimputabilidad coincide con la anomalía o alteración psíquica en cuanto a que, en ambas, debe existir un compromiso grave de cualquiera de las dimensiones que conforman la imputabilidad, quedando anuladas (pérdida absoluta) o empobrecidas de manera tal que no logran ser suficientes (pérdida parcial) como para cumplir el cometido de cada una de ellas: discriminar el carácter injusto base del actuar o de autodeterminarse con libertad.

Dentro de la precisión terminológica y a fin de evitar malos entendidos es preciso aclarar que, a nuestro entender, si bien la imputabilidad en cuanto capacidad general se posee en un marco espacio-temporal de carácter permanente, el marco o contexto espacio-temporal en el que se configuran las causales de inimputabilidad es siempre acotado al escenario donde tuvo lugar la perpetración del hecho(s) delictivo(s) concreto o determinado. Por ello, toda vez que la culpabilidad penal siempre está referida a un hecho delictivo concreto, la inimputabilidad puede ser de carácter más o menos permanente o transitorio; en cambio, la imputabilidad, en cuanto estado o condición presumida por el legislador penal, es permanente y, por esto, de carácter general. Cuando la doctrina dominante afirma que el problema de la imputabilidad/inimputabilidad no es algo de carácter abstracto, porque la formalización o procesamiento del inculpado siempre está referido a un delito concreto, dicha afirmación es en sí correcta. En efecto, la imputabilidad es una capacidad estable; la inimputabilidad, en cambio, siempre está referida a un momento acotado en la vida del sujeto y en el que tuvo lugar el hecho delictivo. No obstante, esto último no puede llevar, necesariamente, a postular que el contenido, sentido y alcance de la dimensión valorativa de la imputabilidad sea el mismo que es preciso investigar o analizar en la conciencia de lo injusto como segundo elemento de la culpabilidad en la sistemática finalista o como integrante del dolo en la concepción neo-causalista.

b) La segunda idea y, a mi juicio, la más importante para postular que la imputabilidad es una capacidad general, dice relación con el contenido que el legislador presume en la dimensión intelectual-valorativa. Tal como ya lo he manifestado, a nuestro entender, el contenido no puede ser sino uno de carácter general: una persona imputable es capaz de reconocer, en términos generales, el carácter ilícito esencial, básico o nuclear de un comportamiento o hecho (v.gr. el apoderarse de cosas ajenas sin la voluntad del dueño es ilegal, norma que inspira a los delitos contra la propiedad o la satisfacción del impulso

sexual sin contar con el consentimiento con quien se pretende es ilegal). Sostener que el contenido presunto de la comprensión de lo injusto integrante de la dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad implica la conciencia del disvalor propio y completo del hecho típico realizado y por el que se está procesando al inculcado v.gr. apropiación indebida, acoso sexual, desórdenes públicos o un determinado delito fiscal o contra el medio ambiente, nos parece absurdo, arbitrario y carente de todo fundamento objetivo. Cosa distinta es averiguar, posteriormente, y sobre aquella base valorativa general o básica, si la persona era capaz de “reconocer una determinada modalidad de ataque al bien jurídico involucrado” (v.g. el disvalor propio y especial de la conducta constitutiva de apropiación indebida tratándose de delitos contra el patrimonio), lo cual es el contenido propio a indagar del segundo elemento de la culpabilidad (conciencia de lo injusto o del dolo, según se siga la sistemática finalista o neocausalista).

c) Si el legislador penal presume, de manera simplemente legal, la imputabilidad (y la culpabilidad) a partir de cierta edad, dicha presunción debe tener, necesariamente, un fundamento objetivo; de lo contrario, no sería razonable ni justa. ¿Se puede presumir, con fundamento objetivo, que toda persona mayor de 18 años puede “reconocer” como un hecho ilícito todos y cada uno de los delitos existentes en los diversos ámbitos de lo penal? ¿tendría fundamento objetivo si aquella presunción sólo se limitara a los abogados? No hay que olvidar que la presunción simplemente legal postulada por el legislador penal, sólo puede ser destruida acreditando alguna causal de inimputabilidad expresamente establecida. Piénsese v.gr. en algún delito especial del área laboral o tributaria y, según la visión que criticamos, la ley penal presumiría que el inculcado podía reconocer y valorar su conducta en el campo laboral o tributario como ilícita o prohibida, a no ser que pruebe v.gr. anomalía o alteración psíquica o alteración de la conciencia de la realidad.

Parece discutible concebir la imputabilidad referida siempre a un delito específico en el sentido de conciencia valorativa de una conducta típica determinada. Creemos más adecuado sostener que la imputabilidad es una condición o estado, de carácter permanente, en cuya virtud, la persona tiene una capacidad valorativa de carácter general que el legislador presume y que está referida, únicamente, al injusto material general de la norma, en el sentido de aquello que es básico, esencial o nuclear, que inspira un determinado ámbito penal (v.gr. delitos contra la vida, delitos contra la salud, delitos contra la propiedad, delitos societarios, delitos laborales o delitos tributarios). La imputabilidad, en cuanto capacidad general, implica “un ámbito de reconocimiento de lo lícito-ilícito real o efectivo”. Como una

forma de clarificar nuestra idea, permítasenos acudir a la analogía. Una persona normal, tiene v.gr. capacidad general para moverse, para oír o para ver. Pero, no nos parece razonable limitar aquellas capacidades v.gr. la de moverse, a sólo caminar (excluyendo la de saltar, bailar o trotar), la de oír, a sólo escuchar una conversación (excluyendo la de escuchar música o los sonidos de la naturaleza), la de ver, limitándola sólo percibir visualmente pájaros (excluyendo otros animales, objetos o personas). En consecuencia, lo que se puede presumir, con fundamento objetivo, es que a partir de cierta edad la persona, sobre la base de un desarrollo bio-psico-social normal, posee una capacidad para “reconocer y valorar”, en términos reales y con carácter general (global, básico, nuclear, esencial o fundamental) como prohibido o permitido aquellas conductas que quebranten cierta norma v.gr. la apropiación de bienes ajenos sin la voluntad del dueño es ilegal, norma penal que inspira todos los tipos penales de los delitos contra la propiedad, o bien, la satisfacción de la libido sexual sin el consentimiento de la persona con que se pretende es ilegal, norma que inspira los tipos penales de los delitos sexuales, etc. Este “reconocimiento valorativo” es de carácter general, básico y común a un grupo o área de delitos, razón por la que se puede presumir con fundamento real y objetivo. En consecuencia, una persona bien puede ser imputable en un determinado campo v.gr. delitos contra la vida o contra la propiedad y no serlo en otro v.gr. delitos laborales o tributarios. En cambio, partir del supuesto como lo hace la doctrina dominante, que toda persona mayor de cierta edad es imputable respecto de cualquier clase de delito, en cuanto hecho típico e injusto en concreto, a no ser que acredite una causal de inimputabilidad, nos parece una pretensión no-razonable, arbitraria y carente de fundamento empírico. Lo que se puede presumir es un “reconocimiento general y de lo básico” de la norma que inspira un tipo penal en los términos antes señalados pero, en modo alguno, las “diversas modalidades de ataque tipificadas” por el legislador a una determinada norma.

d) Se nos dirá que el reconocimiento y valoración de carácter general y común a un área de delitos no logra colmar el injusto particular de los distintos tipos y, por ello, quedaría incompleto.

No obstante, el estudio sobre la valoración del hecho típico en concreto, es decir la comprensión de su prohibición se puede escindir en dos niveles: uno básico o general y otro específico o concreto. A la imputabilidad pertenece el nivel básico o general y que concurre cuando el sujeto tiene conciencia de la norma penal que subyace a todos los tipos de una determinada área: conciencia del injusto legal básico, general y común de un determinado ámbito. En los delitos contra la propiedad, la conciencia de lo ilícito existe si el actor sabe,

conoce o se puede representar antes de actuar que la apropiación de cosas ajenas sin la voluntad del dueño es ilegal; o bien en los delitos sexuales, si el autor sabe, conoce o se puede representar que la satisfacción de su libido sexual sin el consentimiento de la persona con quien pretende dicha satisfacción, es algo ilícito. El segundo nivel, de naturaleza concreta o específica, está referido al hecho típico perpetrado por el sujeto y que implica una determinada modalidad de ataque al bien jurídico protegido (v.gr. apropiación indebida si se trata de un delito contra la propiedad, o de un acoso sexual si estamos frente a un delito sexual). Este segundo nivel de conciencia de lo injusto no pertenece a la imputabilidad sino al elemento conciencia de lo injusto en la sistemática finalista o bien al dolo en la concepción neo-causalista. En efecto, no olvidemos que para ambas concepciones sistemáticas, la conciencia de lo injusto (como segundo elemento de la culpabilidad o como elemento integrante del dolo) está referida al hecho típico concreto perpetrado por el autor. Esto es meridianamente claro si se postula un concepto valorativo del dolo (*dolos malus*).

En síntesis, a nuestro entender, afirmar que “la imputabilidad está referida al hecho concreto” sólo tiene sentido y fundamento si lo que se quiere decir es “que ha de ser valorada de manera específica en relación con el hecho particularmente realizado y no de forma genérica. Esto es, de lo que se trata, no es de determinar si el sujeto es o no imputable con carácter general en todo momento, sino de establecer su concreta imputabilidad con respecto a dicha conducta, en el preciso instante de su ejecución” (JIMÉNEZ DÍAZ)²⁷⁶. En efecto, en un proceso penal donde se alegue una causal de inimputabilidad, su examen y prueba estará siempre referida al hecho(s) delictivo(s) perpetrados por el autor lo que ha tenido lugar en un determinado lapso o momento en la vida del sujeto. No hay que olvidar que para el legislador penal, el estado o condición de vida que presume para toda persona mayor de edad en lo penal es ser imputable, aunque, excepcionalmente, admite que alguien en un caso concreto puede haber incurrido en una situación de inimputabilidad. Lo anterior, no obliga a que el estudio del contenido de la imputabilidad agote lo que es su contenido propio y, además, el de los demás elementos integrantes de la culpabilidad (v.gr. conciencia de lo injusto).

²⁷⁶ JIMÉNEZ DÍAZ, M.J.: “Comentario al artículo 10 del Código penal español”. En: *Comentarios al Código Penal*. Tomo I (dirigidos por Manuel Cobo del Rosal) EDERSA, Madrid, 1999, pág. 377 y ss.

8.3. Imputabilidad y su relación con la Conciencia de lo Ilícito (o el Dolo).

No cabe duda que es preciso determinar la vinculación y/o diferencia entre el elemento intelectual-valorativo de la imputabilidad (comprensión de la ilicitud del hecho) (Art. 20 N° 1 y 2 del CP) y la conciencia de lo ilícito como elemento integrante, aunque, distinto de la culpabilidad penal (Art. 14.3 del CP)²⁷⁷. Algo semejante se puede plantear entre el elemento volitivo de la imputabilidad (capacidad de autodeterminación conforme a sentido) y la autodeterminación que está en la base del contexto situacional normal.

a) Sobre la base de lo recién señalado, queremos hacernos cargo de la posición sustentada por URRUELA²⁷⁸ en su trabajo sobre la imputabilidad y en el que señala que, a su juicio, la diferencia entre la dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad y la conciencia de lo injusto como segundo elemento de la culpabilidad radicaría en que, mientras en la primera el conocimiento de lo ilícito del hecho concreto estaría en potencia, en el segundo elemento de la culpabilidad, estaría en acto.

Para comenzar, es preciso determinar el sentido y alcance de los términos empleados. Una vez más, permítasenos acudir a la analogía. Quien sabe bailar sevillana, salsa, o tango, cuando esa persona quiera, libre y voluntariamente, puede efectuar los movimientos o pasos propios de aquellos bailes. Si el sujeto se encuentra sentado, escucha la música y decide bailar tango ¿es correcto decir que los movimientos de dicho baile estaban en potencia? Tenemos la absoluta certeza que nadie discutirá que aquello estaba en potencia. O bien si al lector de este trabajo se le pregunta cuánto es 5 x 8 y él nos responde 40. La memorización de las tablas de multiplicar se encuentra en el sujeto en ¿acto o potencia? Por otro lado, si un estudiante de Derecho que nunca ha realizado estudios sobre Biotecnología, por eso mismo, hasta ese momento ignora lo que es la <<terapia génica>>, aunque, si toma una asignatura sobre aquellas materias, sí podrá saber el contenido y alcance de la expresión <<terapia génica>>. Esto último, la ignorancia sobre un tema u objeto pero que, eventualmente, podría ser reemplazada por el conocimiento de aquello ¿es correcto afirmar que se encuentra en potencia? Personalmente creo que sólo aquello que un sujeto conoce (p. ej. la memorización de la tablas de multiplicar) o tiene la habilidad o destreza (p. ej. para bailar o conducir un vehículo) se encuentra en él, como un ente real o efectivo, aunque, en potencia.

²⁷⁷ Art.14.3: “El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible. se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”.

²⁷⁸ URRUELA MORA, A. *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*...op. cit., pág. 166.

A nuestro entender, toda persona que se presume imputable v.gr. mayor de 18 años, que ha vivido un proceso de desarrollo bio-psico-social normal ha aprendido un conjunto de principios, valores y patrones de conducta socialmente adecuados, razón por la cual, cuenta con una “conciencia valorativa implícita” cuyo nivel de funcionamiento permanece en un estado de latencia preconscious y, por lo mismo, puede ser actualizado posteriormente. Sobre esta base, nos parece más adecuado hablar de “reconocer” (y no simplemente de “conocer”) el carácter ilícito o lícito de un hecho. En este ámbito ocurre algo parecido a lo que PLATZGUMMER denominó “co-conciencia” no reflejada al tratar del conocimiento en el dolo. En otras palabras, sólo quien conoce efectivamente las tablas de multiplicar o los pasos o movimientos de la sevillana o tiene la habilidad o destreza para conducir un vehículo puede ejecutar operaciones matemáticas, bailar sevillana o manejar un coche. Por otro lado, quien ignora lo que es en la construcción de un edificio el “hormigón armado”, o las tablas de multiplicar, o carece de la destreza para bailar o conducir un vehículo, no puede ejecutar o “actualizar” aquello cuya habilidad carece o cuyo conocimiento desconoce.

Sobre el particular, URRUELA²⁷⁹ postula que la discriminación debe hacerse sobre la base de “capacidad de comprender la ilicitud del hecho” (elemento de la imputabilidad) y “conocimiento de la ilicitud del hecho” (elemento de la culpabilidad), advirtiendo que, en ambos casos, el objeto sería el mismo: la ilicitud del hecho, razón por la que no es posible buscar en él un criterio discriminador. Para dicho autor, la “capacidad de comprender” no es sino la “facultad (posibilidad) de entender el carácter prohibido de la conducta concretamente realizada, basada en un desarrollo bio-psicológico normal del sujeto. “Se trata pues de una capacidad de comprender en abstracto (no necesariamente ejercitada, puesto que la actualización efectiva de la misma implica el conocimiento), pero referida a un objeto determinado: la ilicitud del hecho concreto. Por su parte, el <<conocimiento de la ilicitud>> sería el ejercicio de aquella <<capacidad>>, permitiéndole al sujeto “adquirir un conocimiento efectivo del carácter prohibido de su actuación”. “Un ejemplo de lo anterior vendría determinado por la situación concreta de aquel sujeto considerado absolutamente normal desde un punto de vista bio-psicológico (lo que se materializa en la no concurrencia de ninguna causa de inimputabilidad en dicha persona), y por lo tanto, capaz de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a dicha comprensión, pero, que por haber vivido durante la mayor parte de su existencia sin apenas contacto con la realidad social, desconoce el carácter antijurídico de conductas efectivamente prohibidas por la ley penal. En este caso,

²⁷⁹ *Ibidem.* cit. pág.166.

concurriría la capacidad de comprender la ilicitud del hecho, y, en consecuencia, la imputabilidad del sujeto, pero no la cognoscibilidad actual o posible de la antijuridicidad de la conducta, puesto que esta última requiere una condición ulterior: el ejercicio o actualización efectivas de la genérica capacidad implícita en la imputabilidad (capacidad de comprender la ilicitud del hecho).”

La discriminación formulada por el investigador español antes indicado, entre <<capacidad = posibilidad = potencialidad>> y <<conocimiento = ejercicio o actualización de aquella potencialidad>>, nos merece el siguiente comentario: una <<capacidad = potencialidad = posibilidad>> vacía, carente de todo contenido no puede fundamentar un juicio de culpabilidad. Toda capacidad, potencialidad o posibilidad debe serlo de “algo” determinado. Cuando el legislador presume dicha capacidad es porque parte de la base que una persona con un desarrollo bio-psico-social normal tiene conciencia, representación o ha aprendido, de manera real o efectiva, conceptos, principios o valores básicos de la sociedad y de la cultura en la que se encuentra inmersa; es decir, que cuenta con un “patrimonio socio-cultural-valorativo” que le permite “enjuiciar” hechos o comportamientos.

El ejercicio o actualización efectiva de la genérica capacidad implícita en la imputabilidad sólo es factible si quien pretende ello cuenta, de manera real o efectiva, con el conocimiento previo de aquello que ahora quiere “reconocer valorativamente”; de lo contrario, es imposible. En otras palabras, a mi entender, no me parece que la imputabilidad sólo demanda la existencia de una persona con un desarrollo bio-psicológico normal. Si dicha persona “apenas tuvo contacto con la realidad social y por ello, desconoce el carácter prohibido de diversas conductas sancionadas por la ley”, no me parece que se pueda sostener que sería igualmente imputable por existir “eventualmente” una capacidad futura (no actual) de comprensión (teórica y carente de aprendizaje) sobre la ilicitud del hecho, faltando únicamente, “el ejercicio o actualización de aquella capacidad”.

Una vez más, acudamos a la analogía para ejemplificar nuestra idea. El que una persona tenga v.gr. su sistema locomotor y los órganos de los sentidos normales (sin alteraciones patológicas) es condición necesaria, aunque no suficiente, para que en el futuro pueda caminar, correr, saltar o pueda aprender a bailar o bien pueda conocer o reconocer los animales y diferenciarlos de las personas o cosas. Disponer de un sistema locomotor u órganos de los sentidos en buen estado es condición necesaria, pero no suficiente, para que dicha persona pueda bailar flamenco, sevillana o ballet ya que cualquiera de dichas

posibilidades demanda un proceso de aprendizaje previo, entonces y sólo entonces, dicha persona podría en el futuro actualizar o ejercer dicha capacidad o posibilidad de actuación. Quien sólo dispone de un sistema sensorial y motor normal pero no ha aprendido a bailar, no puede ejecutar y actualizar aquello que ignora. De igual manera, una persona con un desarrollo bio-psicológico normal pero que no ha estudiado matemáticas elementales ¿podemos decir que es imputable para resolver una operación de multiplicación porque tendría una capacidad teórica y eventual de llegar a saber, en el futuro, aquella operación matemática? A mi entender ello no es posible; sólo sería imputable aquella persona que, habiendo cursado y aprobado la asignatura de matemáticas elementales, ha aprendido las operaciones básicas de suma, resta, multiplicación y división y, por ello, tiene una capacidad real de ejercicio o actualización para resolver dicha clase de problemas. Un ciudadano español medio con un desarrollo bio-psico-social normal ¿es imputable para comprender la ilicitud de hechos propios de la cultura esquimal? Si el sujeto se encuentra recién llegado a esa cultura y con absoluto desconocimiento de ella, no me parece objetivamente razonable sostener que es imputable. A nuestro juicio, sólo lo sería en la medida que se familiarizara con los principios, valores y patrones de comportamiento básicos de dicha cultura, entonces y sólo entonces podemos afirmar, con fundamento objetivo real, que dicha persona cuenta con una “capacidad para comprender la ilicitud del hecho de la cultura esquimal”. Por otro lado, si el conocimiento de la ilicitud del hecho (como elemento distinto de la imputabilidad) es “actualización o ejercicio efectivo de la capacidad implícita en la imputabilidad”, dicha actualización debió estar presente o latente en ésta; de lo contrario, ¿cómo podría haberse actualizado algo que no estaba presente en potencia? En pocas palabras, la imputabilidad, en cuanto “capacidad”, exige una conciencia real o efectiva sobre la ilicitud de contenido latente, por ello a nuestro entender, es una “conciencia valorativa implícita”. Otra cosa será el nivel, grado o profundidad de dicha conciencia (plena o parcial, general o específica).

b) Pretender postular que la comprensión de lo injusto de un hecho delictivo determinado o concreto (v.gr. apropiación indebida o acoso sexual) se agota en la dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad nos plantea otra interrogante ¿cuál sería el contenido a investigar y establecer en el segundo elemento de la culpabilidad (conciencia de lo ilícito en la sistemática finalista o en el dolo en la concepción neo-causalista)? Si la comprensión de lo ilícito que integra la imputabilidad está referida a todo el disvalor del hecho típico concreto, al igual que la conciencia de lo ilícito como segundo elemento de la culpabilidad o como integrante del dolo, pareciera que el proceso valorativo integrante de la

dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad queda cerrado o completo, razón por la cual, no habría nada más que agregar. En otros términos, si el referir la imputabilidad al hecho típico concreto, al igual que el segundo elemento de la culpabilidad, la comprensión de la ilicitud sería la misma en ambos y el contenido del segundo elemento se anticiparía en el examen de aquella, dejándolo vacío.

Es posible que se nos diga que la comprensión del ilícito como parte de la imputabilidad es de naturaleza diversa a la misma comprensión como segundo elemento de la culpabilidad porque, en aquella, la comprensión es meramente virtual, en cambio, en ésta es actual. Por tratarse la imputabilidad de una “capacidad” es algo potencial, al igual como la capacidad de toda persona para caminar, hablar o moverse, etc. No obstante, si bien la distinción entre acto y potencia es valedera, toda vez que la comprensión de lo ilícito dice relación, en ambos casos, al hecho típico concreto, la distinción anotada no impide una postulación tautológica o repetitiva: en la imputabilidad se afirma, sobre la base de una presunción, que el sujeto sabía el carácter prohibido del hecho típico y, en el segundo elemento de la culpabilidad, no se agrega nada nuevo o diferente toda vez que el contenido de aquella es el mismo en éste. Ahora bien, ¿es factible presumir, de manera objetivamente fundada, que toda persona al cumplir los 18 años conoce “potencialmente” el carácter ilícito de todos y cada uno de los múltiples tipos penales existentes en todo el ordenamiento jurídico? La respuesta es más que obvia, categóricamente, no.

En cambio, si se admite la división de la comprensión de lo prohibido en dos niveles: uno general o básico y otro específico o concreto, la afirmación del primer nivel (perteneciente a la imputabilidad) no desaparece si no se logra configurar el segundo nivel (perteneciente al segundo elemento de la culpabilidad). No se puede olvidar que, en la sistemática neo-causal o finalista, el segundo elemento de la imputabilidad presupone la existencia de la imputabilidad. En efecto, sólo tiene sentido o relevancia el error sobre la prohibición de quien es imputable²⁸⁰. Tampoco podría ser óbice a la interpretación que formulamos al dividir la comprensión de lo injusto del hecho, lo dispuesto en los números 1 y 2 del artículo 20 del CP. al establecer que el sujeto “...no pueda comprender la ilicitud del hecho...”, expresión esta última que tiene un carácter singular y concreto. A mi entender, la expresión “hecho” dice relación al “hecho típico injusto”. Además, aceptando la distinción

²⁸⁰ Nos apartamos de quienes como Armin KAUFMANN; BACIGALUPO o ZUGALDÍA postulan que el primer elemento de la culpabilidad y antes que la imputabilidad es la posibilidad de conocer el carácter ilícito del hecho.

por nosotros formulada, quien no tiene la capacidad de comprender el injusto material básico, general y común a un determinado ámbito jurídico-penal y, por ello, presente en cada hecho punible que lo integra, “no puede comprender la ilicitud del hecho”, y por lo tanto, no es necesario investigar en mayor profundidad si, además, el autor tenía la capacidad de comprender el injusto material especial, específico o concreto del comportamiento por él perpetrado como modalidad de ataque al bien jurídico tutelado. Apoyándonos, una vez más, en la analogía: quien ignora el nivel I de Matemáticas desconoce, con mayor razón, el nivel II; quien ignora el nivel I de cualquier idioma, es imposible que conozca y entienda los contenidos de los niveles superiores. Por ello, quien ignora lo general y básico de un desvalor es imposible que pueda conocer el desvalor concreto o específico de un determinado hecho, toda vez que éste supone, necesariamente, aquél como su base o soporte de comprensión.

c) Desde otro ángulo, si se acepta que la imputabilidad está referida al hecho típico concreto, de seguirse la sistemática neo-causalista, se estaría presumiendo el obrar típico doloso el que sólo podría ser desvirtuado configurando un error de tipo o de prohibición. Presumir la conciencia valorativa de un hecho típico concreto supone, necesariamente, dar por establecido el conocimiento previo del hecho típico; de no ser así, ¿sobre qué estaría recayendo dicha valoración? Más aún, de conformidad a la doctrina mayoritaria que criticamos, acreditado v.gr. un error de prohibición inevitable, el sujeto que incurre en dicho error, carecería de responsabilidad penal no por ausencia de dolo (concepción causal) o de conciencia de lo injusto (concepción final) sino por “inimputabilidad”. En efecto, si la presunción de imputabilidad está referida al hecho típico concreto, la existencia y prueba de un error de prohibición inevitable, lo que está probando es que dicho sujeto, en el caso concreto por el que se lo procesa, la presunción de imputabilidad carecía de fundamento objetivo, es decir, no era imputable. Ello, si se insiste en sostener que la imputabilidad supuesta está referida al hecho típico concreto y esto a pesar que la causa que le da origen no sea de tipo psicopatológico (alteración o anomalía psíquica). A mi modo de ver, en dicho supuesto y en la estructura dominante sobre la culpabilidad, habría una situación de contradicción: en primer término, se afirmaríase, sobre la base de la presunción legal, la comprensión de lo prohibido de un hecho delictivo concreto al sostenerse la imputabilidad del actor para, posteriormente y de manera inmediata, negar aquella misma e idéntica comprensión al acreditarse un error de prohibición inevitable.

En cambio, la interpretación que postulo en el sentido que la imputabilidad sólo implica una capacidad de comprensión “general” de lo ilícito y no referida al hecho típico concreto, en el caso de acreditarse un error de prohibición, la afirmación de imputabilidad se mantiene y lo único que no se configura es el dolo (en la sistemática causal) o la conciencia de lo injusto (en la sistemática final).

Es factible que quienes no compartan mi tesis en el sentido que la comprensión del carácter ilícito del hecho puede ser dividido en una comprensión de lo nuclear o general propio de la imputabilidad y una comprensión de lo ilícito de carácter especial o concreto del hecho típico ejecutado se apoyen en que el legislador penal, en todo caso, presume en las personas mayores de 18 años la comprensión de lo ilícito sin establecer una discriminación entre una dimensión general y una especial, en consecuencia, ésta discriminación no tendría sentido ni fundamento. Postular que el legislador penal presume, aunque de manera dividida, la conciencia de lo injusto en forma general y en forma especial, no puede llevar a sostener que la discriminación antes indicada es irrelevante y ello porque permite diferenciar los contenidos propios de la imputabilidad y de la conciencia de lo injusto como elemento de la culpabilidad o como integrante del dolo.

Por otro lado, la ley penal presume el conocimiento de la realidad material u objetiva sin distorsiones, aunque, admite la posibilidad de configurar un error de tipo; de igual manera, la dimensión valorativa de aquella realidad que se expresa en la conciencia de la significación disvaliosa del hecho (típico) se presumiría por el legislador penal, no obstante, se puede configurar un error sobre la prohibición.

Ahora bien, ¿tiene fundamento objetivo el hecho que el legislador penal presuma, de manera simplemente legal, la conciencia de lo ilícito? Si la significación disvaliosa del hecho típico la limitamos a un conocimiento de lo general, básico y común a un área delictiva (v.gr. delitos contra la vida, la propiedad o delitos sexuales), la experiencia social nos indicaría que ello es algo razonable. Si la interrogante dice relación con presumir la significación disvaliosa especial y concreta de un hecho típico determinado perteneciente al ámbito de los llamados “delitos comunes” (v.gr. homicidio, robo o violación) me parece igualmente razonable de conformidad a la experiencia del hombre-medio. El problema puede surgir en los ámbitos penales especiales v.gr. delitos tributarios, delitos laborales, delitos societarios, delitos contra el medio ambiente, etc. Presumir, en relación a estos ámbitos especiales, el conocimiento de una significación disvaliosa de carácter general

también parece razonable si ello se limita a v.gr. quienes trabajan deben contribuir con el Estado en sus diversas tareas pagando tributos o impuestos; quien contrata a un trabajador no puede abusar de su situación de necesidad imponiéndole condiciones inferiores a las que tiene derecho por ley; quien administra una sociedad no puede falsear las cuentas o documentos oficiales de ésta y ocasionar un perjuicio a ella, a sus socios o a terceros; o quien desarrolle una actividad industrial de cualquier clase no puede contravenir las leyes protectoras del medio ambiente o poner en peligro la salud de las personas. Presumir, en cambio, una conciencia sobre el disvalor de la conducta típica en concreto “erga omnes” carece de fundamento objetivo. Sin embargo, soy de opinión que ello, en la práctica, puede que no ocurra. Por regla general, quienes protagonizan conductas propias de aquellos ámbitos especiales suelen ser personas que trabajan o se desempeñan en esas realidades profesionales, comerciales o de servicios y, por lo tanto, están al tanto de la normativa que les rigen, razón por la cual, tienen conciencia sobre el carácter prohibido de dichas conductas. En relación a esto, cabe recordar que, por regla general, quienes se dedican a dichas actividades tienen un deber legal de informarse de la normativa que las regula v.gr. normativa que regula la fabricación de alimentos o fármacos.

Esta última consideración, la existencia de distintas áreas de punibilidad penal, las que constituyen verdaderos “mundos” diversos me ha llevado a postular que la dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad sólo puede postularse, en general, en relación a esos distintos campos, como ámbitos independientes entre sí, y, en modo alguno, cabe hablar de una imputabilidad que cubra la conciencia de lo ilícito en especial y de la totalidad de las figuras típicas existentes en todos y cada uno de los ámbitos de punibilidad porque constituiría una pretensión desbordada y carente de límites racionales.

d) Una visión alternativa que permitiera diferenciar entre la comprensión de lo injusto como elemento de la imputabilidad y aquel factor como segundo elemento de la culpabilidad podría asumir tres modalidades:

i. considerar que la imputabilidad sólo implica una conciencia del desvalor “ilegal” del hecho de “carácter general”, lo que coincide con un desvalor “social”; en cambio, la conciencia de lo injusto, en cuanto segundo elemento de la culpabilidad, estaría referida al reconocimiento del desvalor “ilegal” del hecho concreto o específico.

ii. la comprensión del carácter injusto del hecho, tanto en cuanto dimensión de la imputabilidad como segundo elemento de la culpabilidad, siempre dice relación con el

hecho concreto, aunque, en cuanto factor de la imputabilidad sólo exige el reconocimiento del carácter “simplemente ilegal” del hecho concreto; en cambio, en cuanto segundo elemento de la culpabilidad, supone el reconocimiento del carácter antijurídico-penal del hecho perpetrado. No obstante, la doctrina dominante se conforma con que la valoración sea simplemente en el marco de lo legal-ilegal, y no necesariamente de lo penalmente relevante, razón por la cual, sólo un sector minoritario estaría dispuesto a aceptar dicha alternativa.

iii. La comprensión de lo injusto del hecho propio de la imputabilidad sería una conciencia acerca de un desvalor jurídico-penal del hecho, de carácter general; siendo suficiente que el sujeto tuviere la “impresión” que el acto realizado es ilegal y, además, que podría ser delictivo y, dicha conciencia en cuanto segundo elemento de la culpabilidad, sería una conciencia especial o específica acerca del desvalor jurídico-penal del hecho típico concreto, aunque, desconozca el tipo y gravedad de la sanción penal.

De estas tres posibilidades alternativas, de tener que escoger una me quedaría con la primera toda vez que conserva la idea central postulada: conciencia del desvalor ilegal, de carácter general, del hecho versus conciencia del desvalor especial o particular del hecho.

e) Finalmente, lo discutible del presente tema, puede explicar las contradicciones que encontramos, de manera manifiesta, en un sector de la doctrina que adhiere a la tesis que sometemos a crítica. Para ilustrar esto nos permitiremos transcribir algunas afirmaciones formuladas por DE LA CUESTA AGUADO²⁸¹: “El objeto del conocimiento necesario para que el autor pueda ser declarado culpable –y que se presume- como hemos visto, *iuris et de iure* o *iuris tantum*- es el carácter prohibido y “jurídicamente reprochado” de la conducta. En otras palabras, que la conducta realizada y enjuiciada es desvalorada por el ordenamiento jurídico en su conjunto, sin que sea necesario que el sujeto activo conozca ni que el desvalor lo realiza el Derecho penal –o sea, que la conducta es delito- ni que está sancionado con una pena criminal ni la gravedad de ésta”.

Por lo tanto, no serán relevantes para desvirtuar la presunción *iuris tantum* de conocimiento, en los denominados delitos formales –o sea, en aquellos en los que cabe prueba en contra- ninguno de los siguientes argumentos:

i. “La duda sobre la antijuridicidad...”

²⁸¹ DE LA CUESTA AGUADO, P. M. *Conocimiento de la ilicitud*. Editorial Dykinson, Madrid, 2007, págs. 52 y 53.

ii. “El desconocimiento de que en el caso concreto existía un precepto concreto que prohibía la conducta, si se conocía vagamente la posibilidad de que otras conductas no idénticas pero si parecidas podrían estar prohibidas. Es decir, no es necesario ningún conocimiento concreto; por el contrario basta una “vaga impresión” de antijuridicidad para negar la concurrencia de error de prohibición; vaga impresión que podría incluso llegar a convertirse en un “deber de intuición”.

El supuesto descrito en la letra b) nos parece contrario al principio de tipicidad y a la exigencia que la doctrina dominante ha hecho del contenido de la conciencia de lo injusto como elemento de la culpabilidad y del contenido que dicho factor tendría en la imputabilidad (para quienes sostengan que dicha conciencia está referida al hecho delictivo concreto perpetrado). En efecto, si la culpabilidad del sujeto depende de que éste tuviere conciencia del carácter injusto del hecho concreto por él realizado; ello, sólo se puede obtener en la medida que el actor tuviere conciencia sobre la significación antijurídica de la conducta típica por él ejecutada, lo que en otras palabras, no es sino conocer la relevancia antijurídica de una determinada y concreta modalidad de ataque al bien jurídico tutelado. En consecuencia, dicha significación es imposible de obtener si tan sólo se demanda una “vaga impresión”, si nos conformamos con una “analogía” basada en otras conductas, aunque, parecidas pero no idénticas a la que realmente interesa, y respecto de la cual, es preciso establecer la culpabilidad para, finalmente, terminar afirmando categóricamente que, en definitiva, “no es necesario ningún conocimiento concreto”.

8.4. Imputabilidad y Posibilidad de Conocer la Desaprobación Jurídico-Penal del Hecho.

La relación entre la imputabilidad y la conciencia de lo ilícito plantea, a nuestro entender dos problemas: 1) ¿Cuál de estos elementos integrantes de la culpabilidad debe ser examinado en primer término? y 2) ¿el objeto y contenido de la dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad es igual al objeto y contenido valorativo de la conciencia de lo ilícito?

a) ¿Imputabilidad o posibilidad de conocer la desaprobación jurídico-penal del hecho debe ser examinado prioritariamente? Un sector destacado de la doctrina española, OCTAVIO DE TOLEDO, HUERTA TOCILDO, BACIGALUPO y ZUGALDÍA, siguiendo a ARMIN KAUFMANN,

proponen reordenar los elementos de la culpabilidad, colocando en primer término, investigar si el autor del delito tuvo la posibilidad de conocer el carácter prohibido del hecho y, en segundo lugar, determinar si el sujeto es o no imputable. Dicha secuencia, nos parece discutible porque equivale a invertir el orden lógico. En efecto, un sujeto sólo puede tener la posibilidad de llegar a comprender el carácter prohibido de un hecho en la medida que sea imputable, es decir, capaz para ello y esto porque la imputabilidad, como cualquier capacidad, implica un ámbito virtual de conocimiento pero, en modo alguno, al revés. Si una persona camina o habla un idioma extranjero es porque posee la capacidad para ello, y aquello es prueba de dicha capacidad. Verificar si dicha persona que camina o habla otro idioma tiene capacidad para hacerlo es una tarea inútil porque si camina o habla es prueba indiscutida que tiene capacidad para hacerlo, si no tuviera aquella capacidad, no podría ejecutar aquella actividad. Una persona por ser imputable tiene la posibilidad de comprender el carácter prohibido de su actuar; razón por la que es preciso, en primer término, establecer si tiene capacidad de culpabilidad o imputabilidad y, luego, examinar si, en el caso concreto, dicha posibilidad pudo ser actualizada. Sostener primero que el autor tenía la posibilidad de comprender el carácter prohibido del hecho delictivo para, en un segundo momento, examinar la existencia de la imputabilidad y sostener que, respecto de ese mismo hecho, es inimputable por carecer una capacidad intelectual-valorativa importa, a nuestro entender, una contradicción. En esta secuencia objeto de crítica ¿cómo se explicaría la existencia, en un primer momento, de aquella posibilidad que, posteriormente y en fracción de minutos, aparece negada, negación que, por estar referida al mismo hecho, es preciso proyectarla retroactivamente y desde un principio?

A mi entender, el estudio sobre la “valoración del hecho típico en concreto” debe ser realizado, en la sistemática finalista, al tratar de la conciencia de lo injusto como segundo elemento de la culpabilidad y, de seguirse la concepción causal neoclásica, al tratar del dolo como elemento de la culpabilidad. Soy de opinión que la dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad es, de índole genérica, y se concreta o especifica en el tratamiento de los elementos de la culpabilidad antes indicados. En otras palabras, no creo que los elementos que integran la culpabilidad formal sean factores o niveles independientes y desvinculados entre sí. Me parece que entre la dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad y la conciencia de lo injusto hay una relación de género a especie; de igual modo, entre la dimensión volitiva de la imputabilidad y el contexto normal (o exigibilidad).

En efecto, me parece razonable que el legislador presuma que toda persona mayor de 18 años tiene una capacidad general, a nivel abstracto, para reconocer y valorar el hecho ilícito-base de un determinado ámbito penal, en el sentido antes indicado. Lo que no es razonable presumir es que toda persona mayor de 18 años puede “reconocer y valorar” como ilícito todos y cada uno de los comportamientos típicos existentes en los diversos campos del sistema penal. Será en el examen del segundo elemento de la culpabilidad (dolo o conciencia de lo injusto, según la doctrina que se postule) donde se pondrá a prueba si aquel conocimiento general presumido puede hacerse extensivo a la figura delictiva concreta por la que se está enjuiciando al inculpado.

Algo semejante ocurre con la dimensión volitiva que integra la imputabilidad. El legislador penal puede presumir, con fundamento objetivo, que una persona mayor de 18 años tiene una capacidad general para autodeterminarse. Es en el estudio del tercer elemento de la culpabilidad, el contexto situacional normal (o exigibilidad), donde la interrogante a dilucidar será determinar si aquella capacidad general de autodeterminación que la ley penal presume, el inculpado podía o no haberla ejercido (en un marco razonable de libertad) en la situación concreta por él vivida v.gr. no la habría podido ejercer si fue víctima de una amenaza o coacción grave o haber experimentado miedo insuperable.

Si se parte de la base que la dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad demanda conciencia de lo ilícito, cuyo contenido, es igual al segundo elemento de la culpabilidad (conciencia de lo ilícito) porque ambos tienen por objeto el hecho típico concreto que ha realizado el autor, entonces, la única diferencia sería la fuente de origen de la inconciencia, es decir, de la ignorancia o el error sobre el carácter ilícito del hecho. En la inimputabilidad la fuente sería una de carácter psicopatológico que determina un sujeto inimputable, en cambio, en el error de prohibición no ya que dicho error supondría un autor imputable.

Postular como lo ha hecho un sector minoritario de la doctrina que primero se debe estudiar la conciencia de lo ilícito y, posteriormente, la imputabilidad se podría explicar porque, en definitiva, para dicha doctrina, lo relevante sería la presencia o ausencia de aquella conciencia. Si la ausencia se debe a una razón de tipo psicopatológica, socio-cultural o de especialidad o complejidad normativa sería algo secundario. Ahora bien, de aceptarse dicha explicación, es necesario reformular el concepto y contenido de la imputabilidad y limitarlo, únicamente, a la capacidad de autodeterminación conforme a Derecho que el

legislador penal presume en una persona mayor de 18 años, sobre la base de un desarrollo bio-psico-social normal. En otras palabras, la imputabilidad sólo tendría que ver con un elemento volitivo o conativo: el de autodeterminación. Por ello, todo lo que tuviera relación con la conciencia o inconciencia sobre el carácter ilícito del hecho típico debería ser considerado, exclusivamente, contenido del elemento conciencia de lo ilícito. De no reformular el contenido de la imputabilidad en los términos señalados e insistir que la imputabilidad posee una dimensión intelectual-valorativa sería algo absurdo por carecer de un contenido propio y, por ello, carente de fundamento. La pregunta que cabe hacer es: ¿tiene sentido fusionar la dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad con la conciencia de lo ilícito como segundo elemento de la culpabilidad? A primera vista, pareciera razonable agrupar todo aquello que tenga igual naturaleza, en el presente caso, intelectual-valorativa. No obstante, a mi entender, ello no tiene sentido. En efecto, el legislador penal presume que toda persona mayor de 18 años es psicológicamente normal y, por eso mismo, sobre la base de un proceso de socialización fundamental, es capaz de reconocer el carácter ilícito de un hecho y puede autodeterminarse conforme a dicha comprensión valorativa. Es decir, la presunción comprende dos factores: una capacidad intelectual-valorativa y, además, una capacidad de autodeterminación conforme a Derecho, sentido o valor. Escindir los dos factores no tendría sentido ninguno. Antes bien, sería más razonable eliminar el elemento imputabilidad dejando como elementos de la culpabilidad la conciencia de lo ilícito y el contexto situacional normal, o bien reducir la culpabilidad a la imputabilidad fusionando en la dimensión intelectual-valorativa el segundo elemento de la culpabilidad (la conciencia de lo ilícito) y el contexto situacional normal en la dimensión volitiva de la imputabilidad. En otras palabras, la culpabilidad estaría integrada por dos elementos: la conciencia de lo ilícito y el contexto situacional normal.

b) ¿El objeto y contenido de la dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad es igual al objeto y contenido valorativo de la conciencia de lo ilícito? Si consideramos la doctrina alemana y española anteriormente citada, podemos afirmar que no cabe duda ninguna que hay una total coincidencia del objeto y contenido del objeto en ambos elementos o factores de la culpabilidad. En efecto, ello explica dos interpretaciones formuladas por la doctrina:

i. postular que la carencia de la dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad sería una especie de error sobre la prohibición cuya fuente de origen sería de naturaleza

psicopatológica; en cambio, los demás casos de error de prohibición su fuente sería de naturaleza socio-cultural o de especial complejidad normativa y,

ii. postular que sería razonable examinar como primer factor de la culpabilidad la conciencia de lo ilícito y, posteriormente, la imputabilidad del sujeto.

De ambas interpretaciones ya no hemos hecho cargo indicando las razones por las cuales no las compartimos.

8.5. Imputabilidad y Dolo.

No es objeto de discusión que para que un sujeto normal actúe, dolosa o imprudentemente, debe poseer una cierta capacidad psicológica general que le permita captar o percibir sin distorsiones la realidad, es decir, el mundo que le rodea, capacidad que el legislador penal presume, al igual que lo hace, respecto de la comprensión de lo injusto en la imputabilidad. En el caso de un delirio psicótico por ejemplo, donde el enfermo cree atacar y destruir al demonio o a un vampiro, no sólo se encuentra ausente el conocimiento sobre el injusto material del homicidio (que se ataca el bien jurídico vida humana) sino, además, y, con carácter previo, no existe dolo de homicidio porque dicho sujeto carece de la capacidad psicológica de toda persona normal de percibir la realidad. En efecto, el dolo homicida supone que el autor conozca que su obrar se dirige en contra v.gr. del bien jurídico vida humana y no en contra de la existencia del “maligno” porque, de existir el correspondiente tipo, la conducta típica sería de “demonicidio” o “vampiricidio” pero no de homicidio.

A esta altura, cabe preguntarse ¿por qué la doctrina nunca ha explicitado la capacidad psicológica que el dolo o el actuar imprudente supone, tal como lo ha hecho al tratar otros elementos en la teoría del delito? Pensemos por ejemplo, al tratar de la acción, los causalistas admiten un elemento subjetivo mínimo (voluntariedad) y los finalistas uno con mayor contenido (finalidad); ambas posturas doctrinarias reconocen, en el estudio de la tipicidad, ciertos elementos subjetivos especiales del tipo (o de lo injusto); los finalistas demandan, para configurar una actuación justificada, un elemento subjetivo de igual carácter; y al tratar de la culpabilidad, nos encontramos con la exigencia de la imputabilidad, para los causalistas del dolo o imprudencia (y sus correspondientes hipótesis de error de tipo o prohibición); y en la exigibilidad (o contexto normal) con la exigencia de v.gr. miedo

insuperable todo lo cual conlleva innegablemente concurrencia de una carga marcadamente subjetiva. En todo caso, ningún sector doctrinario pondrá en duda de la necesaria existencia de una capacidad psicológica que permita a la persona percibir o captar la realidad sin distorsiones, base ontológica o natural de todo actuar doloso o imprudente. Su no explicitación por la doctrina ¿será porque se ha estimado que es algo obvio? Empero, muchas veces, lo obvio se olvida y ello puede ser peligroso, en especial, para quienes se identifican con los principios fundamentales del Derecho penal actual y que constituyen auténticas “garantías” para los ciudadanos. Si la doctrina está de acuerdo en que, sobre la base del concepto de imputabilidad y de la conciencia de lo ilícito, se puede presumir una capacidad valorativa general (imputabilidad) y una capacidad valorativa especial (conciencia de lo ilícito) para valorar como prohibidos ciertos hechos y que el error sobre la prohibición es una excepción a dicha capacidad presumida, ¿por qué no extrapolar dicha distinción y afirmar o reconocer que el legislador penal presume una cierta capacidad psicológica general para obrar típicamente y que v.gr. el error sobre el tipo es una excepción de aquella al igual que el error sobre la prohibición, lo es de la conciencia de lo injusto en el ámbito de la culpabilidad?.

No es posible prescindir del concepto que se postule acerca del dolo. Si se toma el concepto de dolo de una concepción causal neoclásica, al conocimiento de todos y cada uno de los elementos del tipo-penal, es preciso agregar el conocimiento de la significación valorativa del comportamiento en su globalidad o totalidad (conocimiento real o efectivo del carácter prohibido del hecho típico).

De seguirse este planteamiento, concepción causal neoclásica, y de sostenerse que el contenido de la imputabilidad se presume y siempre está referida al hecho concreto por el cual se está procesando al imputado, plantea dos interrogantes:

i. Si la imputabilidad sólo implica valoración de un hecho típico (no conocimiento del mismo), resulta discutible la ubicación sistemática del dolo como segundo elemento de la culpabilidad y posterior a la imputabilidad toda vez que el conocimiento de un hecho es previo a su valoración. En efecto, todo pareciera indicar que el estudio y tratamiento del dolo, en cuanto exigencia de conocimiento de los elementos del tipo (no de su valoración global), debería ser algo previo a la imputabilidad. Esta objeción sólo se podría obviar si se postula explícitamente (lo que no hacen los autores) que la imputabilidad, en su dimensión intelectual-valorativa, presume, además, la capacidad psicológica general para percibir el

mundo externo y, por ello, de obrar típicamente (dolosa o imprudentemente), y no reducir o limitar la dimensión intelectual-valorativa a la simple valoración de un hecho como prohibido. Por ello, no resulta clara la afirmación que un sector minoritario de la doctrina que se ha ocupado del tema afirme que la inimputabilidad puede llegar a determinar la ausencia de dolo y, por lo mismo, la atipicidad subjetiva²⁸². Algunos autores se han inclinado por postular que el “error condicionado por la inimputabilidad” debe ser ubicado y resuelto en sede de inimputabilidad y que por ello, serían aplicables medidas de seguridad²⁸³.

ii. Si se insiste que la ubicación sistemática del dolo es posterior a la imputabilidad ¿por qué, según la concepción neo-causal, el dolo requiere la significación disvaliosa del hecho típico si dicho disvalor ya ha sido establecido en la imputabilidad?

De seguirse una sistemática finalista, el dolo integra el tipo-penal, y la observación anterior a la sistemática causal neoclásica, no le alcanza. No obstante, la sistemática finalista, queda expuesta a otra crítica. La sistemática finalista debería reconocer, de manera explícita, al tratar de la tipicidad subjetiva que ella se asienta, necesariamente, en una capacidad psicológica general que el legislador presume en toda persona normal que le permite percibir la realidad y, sobre dicha base, obrar típicamente (dolosa o imprudentemente). En efecto, el tipo penal del homicidio supone que quien lo protagoniza dolosamente sabe, conoce o tiene conciencia de la realidad sin distorsiones y que los golpes mortales que está propinando afectan a una persona viva (y no a un v.gr. animal); que quien comete dolosamente hurto sabe o conoce la realidad sin distorsiones y que, por eso mismo, tiene cabal conciencia que toma una cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño.

²⁸² MIR PUIG, S. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. 1982. (cit. por la edición en MIR PUIG, S. *El derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*. Ariel, Barcelona, 1994, pág. 84; SERRANO BRUTRAGUEÑO. *Código penal de 1995*. 1999, págs. 269 y 274.

²⁸³ MIR PUIG, S. *Derecho penal*.... op. cit., págs. 149 y 529 y ss.; GARCÍA ALBERO. “Arts. 95-108”. En *Comentarios al Nuevo Código penal*. 3º ed. QUINTERO OLIVARES (dir.) Elcano, Aranzadi, 2004, pág. 545; URRUELA MORA, A. *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica: la capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en psiquiatría y genética*....op. cit., pág. 163, nota 557.

II. IMPUTABILIDAD Y CONTEXTO SITUACIONAL NORMAL

1. Planteamiento del problema.

Debemos comenzar señalando, de manera breve y sucinta que, como es sabido, la idea de la exigibilidad se encuentra fuertemente vinculada con la concepción normativa de la culpabilidad. Al revisar la primera parte de este trabajo, veíamos como tal perspectiva había contribuido al establecimiento de criterios abstractos, de carácter objetivo, con las consecuentes dificultades y reproches que eso suponía para la idea de culpabilidad, entre otros, por el reemplazo de una psicología científica por una “esotérica” de difusos contornos y arbitrario contenido.

En efecto, “la teoría psicológica de la culpabilidad no podía explicar de ninguna manera el significado dogmático de la idea de la exigibilidad, ya que en esta teoría no tiene cabida alguna una idea profundamente normativa como ésta”²⁸⁴. El fundamento de esta relación, principalmente, se encuentra en el hecho de que la idea de exigibilidad, sólo tiene cabida dentro de los elementos formales de la culpabilidad, en la medida que sea ésta entendida como un juicio de reproche dirigido al autor de un hecho antijurídico. Desde FRANK, la culpabilidad se entiende como reprochabilidad, de manera que un comportamiento antijurídico puede imputarse a una persona sólo en la medida en que se le pueda reprochar por haberlo realizado.

Para eso, y he ahí uno de los aportes más significativos de esta doctrina, el juicio de culpabilidad no podría agotarse en la sola relación psicológica entre el autor y su hecho –ni en el establecimiento de una posible capacidad general-, sino que, además, era preciso analizar las circunstancias concomitantes en que se encontraba; es decir, el escenario, marco espacio-temporal, donde tuvo lugar el hecho concreto y sus accidentes. Este paso no es menor, pues plantea la imposibilidad de establecer un reproche normativo en abstracto, trasladando el foco –superada la dimensión de la imputabilidad y luego, en lo que al plano intelectual-valorativo se refiere, el de la conciencia de ilicitud- al ámbito de la conducta realizada y sus elementos concurrentes. Ya nos daba ciertas luces al respecto el propio WELZEL, cuando planteaba, centrándose en el elemento cognoscitivo de la culpabilidad, que

²⁸⁴ AGUADO CORREA, María Teresa. *Inexigibilidad de otra conducta en Derecho Penal*. Comares, Granada, 2004, pág. 8.

“el conocimiento de lo injusto no puede fundamentar todavía completamente la reprochabilidad de la resolución de voluntad; solo puede hacerlo cuando el autor, en la situación de decisión concreta, podía determinar su voluntad realmente por la comprensión de lo injusto”²⁸⁵. Es a esta determinación a la que hace referencia WELZEL al señalar que la exigibilidad: “no se trata de la capacidad general de formación de la voluntad conforme a sentido, de la imputabilidad, que existe con independencia de la situación de acción, sino de la posibilidad concreta del imputable de poder determinarse en la decisión real por la comprensión de lo injusto”²⁸⁶.

Ciertamente, quienes quieran continuar postulando una culpabilidad integrada por tres elementos formales –considerando dentro de ellos a la exigibilidad-, y donde la imputabilidad se determina atendiendo al caso concreto que motiva el proceso, tendrán que explicar cuál es la necesidad sistemática de contar con un tercer concepto aparentemente vacío de contenido. Es un hecho que el contexto situacional –ya el concepto es decidor- se encuentra referido a unas circunstancias puntuales y concretas. Y si ya hemos de determinar una capacidad (o “normalidad motivacional”) refiriéndonos previamente a aquella situación concreta con sede en la imputabilidad, ¿cuál es la necesidad lógica de volver a realizar esa revisión, ahora bajo el nombre de exigibilidad?

El problema se hace patente al constatar que tanto la concepción normativa como la normativa pura de la culpabilidad, suponen que el examen de la exigibilidad es el último de entre aquéllos a realizar con sede en la culpabilidad. En efecto, “para los primeros debe abordarse la cuestión de la inexigibilidad una vez comprobadas la presencia de la imputabilidad y una de las formas de culpabilidad (dolo o culpa) y para la concepción normativa pura ha de hacerse tras confirmar que el autor es imputable y ha podido conocer la antijuridicidad del hecho ejecutado”²⁸⁷, de suerte que si ya en el primer elemento se concretiza metodológicamente un mismo objeto de estudio (capacidad referida a un hecho), el análisis concreto de los demás será superfluo.

Sin perjuicio de lo anterior, han sido planteadas distintas soluciones alternativas a este problema. Las principales, consisten en ajustes sistemáticos del esquema tradicional, ya sea defendiendo, por una parte, la tesis de la exigibilidad como causal supra legal de

²⁸⁵ WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Traducción de José Cerezo Mir. Ed. ARIEL, Barcelona, 1964, págs. 125-126; *Derecho Penal alemán...* op. cit. pág. 248.

²⁸⁶ WELZEL, H. *El nuevo sistema del Derecho Penal...* op. cit. p. 125; *Derecho Penal alemán...* op. cit. p. 248.

²⁸⁷ AGUADO CORREA, M. T. *Inexigibilidad de otra conducta en Derecho Penal...* op. cit. p. 23.

disculpa jurídica o, por la otra, sosteniendo la existencia de un nuevo escalón valorativo, intermedio entre antijuridicidad y culpabilidad, al que se ha dado en llamar atribuibilidad (MAURACH).

2. Fundamento de la inexigibilidad.

Importante es destacar que el fundamento de la culpabilidad en general y de la exigibilidad en particular no ha sido un tema pacífico.

Siguiendo a FERNÁNDEZ PANTOJA²⁸⁸, que ha trabajado recientemente sobre el tema de la no exigibilidad, el fundamento de la inexigibilidad admite tres posturas fundamentales:

a) La relación poder-deber.

Doctrina postulada en Alemania por WEBER, según la cual, sólo puede ser declarado culpable quien ha realizado un hecho típico y antijurídico en la medida que hubiere podido actuar conforme a Derecho. En España, un representante de esta posición fue SÁINZ CANTERO para quien, al autor de un hecho delictivo solo le es exigible determinarse conforme a la norma cuando pudiere hacerlo, condicionando ese poder al contexto situacional externo en el que actuó²⁸⁹.

WELZEL, por su parte, replanteó en un momento su postura respecto a la exigibilidad en relación con la culpabilidad. Respecto de esta última, la fundamentó en un primer momento en la reprochabilidad del actuar antijurídico, para luego cambiar de opinión y fundamentarla en el poder del autor en relación a su formación de voluntad antijurídica. Este cambio de postura la explica en que en el poder del autor “ya está fundamentado el reproche personal que se alza en el juicio de culpabilidad contra el autor a causa de su comportamiento antijurídico”²⁹⁰.

Este autor alemán, fundamenta la culpabilidad en el “poder actuar de forma alternativa ajustada a Derecho” y, en este sentido, en relación a la culpabilidad, la exigibilidad aparecerá expuesta materialmente fuera del concepto de culpabilidad, en un

²⁸⁸ FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar. “La exigibilidad y la no exigibilidad de conductas adecuadas a las normas penales: cuestiones pendientes en la dogmática jurídico penal”. En: *Cuadernos de Política Criminal*, N° 106. I Época II, Abril 2012, págs. 153-189.

²⁸⁹ SÁINZ CANTERO, José Antonio. *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho Penal*. Universidad de Granada, 1965, págs. 74-75.

²⁹⁰ WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán...op. cit.*, pág. 248.

epígrafe independiente, es decir, el fundamento de ambas (culpabilidad y exigibilidad) sería distinto. Para este autor, con la afirmación tanto de la imputabilidad como de la posibilidad del conocimiento de lo injusto, la culpabilidad, el poder del autor en relación a su acción típica y antijurídica, está fundamentado materialmente, con lo cual relega a la exigibilidad (o más bien, a las causales de inexigibilidad) a situaciones en donde el ordenamiento jurídico puede omitir el reproche de formación de la voluntad, en casos excepcionales, por razones éticas o por una limitación jurídica.

Sin desmedro de lo anterior, WELZEL sostiene que “ con la confirmación tanto de la imputabilidad como también de la posibilidad de conocimiento del injusto se encuentra establecida materialmente la culpabilidad, el <<poder en lugar de ello>> del autor en relación a su acción típica antijurídica... pueden existir razones para renunciar al reproche de culpabilidad y en tal medida “exculparlo” y absolverlo de pena”²⁹¹. En este sentido si bien la exigibilidad no sería materialmente un elemento de la culpabilidad (en la medida que el fundamento de la exigibilidad es distinto al de la culpabilidad en general), sí sería un elemento de ésta desde el punto de vista formal (junto con la imputabilidad y la conciencia de la antijuridicidad). De este modo la exigibilidad sería el elemento volitivo de la reprochabilidad y consistiría en la “posibilidad concreta del imputable de poder determinarse en la decisión real por la comprensión de lo injusto”²⁹².

En síntesis, para WELZEL la exigibilidad es un elemento de la culpabilidad pero con un fundamento distinto al de ésta. En la exigibilidad, más bien, “nos vamos a encontrar con el paso de la exculpación a la disculpa”, aun cuando como se señala supra, planteo que las causales de inexigibilidad deben ser delimitadas estrictamente por el Derecho. Esto lo aleja de quienes conciben a la exigibilidad como una “causal supra legal de disculpa”.

b) La motivación anormal.

Si bien la motivación es un factor subjetivo e interno de un sujeto, en el presente caso, la doctrina penal que se apoya en ella, la vincula al contexto objetivo externo en el que el sujeto ha obrado. De esta forma, quienes adhieren a ella, han sostenido como MIR PUIG que una situación de “no exigibilidad” tiene lugar si “el sujeto actúa en una situación motivacional anormal a la cual el hombre medio hubiera sucumbido”²⁹³, toda vez que el

²⁹¹ *Ibidem*. cit., pág. 248.

²⁹² WELZEL, H. *El nuevo sistema del Derecho Penal*...op. cit., pág. 125-126; del mismo autor, *Derecho penal alemán*...op. cit., págs. 198 y 248.

²⁹³ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. P.G.*...op. cit., págs. 546 y ss.

Derecho no puede exigir a un ciudadano un grado de sacrificio en una situación motivacional que el hombre medio no pueda soportar. A juicio de este autor, pretender exigir de un ciudadano una conducta ajustada a Derecho en una situación motivacional anormal, al igual que si se tratara de una situación motivacional normal, implicaría una violación a un principio de igualdad.

Si se pretende determinar el fundamento de la exigibilidad, una perspectiva válida es vincular dicha interrogante con un presupuesto determinado y que viene dado por el contenido de las normas penales. En esta perspectiva encontramos a MORILLAS CUEVA para quien la norma penal es una especie de "simbiosis valorativa-imperativa", es decir, la norma penal tiene una dimensión "objetiva-valorativa" de un hecho y, además, una dimensión "subjetiva-de determinación" del sujeto al cual está dirigida la norma "para que se abstenga de actuar de forma delictiva" o bien "su función como hecho social, desde el punto de vista de su realidad, no es la de motivar sino la de efectuar repartos de bienes y valores entre los miembros de la comunidad, proteger la distribución resultante y, solo de manera subordinada, motivar a los individuos para que las respeten"²⁹⁴. FERNÁNDEZ PANTOJA, hace suya la reflexión anterior y, además, agrega que la exigibilidad es un elemento de la culpabilidad, razón por la cual, "la exculpación se debe basar en el propio sujeto como individuo que recibe, percibe y actúa según las normas"²⁹⁵. Lo anterior, le permite postular que el fundamento de la inexigibilidad sería, la "presencia de circunstancias que determinan la anormalidad del proceso motivador"²⁹⁶. No obstante, es preciso reconocer que para la doctrina dominante las causas de exculpación implicarían la negación de la "capacidad general de actuar del ciudadano medio" (no la capacidad de autodeterminación del imputado), lo cual es expresión del baremo objetivo del hombre abstracto o ideal con el cual resuelven su existencia.

c) Teorías basadas en factores externos.

i. La valoración de la cantidad del injusto y de la culpabilidad del hecho.

²⁹⁴ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. P.G. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal*. Ley Penal. Ed. Dykinson, S.L. Madrid, 2010, págs. 69 y ss.

²⁹⁵ FERNÁNDEZ PANTOJA, P. *La exigibilidad y la no exigibilidad de conductas adecuadas a las normas penales...* op. cit., pág. 176.

²⁹⁶ *Ibidem*. cit., pág. 169. Personalmente, y siendo consecuente con mi aprehensión crítica sobre la especial relevancia que un sector importante de la doctrina otorga al factor "motivación" en el actuar humano, preferiría decir "presencia de circunstancias que determinan la anormalidad del proceso de opción para decidir un actuar conforme a Derecho".

Para un sector relevante de la doctrina, representada por JESCHECK y WEIGEND²⁹⁷, la explicación material vendría dada por la presencia de un contexto situacional extraordinario que determinaría una disminución del injusto del hecho y de la culpabilidad del protagonista del ilícito.

ii. Prevención general y finalidad de la pena.

Desde una visión normativista, ROXIN²⁹⁸ ha planteado que el legislador penal, sobre la base de un contexto situacional anormal, ha tomado una decisión político-criminal de no sancionar a quien se ha encontrado en una situación extraordinaria que lo ha presionado y determinado a perpetrar un delito porque, de hacerse efectiva la sanción, ésta no cumpliría sus fines de prevención general ni especial.

3. Naturaleza jurídica de la no exigibilidad

Sobre este punto, siguiendo a SÁINZ CANTERO²⁹⁹, se pueden distinguir tres grandes posturas surgidas en la doctrina:

a) La no exigibilidad de conducta legal, como causa supralegal de inculpabilidad.

La raíz de esta postura es sin duda la concepción normativa y es una extrapolación de la doctrina de las causas supralecales de antijuridicidad al ámbito de la culpabilidad. Para GOLDSCHMIDT, la razón de ser de la no exigibilidad era el autorizar al sujeto a actuar contra la norma objetiva de Derecho porque, en el caso en que se encontraba, en dicha norma no se encontraba la solución justa ya que existen motivos que el orden legal debe reconocer como superiores al motivo del deber³⁰⁰. Para este autor, la mayor o menor gravedad de la culpabilidad está relacionada con el mayor o menor grado en que la motivación del sujeto no corresponde a la exigibilidad y esto último depende de todas las consecuencias culpables previstas o previsibles así como de los presupuestos psíquicos de la culpabilidad³⁰¹. Según GOLDSCHMIDT, el único presupuesto de la no exigibilidad era la <<motivación anormal>>.

²⁹⁷ JESCHECK, H./WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal. P.G...* op. cit., págs. 514-516.

²⁹⁸ ROXIN, C. *Derecho Penal. P.G...* op. cit., págs. 813-814. En igual sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Sobre las actuaciones en una situación de necesidad, que no implican deberes de tolerancia”, en *Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Dir. D.M. Luzón Peña y S. Mir Puig, Madrid, 1999, págs. 174 y ss.

²⁹⁹ SAINZ CANTERO, José A. *La exigibilidad de conducta adecuada ...* op. cit., págs. 79 y ss.

³⁰⁰ GOLDSCHMIDT, J. *La concepción normativa de la culpabilidad*. Traducción castellana de Margarita Goldschmidt y Ricardo Nuñez. Buenos Aires, 1943, pág. 38.

³⁰¹ GOLDSCHMIDT, J. *La concepción normativa...* op. cit., pág. 80 y ss.

MEZGER en un principio adhirió al pensamiento de GOLDSCHMIDT, aunque, posteriormente, rectificó señalando que no había que olvidar que dicha concepción encerraba el peligro de configurar una excusa demasiado amplia y, por esto, debía ser evitada. Por su parte, JIMÉNEZ DE ASÚA en esta misma línea sostuvo: “la exigibilidad, contenido sustancial de la doctrina normativa, es la clave del más y del menos, y hasta de la exclusión de toda culpabilidad”³⁰². Más aún, defendió la importancia de esta causa genérica de inculpabilidad ya que su naturaleza era ser justamente suprallegal³⁰³.

Algunos autores, como SCHMIDT, criticando las posiciones más positivistas y aludiendo a exigencias de justicia, han argumentado que “la estricta regulación de las causas de exculpación pone de manifiesto la necesidad de la posibilidad de una exculpación supra legal de forma absoluta, salvo que se quiera llegar a decisiones injustas”³⁰⁴. En esta misma línea MANGAKIS señala que “si se toma en serio la idea de que imputabilidad y exigibilidad son criterios de culpabilidad que afectan al poder individual del autor, ello significa que no están reguladas positivamente de forma exhaustiva (...). Ello debe pedirse también para una realización consecuente de la idea de justicia pues el reconocimiento de inimputabilidad e inexigibilidad fuera de los casos legales, ofrece la posibilidad de valorar el caso particular desde el punto de vista de la equidad y, por tanto, según criterios materiales de justicia”³⁰⁵.

No obstante, la idea de exigibilidad entendida como una causal supra legal de disculpa jurídica, me parece, aunque atendible por sus fines altruistas, de difícil sustentación dogmática. Quizás resulte deseable desde una perspectiva de lege ferenda que el legislador establezca, tal vez en sede constitucional, un principio claro del que puedan deducirse causales de exculpación distintas de las reconocidas, más amplias o con criterios más flexibles, pero esa esperanza parece escasamente reconciliable con el Derecho vigente. En efecto, la existencia de normas positivas que recogen hipótesis de situaciones de exculpación concreta (v.gr. fuerza irresistible o miedo insuperable), pugnarían con una defensa definitiva de la perspectiva en comento, aunque resulte extremadamente útil a los efectos de una teoría puramente normativa. La prueba de que la sola enunciación de la equidad pueda generar causales alternativas de disculpa, no ha sido suficientemente rendida. Por lo demás, la

³⁰² JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal*. Vol. V. Editorial Losada, Buenos Aires, 1962, pág. 265.

³⁰³ JIMÉNEZ DE ASÚA, L. “<<Post-scriptum>> a mi estudio sobre No exigibilidad de otra conducta”. En: *El Criminalista*. Vol. II. Buenos Aires, 1950, pág. 347.

³⁰⁴ SCHMIDT, E. “Anmerkung” págs. 569-570. citado en MELENDO PARDOS. M. *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*. Ed. Comares, Granada, 2002, pág. 409.

³⁰⁵ MANGAKIS. “Uber das verhältnis”. pp. 527-528, citado en MELENDO PARDOS. M. *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad...op. cit.*, pág. 411.

adopción de tal perspectiva implicaría una inversión riesgosa de los términos. En efecto, de la máxima de la experiencia y que ha hecho suya el legislador penal, nos permite suponer, razonablemente, que las personas actúan en contextos situacionales normales.

De esta manera, resulta evidente que el término exigibilidad se usa de manera análoga para señalar dos cosas similares, pero distintas; por una parte, se refiere al fundamento mismo del juicio de reproche en la teoría normativa de la culpabilidad; por la otra, señala un elemento formal positivo que integra la culpabilidad, por su consagración en la legislación vigente, y que consiste en la presencia de situaciones fácticas, normativamente reconocidas, que dificultan seria o gravemente la realización de una conducta alternativa ajustada a Derecho. Desde luego, como integrante de la culpabilidad, también aquí será necesario establecer qué es lo que se podía exigir al sujeto. Pero la denominación <<exigibilidad>>, a mi entender, para este elemento no es la más adecuada, razón por la cual, es sin duda preferible emplear el término contexto situacional normal, destacando lo propio o característico de dicho elemento: el escenario fáctico (anormal) en el cual el sujeto perpetró el hecho delictivo.

b) La no exigibilidad como principio de inculpabilidad aplicable por analogía a casos no previstos por la ley penal.

SCARANO sostuvo que el principio de no exigibilidad era la razón común de todas las causas de inculpabilidad³⁰⁶. En igual sentido BETTIOL para quien el principio de no exigibilidad, inmanente en el sistema, adquiere entidad normativa pudiendo ser aplicado a los casos no previstos de manera expresa por la ley sobre la base de la analogía³⁰⁷. A su juicio, si al autor no puede exigírsele otra conducta, la norma en su dimensión imperativa decae ya que el imperativo no puede considerarse jamás incondicionado porque, para su validez, deben ser tenidas en cuenta todas las circunstancias que acompañan a la conducta³⁰⁸.

c) La no exigibilidad como principio regulativo del Derecho.

HENKEL sostiene que hay que establecer una distinción: si es correcta la admisión de causas supralegales de exclusión de la culpabilidad y, otra cosa, es postular que la no

³⁰⁶ SCARANO, L. *La non esigibilita nel Diritto Penale*. Napoli, 1948, pág. 71.

³⁰⁷ BETTIOL, G. *Diritto Penale. P.G.* 5ª ed. Palermo, Priulla, 1962, pág. 334.

³⁰⁸ *Ibidem.* cit., pág. 335.

exigibilidad sea una causa suprallegal de exculpación³⁰⁹. A su juicio, la primera afirmación es correcta pero no la segunda. Para él, la admisión de causas supraleales de inculpabilidad es una consecuencia de la concepción normativa. Las causas legales de inculpabilidad establecidas en la ley penal no es algo taxativo. Pueden existir casos no previstos semejantes a los previstos p. ej. supuestos de colisión de deberes no susceptibles de resolver según el principio de la ponderación de intereses que excluyan la antijuridicidad. En cambio, la no exigibilidad sólo tiene un rango y función secundaria: servir de principio regulativo en casos límite legales dudosos p. ej. los casos de error sobre la motivación si éste era inevitable. Para HENKEL la no exigibilidad no pasa de ser un principio regulativo y, por lo mismo, carece de un contenido valorativo pero puede ser útil para, en casos legales dudosos, ayudar a completar o corregir las normas legales y, de esta forma, lograr un determinación concreta que la ley no ha podido efectuar.

4. Ubicación sistemática.

Para la doctrina dominante, el contexto situacional normal o exigibilidad es un elemento que integra la culpabilidad formal y, para esa misma mayoría, su tratamiento ocupa el tercer y último elemento a ser considerado³¹⁰. Es preciso reconocer que, para esa misma doctrina dominante, la culpabilidad queda materialmente establecida con la existencia de la imputabilidad y de la posibilidad de conocimiento del injusto. No obstante, el ordenamiento penal puede tener razones para renunciar al reproche de culpabilidad, “exculpar” al agente y liberarlo de pena. En situaciones excepcionales v.gr. un estado de necesidad en que pone en grave peligro la vida o la salud del autor o de un ser querido y en donde la salida en dicho estado es el sacrificio de un bien jurídico ajeno protegido penalmente. Estos casos de no exigibilidad de conducta ajustada a Derecho, son situaciones fácticas de grave presión psicológica sobre el autor en los que el orden jurídico-penal se inclina por otorgarle indulgencia y exculparlo pese a la existencia, en muchos casos, de culpabilidad.

³⁰⁹ HENKEL, H. *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip*, citado por SAINZ CANTERO, J.A. *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal*. ...op. cit., pág. 87.

³¹⁰ A modo de ej. MEZGER, E. *Libro es Estudio*. P.G....op. cit. pág. 199; WELZEL, H. *Derecho Penal alemán*. P.G....op. cit., pág. 248; STRATENWERTH, G. I. “El hecho punible”. En *Derecho Penal*. P.G. Ed. EDERSA. Traducción de Gladys Romero, 1982, pág. 189; JESCHECK, H.H./ WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal*. P. G....op. cit., pág. 513; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal*. P.G....op. cit., pág. 358; QUINTERO OLIVARES, G. *Parte General del Derecho Penal*. Ed. Thomson Reuters, 4ª ed. ..op. cit., pág. 435; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. *Derecho Penal*. P.G....op. cit., pág. 662.

Un sector minoritario, aunque, relevante de la doctrina ha postulado por autores como MAURACH o BACIGALUPO, un nuevo escalón valorativo, intermedio entre la antijuridicidad y la culpabilidad, denominado atribuibilidad o responsabilidad por el hecho. Así, habría que distinguir “entre las causas de justificación y las de inculpabilidad, como categoría intermedia, las causas que excluyen la atribuibilidad. En ellas se daría una considerable disminución de lo injusto y una presunción iuris et de iure de la falta de culpabilidad, pues la exclusión de la culpabilidad se llevaría a cabo mediante un proceso generalizador, sin atender si el sujeto podía o no obrar de otro modo en la situación concreta en que se hallaba”³¹¹.

Este criterio de atribuibilidad o responsabilidad por el hecho “significa una desaprobación que no implica un juicio de reproche personal y meramente indica el incumplimiento de las facultades jurídicamente presumidas para el hombre medio. Según esta tesis, ha de excluirse la concurrencia de esta categoría en aquellos casos en los que no puede imputarse el injusto al autor por haber realizado su acción bajo condiciones que convierten en inexigible para todos el comportamiento conforme a derecho”³¹².

Podemos distinguir, de este modo, entre causales de justificación, de exclusión de atribuibilidad y de exculpación (también llamadas causales de inculpabilidad). De esta suerte, para BACIGALUPO, referido por CEREZO MIR, excluyen la atribuibilidad “el estado de necesidad, en el caso de conflicto de intereses iguales, el miedo insuperable, las clásicas excusas absolutorias y el encubrimiento de parientes (...). Son causales de inculpabilidad, según el primero de los autores recién citados, no solo las causales de inimputabilidad y el error de prohibición invencible, sino también el error invencible sobre la punibilidad”³¹³.

Se fundaría este nuevo elemento, la atribuibilidad, en “una menor gravedad del injusto, del desvalor de la acción y, en ocasiones, del desvalor del resultado y la exclusión de la culpabilidad, o de la culpabilidad jurídico-penalmente relevante”³¹⁴. La medida o baremo para determinar si concurre una causal de “exclusión de la atribuibilidad” sería, en estos términos, de carácter objetivo, pues “la no exigibilidad de otra conducta adecuada a la

³¹¹ BACIGALUPO, E. Principios de Derecho penal español II. El hecho punible, págs. 89 y ss. citado en CEREZO MIR, J. “La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva española”. En: *Justificación y Exculpación en Derecho penal*. Esser - Gimbernat y Perron, Madrid, 1995, pág. 26.

³¹² HIRSCH, Hans Joachim. “La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana”. En *Justificación y Exculpación en Derecho penal...* op. cit., pág. 48.

³¹³ CEREZO MIR, J. “La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva española”... op. cit. pág. 26.

³¹⁴ *Ibidem*. cit., págs. 26 – 27.

norma lleva implícita, sin duda, la referencia a un criterio generalizador”³¹⁵. Se atiende por tanto a la conducta que observaría en esa misma situación un hombre medio.

Sin embargo, existe un consenso más o menos generalizado en rechazar la teoría de la responsabilidad por el hecho, fundamentalmente debido a que el hecho de que los casos de inexigibilidad estén regulados conforme a un método estándar no afecta a la constatación que, desde un punto de vista material, de todos modos se trata de la culpabilidad. Al igual que aquellos otros criterios que también la teoría de la responsabilidad por el hecho ubica en la culpabilidad, los casos de inexigibilidad afectan a la cuestión acerca de si el autor que obró antijurídicamente pudo motivarse conforme a Derecho. Y que en el ámbito de la inexigibilidad lo decisivo sea un criterio de promedio, no es un argumento a favor, sino un argumento adicional en contra de la autonomía de un escalón valorativo previo a la culpabilidad; mientras que “respecto de aquel autor que, también de acuerdo con la teoría de la responsabilidad por el hecho, carece del elemento culpabilidad, por regla general, se produce una exclusión total de la culpabilidad, en el caso de la inexigibilidad se trata de una culpabilidad que tan solo se halla fuertemente disminuida, de modo que ya no basta para formular un reproche jurídico. Por consiguiente, supondría una inversión de la jerarquía de los escalones valorativos del delito si se asignasen los casos de inexigibilidad, que frecuentemente se interpretan a través del punto de vista de la indulgencia del Derecho, a un escalón valorativo más favorable para el autor que la incapacidad de culpabilidad por trastornos mentales y el error de prohibición inevitable. Por lo demás es un postulado de la lógica que la posibilidad de conocer el injusto se trate antes, y no después, de la cuestión acerca de si se ha obrado, y en qué medida, conforme a ese conocimiento”³¹⁶.

Finalmente, queremos precisar algunos puntos respecto de la relación existente entre la exigibilidad y la imputabilidad. Según MELENDO PARDOS, podemos analizar la relación entre ambos bajo dos criterios: uno “general/concreto” y otro “externo/interno”.

Bajo la aplicación de un esquema general/concreto la reprochabilidad está concebida como una concreción de los elementos generales de la imputabilidad, es decir, de su dimensión volitiva. En este sentido, según el autor antes citado, es posible extrapolar al ámbito de la exigibilidad lo señalado por MAURACH cuando afirma que la posibilidad de

³¹⁵ *Ibidem.* cit., pág. 27.

³¹⁶ HIRSCH, H. J. “La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana”...op. cit., pág. 48 (el subrayado es nuestro).

conocimiento de lo injusto es solo una concreción de la imputabilidad³¹⁷, de modo tal que el “poder actuar conforme a ese conocimiento”, que es lo propio de la exigibilidad, también sería una concreción de la imputabilidad, pero en este caso lo sería de su dimensión volitiva (allí donde en el conocimiento de lo injusto se trataba de una concreción de la dimensión cognoscitiva de la imputabilidad).

Bajo la aplicación de un criterio interno/externo, en cambio, la imputabilidad es algo que tiene que ver con la constitución psíquica del autor, mientras que la inexigibilidad supone la presión que producen en esta constitución psíquica el medio, entorno, escenario o contexto situacional donde actúa el sujeto. Así, nuevamente se hace un paralelismo entre la situación en que se encuentra el conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad en relación a la imputabilidad para graficar este criterio. Respecto de la conciencia de la antijuridicidad, MAURACH señala que “no estamos ante representaciones psíquicas actuales, sino exclusivamente ante valoraciones, cuya diferencia radica en que la imputabilidad, como círculo más amplio, está constitucionalmente referida al autor, mientras que la conciencia de la antijuridicidad está objetivada en el hecho concreto”³¹⁸. Por su parte MANGAKIS, al referirse a la relación entre imputabilidad y exigibilidad señala que “la imputabilidad es el juicio, lógicamente precedente, sobre la capacidad general del autor de poder obrar de otro modo según su estructura de personalidad, y la exigibilidad el juicio que concreta esta capacidad en atención a las circunstancias externas e internas del autor”³¹⁹.

5. El baremo en el juicio de exigibilidad.

No cabe duda ninguna que un tema de gran relevancia en el ámbito de la exigibilidad es el criterio a emplear en su determinación. Sobre este punto tres han sido los principales criterios postulados: un criterio subjetivo, un criterio objetivo y un criterio mixto.

El criterio subjetivo tiene como máximo exponente a FREUDENTHAL quien, consecuente con la idea que la culpabilidad supone un reproche personal por exigencias de Justicia y de conciencia popular, postula que el criterio debe basarse en el poder psico-físico del autor y en las circunstancias precisas que concurrieron en el caso concreto que tuvo que

³¹⁷ MAURACH, R./ZIPF, H. *Derecho Penal*. P. G. T. 1, ... op. cit., pág. 657.

³¹⁸ MAURACH, R./ZIPF, H. *Derecho Penal*. P. G. ...op. cit., pág. 596.

³¹⁹ MANGAKIS, “Uber das verhältnis” p. 526 citado en MELENDO PARDOS. *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad*...op. cit. pág. 388.

enfrentar. Para este autor, si el sujeto carecía del poder para actuar conforme a Derecho, desaparece para él el deber y, con ello, la culpabilidad. En pocas palabras, el autor de un hecho delictivo sólo puede ser calificado de culpable si, en el caso concreto, él (no otra persona) podía haber actuado de otra manera y, de esta forma, haber obrado respetando el Derecho³²⁰.

Por otro lado, al criterio subjetivo o personal se le criticó porque, dicho criterio, conllevaba una reducción de los deberes normativos a favor de los intereses individuales que al final acabaría excavando y debilitando los deberes de los ciudadanos. Además, se le ha objetado que partiría de una concepción de la culpabilidad como “reprochabilidad ético-individual de la motivación, y la culpabilidad jurídico penal no debe identificarse con el de la ética, ni el concepto de culpabilidad moral puede ser aceptado como criterio determinante de consecuencias en el campo jurídico penal”³²¹.

El criterio objetivo, propugnado por WEGNER y defendido por GOLDSCHMIDT, KOLHRAUSCH, E. SCHMIDT, postula que el baremo de lo exigible-inexigible viene dado por el poder psico-físico del “hombre-medio” en la situación concreta vivida por el autor del hecho delictivo. “...como jurídicamente preponderantes hay que reconocer solo aquellos motivos que según las circunstancias dada hubieran superado el motivo de deber en el hombre medio...el poder fundado en la motivación normal no se determina subjetivamente, según las cualidades y capacidad personal del autor, sino según una medida objetiva esto es, el poder se hace depender de un deber. El poder de los otros se vuelve un deber para el autor”³²².

Desde los planteamientos de SCHMIDT, principalmente, fue ganando lugar una teoría objetiva de la exigibilidad, conforme a la cual ésta debía determinarse según un parámetro que supusiera el hipotético comportamiento que observaría un hombre medio situado en las mismas circunstancias en las que se encontraba el autor del hecho típico y antijurídico en el momento de realizarlo, teniendo en cuenta incluso las peculiaridades psicofísicas conocidas del autor concreto. “Si se hubiera comportado igual que el hombre medio, al autor no se le puede exigir una conducta distinta a la que ha llevado a cabo; si, por el contrario, no ha

³²⁰ FREUDENTHAL, B. *Culpabilidad y reproche en el...* op. cit., pág. 77.

³²¹ SÁINZ CANTERO, J. *La exigibilidad de conducta adecuada...* op. cit., pág. 99.

³²² GOLDSCHMIDT, J. *La concepción normativa...* op. cit., págs. 39 y 40.

actuado como lo hubiese hecho el hombre medio, sí que se le podría exigir una conducta conforme a Derecho”³²³.

Esta mirada objetiva, al utilizar la ficción generalizadora del hombre medio, se pone la carga de establecer, a su vez, bajo cuáles criterios determinará que las características de este ciudadano promedio son unas y no otras. En este sentido NOWAKOSKI señala que dicha medida tiene que ser hallada en el derecho positivo, dado que el concepto de culpabilidad es un concepto jurídico. La medida no puede hallarse partiendo de un método científico natural, a partir de una normalidad estadística, pues el Derecho determina autónomamente sus valores. En definitiva, “hay que recurrir a la totalidad de ideas valorativas, culturales, protegidas por el Derecho y que, al mismo tiempo, son la base del Derecho. Así no se invoca ninguna medida extralegal, sino que se desarrolla el Derecho mismo en su última sustancia”³²⁴. Para apoyar este criterio, además de los planteamientos que ya hemos revisado, se ha dicho que el baremo del hombre medio es el único que puede cumplir con la exigencia impuesta al ordenamiento penal, según la cual, a nadie se le puede exigir bajo amenaza de pena un comportamiento heroico. Señala al respecto SAUERLANDT que solo este criterio puede ser “un elemento constructivo en una concepción liberal–democrática del Estado, concepción con la que tiene un estricto parentesco genético. A la idea de la igualdad de derechos de todos los individuos tratados como iguales corresponde también una igualdad de deberes ciudadanos, por lo que el concepto del poder medio, que traza el límite de la culpabilidad, es la forma en la que el principio de igualdad se ha realizado en el Derecho penal”³²⁵.

En la actualidad, para determinar el grado de exigibilidad en el ámbito de la culpabilidad, la mayoría de la doctrina se decanta por el criterio objetivo del hombre medio, pero este criterio se contextualiza, atendiéndose al criterio del hombre medio en la posición del sujeto³²⁶.

Pero si de lo que se trata es de establecer en qué medida un comportamiento le es exigible a un sujeto real y concreto, sea para establecer una exigibilidad legalmente tipificada o para disculpar supra- legalmente, la pregunta sobre el juicio social de esa

³²³ AGUADO CORREA, M.T. *Inexigibilidad de otra conducta en Derecho Penal...* op. cit., pág. 65.

³²⁴ NOWAKOWSKI. “Das ausmab”, *Perspektiven*. p. 141 citado en MELENDO PARDOS. *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad...* op. cit. pág. 417.

³²⁵ SAURLANDT, *Zur Wandlung*, pág. 34, citado en MELENDO PARDOS. *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad*. 2002, pág. 260.

³²⁶ AGUADO CORREA, M. T. *Inexigibilidad de otra conducta en Derecho Penal...* op. cit., pág. 66.

conducta (en una perspectiva normativa) será superfluo, injusto e inadecuado si no se relaciona, precisamente, con el grado de comportamiento esperable de ese sujeto particular.

En ese sentido, utilizar, en sede de la culpabilidad, un criterio objetivo-generalizador para establecer en qué grado un sujeto concreto es reprochable por sus actuaciones, implica a mi entender, una apreciación inaceptable de las teorías normativas que, con una abstracción desagregada de los hechos, pretende reemplazar el juicio de la realidad por uno genérico y racionalista. Ese enfoque resulta comprensible y aceptable tratándose del injusto, pues sus mandatos y prohibiciones se dirigen a la generalidad de los ciudadanos y pretenden regir en términos de igualdad para todos. Empero, difícilmente pueda mantenerse esa perspectiva en el plano de la culpabilidad sin detrimento de aspiraciones medianamente fundadas en la Justicia, o sin contradicciones insalvables con el mismo esquema dogmático que se defiende. En efecto, si de lo que se trata en la culpabilidad es de formular un juicio de reproche personal (y no de carácter social) por haber actuado de una forma y no de otra, es evidente que lo que debe estudiarse es, precisamente, las posibilidades concretas que tenía aquél sujeto de actuar de una forma o de otra.

Ahora bien, es en este punto donde es posible introducir un factor relevante. Si bien la adopción de perspectivas normativas generalizadoras supone serios inconvenientes, no lo es menos que los enfoques psicológicos-individuales también los presentan y en forma ciertamente abundante. Por tal razón, creemos que el criterio debe seguir estando en el plano normativo, pero atento a los datos psicosociales concretos y al baremo personal con que el que habrá que medir el grado de reproche del sujeto. Es decir, no se trata de efectuar un análisis pericial en extremo detallado que nos refleje cada característica específica del sujeto en cuestión, sino que de fijar una medida que nos permita conocer en abstracto cuál es el grado razonable de comportamiento o abstención que le podemos exigir a ése sujeto concreto, con sus características y peculiaridades (criterio personal-objetivo). De esta manera, la pregunta no se agota en la abstracción del hombre medio sino que alcanza su realización en el análisis normativo personal del nivel de exigibilidad.

A nuestro juicio, si se quiere ser consecuente con el postulado que la culpabilidad es un “juicio de reproche personal” (y no social); en el ámbito de la exigibilidad, el legislador penal fija un patrón o baremo objetivo basado en el hombre-medio, lo cual es perfectamente razonable. Ahora bien, será en el estudio del tercer elemento de la culpabilidad: contexto situacional normal donde se deberá indagar si el inculcado, en el caso concreto en que se

encontraba, él y no un supuesto hombre-medio, podía haber realizado el grado de sacrificio o esfuerzo que el legislador penal puede demandar según aquel criterio objetivo. Acudamos a la analogía, si el legislador presume y demanda que el hombre-medio puede (y debe) levantar 30 kilos, habrá que ver si la persona del inculcado, en la situación en que se encontraba, podía llevar a cabo dicho levantamiento. Si su estructura y características personales le permitían hacerlo y no lo hizo, entonces, se hará acreedor a un juicio de culpabilidad; de lo contrario, no. No me parece razonablemente justo declarar culpable y “reprochar” al inculcado si éste acredita que, siguiendo con el ejemplo, en el contexto situacional en que se encontraba, no podía levantar 30 kilos como lo demanda la ley penal. Un argumento de texto legal positivo que permite avalar el criterio personal-objetivo es lo dispuesto por el legislador español en el artículo 20.6 CP al declarar exento de responsabilidad criminal “al que obre impulsado por miedo insuperable”. En efecto, la naturaleza del miedo es de carácter absolutamente personal. En efecto, lo que algo puede ocasionar miedo a una persona puede que no lo haga respecto de otra. Además, el legislador penal del 95 suprimió el requisito objetivo de ponderación de males que existía antes y que condicionaba al miedo para ser estimado “insuperable”.

Optar para configurar esta eximente por un criterio objetivo (hombre-medio) implicaría afectar seriamente el principio de igualdad. Medir el comportamiento según el grado de actuación que efectivamente puede esperarse de cada cual, no es sino una manifestación del principio de igualdad, entendido como el trato desigual a los desigualmente situados. Por tal razón, resultaría del todo injusto someter a un individuo a exigencias determinadas heterónomamente, las que pueden resultar o más laxas o, lo que es peor, definitivamente inalcanzables para él.

De esta manera, quienes creen que las doctrinas que recogen criterios de carácter personal terminan poniendo una carga insoportable para el grado de exigibilidad que se puede (y debe) esperar de las personas, equivocan la manera de enfocar el problema, pues, precisamente, lo que sea o no “irresistible o insuperable” y, por lo mismo “inexigible”, deberá establecerse con respeto irrestricto a lo que a un hombre concreto se le puede exigir conforme a Derecho.

Por el contrario, incorporando a una mera abstracción como forma de determinar el deber, lo que hacemos, sin darnos cuenta, lejos de suavizar los grados razonables de actuación esperable, es terminar estandarizándolos de manera que pueden resultar del todo

ajenas a las reales posibilidades de un individuo (a su favor o en su contra), con las inaceptables consecuencias prácticas que tal criterio podría generar³²⁷.

6. Posición personal sobre el Contexto Situacional Normal.

a) Antes de comenzar a reseñar las principales ideas, quiero dejar constancia que soy de opinión que es preferible, a fin de evitar desintelencias, hablar de “contexto situacional normal” y no de “exigibilidad” como elemento de la culpabilidad. La razón es simple: todas las causales que eliminan la culpabilidad tienen, a mi entender, un denominador común. En todas ellas, el legislador penal no puede exigir a quien las protagoniza (v. gr. por anomalía o alteración psíquica, error invencible sobre la prohibición o miedo insuperable) que, en la situación concreta en que se encontraba, actuara conforme a Derecho, sentido o valor; en otras palabras, no le era exigible una conducta diferente y ajustada a Derecho. Por ello, nos parece equívoco limitar al “miedo insuperable” la característica de inexigibilidad ya que bien puede ser predicada de todas las causales de inculpabilidad. El elemento formal que integra la culpabilidad es la existencia de un “contexto situacional normal” y, sólo en un escenario de dicho carácter al momento de perpetrarse el delito, la sociedad puede “exigir del autor un comportamiento ajustado a Derecho”.

b) En primer lugar, la exigibilidad se encuentra vinculada a la concepción normativa de la culpabilidad. Solo desde esta perspectiva podemos entender que este elemento forme parte de la culpabilidad (formalmente) y que posea, en consecuencia, el mismo fundamento material y normativo. Este elemento surge de la necesidad de realizar un reproche al autor de un hecho típico y antijurídico porque, en el contexto situacional en que éste se encontraba al actuar, “debía y podía” superar con éxito tales circunstancias y actuar ajustándose a Derecho. Creo que no es consecuente concebir la exigibilidad (o la falta de ésta) con un fundamento distinto al de la culpabilidad en general, siendo que se reconoce que aquella es un elemento (en un sentido formal) de ésta, y que consiste en la capacidad de poder

³²⁷ JAKOBS ha buscado la solución al problema distinguiendo grupos de casos, según las necesidades del resguardo de la institución de que se trate y teniendo especialmente a la vista los casos en que el autor se ha procurado su propia situación de inexigibilidad. Así, “el baremo que ha de aplicarse se rige por la razón a causa de la cual el autor ha llegado a una situación en la que está dificultada la obediencia a la norma desde una consideración psicológica. La responsabilidad del autor por la razón de la dificultad puede deducirse en principio –con independencia de todo comportamiento previo- a partir de las condiciones de existencia de instituciones: Si una institución necesaria sólo se puede garantizar no teniendo en cuenta las dificultades de obedecer la norma a ella ligadas, las dificultades se definen como asunto del autor en cuestión. Ello se refiere principalmente a los deberes de soportar peligros en el marco del estado de necesidad en sí exculpante”. JAKOBS, G. *Derecho Penal...op.cit.*, pág. 616.

determinarse en la decisión real por la comprensión de lo injusto. Nuevamente aparece el “poder actuar de otro modo” como constitutivo, esta vez, de la exigibilidad, por lo cual no se explica por qué su fundamento material debe ser distinto al configurarse una causal de “disculpa jurídica” y no ser el mismo que sustenta a los demás elementos de la culpabilidad, esto es, el “poder obrar de otra forma alternativa a Derecho”.

Estoy plenamente consciente que quienes postulen que la culpabilidad no supone un “reproche personal” y se conformen con un “reproche social” pueden prescindir absolutamente de una capacidad individual o personal del responsable del hecho delictivo y conformarse con el baremo objetivo y presunto del hombre medio-ideal.

c) Si la culpabilidad, y a la exigibilidad en tanto uno de sus elementos, implica un “reproche personal”, la dimensión negativa de esta última, es decir, la inexigibilidad, supone que el sujeto al cual se le pretende reprochar la acción típica y antijurídica “no podía haber actuado de otra forma” (él, y no un tercero ideal) en las circunstancias concretas en que se encontraba. Debo hacer notar que lo que en el lenguaje cotidiano se designa como – no poder hacer otra cosa – no se refiere siempre, en sentido estricto, a una “imposibilidad real”, más bien implica solo una “seria y mayor dificultad jurídico-penalmente relevante” a la que estaría obligado para actuar conforme a Derecho o bien, su capacidad de actuación está por debajo a la del hombre-medio a quien tiene como referente el ordenamiento jurídico. En consecuencia, lo correcto será señalar que no concurre el tercer elemento de la culpabilidad: contexto situacional normal (o en otras palabras, concurre la inexigibilidad) cuando al sujeto respecto de quien se realiza el juicio de reproche no le es exigible por el ordenamiento jurídico actuar conforme a Derecho, por medio de la superación de una <<dificultad, presión o coacción grave, seria o relevante>> y a la que no está obligado superar.

d) En el ámbito de la exigibilidad, son relevantes tanto el <<poder>> como el <<deber>>. En efecto, el <<deber>> es relevante toda vez que el Estado establece, conforme al <<poder>> de un hombre medio-ideal o abstracto, un determinado nivel o grado de esfuerzo o sacrificio que se espera efectúe cualquier persona y, por eso mismo, ello se constituye en un auténtico <<deber>>. No obstante, frente a dicho <<deber>>, el Estado también debe considerar el <<poder>> real o efectivo de que disponía el imputado para “poder” cumplir aquel “deber” en la situación concreta en que se encontraba. Pero, además, es perfectamente factible que el imputado hubiere podido llevar a cabo un grado mayor de esfuerzo o sacrificio que el que es exigible de un ciudadano medio, aunque, ello no le es

“exigible” a pesar de su efectivo “poder”. En este escenario donde se explica la frase formulada por MEZGER que “no es el poder sino la exigibilidad lo que decide...”. En otras palabras, de haber existido por parte del imputado capacidad de actuar y, de esta forma, cumplir con el “deber”, cabe preguntarse si, en el caso concreto, dicho “deber” le era exigible.

e) Quienes creen que la imputabilidad se determina atendiendo al caso concreto tienen dos opciones: a) ubicar a la exigibilidad fuera del esquema de la culpabilidad, caso en el cual, surge la pregunta: ¿la capacidad de autodeterminación sigue integrando la imputabilidad? Y de ser positiva la respuesta ¿qué rol, papel o función cumpliría dentro de ella? o, b) resignarse y aceptar, a fin de evitar una tautología de contenido, que es la exigibilidad la que se refiere a las circunstancias concretas. La imputabilidad, en cambio, sería una capacidad general que el legislador penal presume, en un contexto situacional normal, en cuya virtud, toda persona mayor de 18 años si quiere, puede actuar libremente conforme a sentido o valor. Dicha capacidad general, en su calidad de tal, no estaría referida a una situación determinada o concreta.

f) Como primer intento de sacar a la exigibilidad del ámbito de la culpabilidad examiné la postura que plantea que su naturaleza es la de ser una “causal supra legal de disculpa jurídica”. Así, observé que, entre otros argumentos, pugnaba con el hecho que lege lata, existen causales de no exigibilidad especialmente tipificadas (v.gr. miedo insuperable) y que, plantear dicha posibilidad, me parece que comprometería el principio de legalidad.

Un segundo intento pasa por la vía de plantear la existencia de un nuevo ámbito valorativo, intermedio entre la antijuridicidad y la culpabilidad denominado “atribuibilidad”. En términos simples se postula que, de concurrir las causales que excluyen la atribuibilidad, se daría una considerable disminución del injusto y una presunción de derecho de falta de culpabilidad, exclusión que se realizaría por medio de un proceso generalizador, sin atender a la situación concreta en que se hallaba el sujeto (examen que se realiza, según quienes sostienen este elemento, en la imputabilidad). Soy de opinión que no es sostenible esta postura ya que supondría una inversión en la jerarquía de los escalones valorativos del delito si se asignasen los casos de inexigibilidad a un escalón valorativo más favorable para el autor que la inimputabilidad o el error de prohibición. Además, el hecho que los casos de inexigibilidad se regulen conforme a un método estándar no afectaría, según algunos

autores, a la constatación de que desde un punto de vista material se sigue tratando de culpabilidad.

g) Al examinar el fundamento de la exigibilidad, observé cómo algunos planteaban que la exigibilidad se encontraba materialmente fuera del ámbito de la culpabilidad por fundarse en bases distintas; allí donde la última se fundaba en el poder de actuación alternativa conforme a Derecho, la primera se fundaría más bien en situaciones en donde el ordenamiento jurídico puede omitir el reproche de formación de la voluntad, en casos excepcionales, por razones éticas o por una limitación jurídica. A pesar de esto, formalmente se planteaba que la exigibilidad sí formaba parte de la culpabilidad. Critiqué esta postura y señalé que, considerando que hay acuerdo en que la exigibilidad consiste en la capacidad de poder determinarse en la decisión real por la comprensión de lo injusto, no hay razones para argumentar que su fundamento material o normativo sea diferente al del resto de la culpabilidad.

En relación a lo anterior, examiné el contenido del poder actuar de otro modo o poder actuar conforme a Derecho. Señalé que este elemento, así sin más, implicaba sostener una postura psicologizante con respecto a la culpabilidad, la cual se asociaba a la vez a la determinación de ésta conforme al criterio del hombre medio ideal. Posteriormente, y de cara a una perspectiva normativa de la culpabilidad, aclaramos que la exigibilidad suponía: i) un juicio de reproche personal, y no respecto de un tercero ideal y ii) que el reproche implicaba verificar no si el sujeto estaba imposibilitado de actuar de otro modo, sino, si teniendo capacidad para obrar conforme a Derecho, la situación concreta en la que tenía que actuar suponía un mayor grado de esfuerzo o sacrificio al que la ley le imponía. Esto último constituye la base para postular que, al igual que en la imputabilidad o conciencia de lo injusto, este tercer elemento de la culpabilidad posee el mismo fundamento material (capacidad de poder actuar de otra manera) y el mismo fundamento normativo (el Derecho sólo exige que el ciudadano se esfuerce o sacrifique como la sociedad lo espera de un hombre-medio). Esto último implica una fórmula mixta, un factor normativo, donde el contenido del “deber” lo establece la ley atendiendo a la capacidad de un hombre-medio ideal o abstracto; y un factor fáctico o natural que viene dado por la existencia de la capacidad real del imputado para poder obrar acorde al “deber” legal.

h) En cuanto al baremo o medida bajo el cual se determina la no exigibilidad: un criterio generalizador (hombre-medio ideal) vs. un criterio individualizador (personal-

objetivo), opto por este último en razón que, entre muchos otros argumentos, es la única postura que le hace justicia a la idea que la culpabilidad es un juicio personal de reproche. Esto, porque si quiero indagar en qué medida le es exigible a un sujeto real y concreto determinada conducta, sólo será adecuado analizar el grado de comportamiento esperable de ese sujeto en particular acorde a sus reales capacidades y, por esto, se puede hablar de un criterio “personal-objetivo”. Insisto, no obstante, que no se trata de efectuar un análisis pormenorizado del sujeto en cuestión, sino de fijar una medida que permita conocer en abstracto cuál es el grado de comportamiento exigible al perfil de ese sujeto concreto con sus características y peculiaridades (grupo cultural al que pertenece, nivel educacional, roce social, limitaciones bio-psico-sociales, etc.).

i) La relación existente entre exigibilidad e imputabilidad se puede ilustrar conforme a dos perspectivas: i) un esquema general/concreto, donde la reprochabilidad está concebida como una concreción de los elementos generales de la imputabilidad y ii) bajo un esquema interno/externo, conforme al cual la inimputabilidad es algo que tiene que ver con la constitución y condición psíquica del autor, mientras que la inexigibilidad se debe a la presión que producen en esta constitución psicológica interna del autor, el medio externo concreto donde debe actuar. Concluyo en razón de esto que, en ambos casos, parece haber sustento para la posición que acá he defendido respecto a la relación de la exigibilidad con la imputabilidad, dentro del esquema general de la culpabilidad. Así, la exigibilidad puede y debe entenderse como un elemento normativo que sólo puede demandarse por la sociedad en la medida que el escenario externo donde debe actuar el sujeto es normal y, por lo tanto, donde puede ejercer libremente su capacidad de autodeterminación por ausencia de una amenaza o coacción seria o grave.

j) Soy de opinión que la posible relación entre la “conciencia de lo ilícito” y el “contexto situacional normal”, en cuanto elementos integrantes de la culpabilidad nos obliga, por razón lógica, a ubicar sistemáticamente primero a la conciencia de lo ilícito y, luego, al contexto situacional normal. En efecto, nadie puede discutir que doctrinariamente se afirma, con toda razón, que: la capacidad de “actuar conforme a esa comprensión” a la que se refiere de manera expresa el artículo 20, N°1 y 2 del CP supone, obligadamente, la capacidad de “comprensión de lo ilícito”. Por lo tanto, si se quiere ser consecuente con la reflexión anterior, la ubicación sistemática dentro o fuera de la culpabilidad requiere, de manera absoluta e indiscutible, que primero es preciso v.gr. presumir o acreditar la

“comprensión de lo ilícito” para, posteriormente, examinar la capacidad de “actuar conforme a esa comprensión” y, en modo alguno, en orden inverso.

k) Finalmente, me parece discutible dividir los factores que integran la imputabilidad: la dimensión intelectual-valorativa y la dimensión volitiva o de autodeterminación, situando este último como un factor previo y anterior a la propia imputabilidad porque, de insistirse en ello, se debería postular que la imputabilidad sólo gira en torno a la dimensión intelectual-valorativa, lo cual, desde mi personal punto de vista, iría en contra de lo dispuesto en los números 1 y 2 del Art. 20 del CP.: “...no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”. El propio legislador penal entiende que la capacidad de autodeterminación supone la intelectual-valorativa (“...actuar conforme a esa comprensión”). Soy de opinión que cuando el legislador penal presume la imputabilidad, parte de la base que la persona, por regla general, a partir de cierta edad, posee la capacidad general de autocontrolarse. Ahora bien, en el factor exigibilidad o contexto situacional normal, integrante de la culpabilidad, de lo que se trata es establecer si aquella capacidad general, en el caso concreto en que se encontraba el autor, podía haberla ejercido dentro de un margen razonable (o exigible) de libertad. Que el grado de esfuerzo o sacrificio que la sociedad demande al sujeto venga determinado por el criterio del hombre-medio, se explica porque el Estado no puede exigir de los miembros de la comunidad una actitud o comportamiento propios de un héroe o de un santo. No obstante, quienes afirmen que la culpabilidad implica un juicio de reproche personal, necesariamente, deberán asumir un patrón o baremo de carácter personal-objetivo; de lo contrario, incurrirían en contradicción. Esto último sólo significa que es preciso establecer si el sujeto inculpado, sobre la base de su condición personal, “podía” ajustar su conducta a aquel patrón objetivo. Si podía comportarse como lo habría hecho un hombre-medio, la conducta ajustada a Derecho le era exigible; en caso contrario, se configura en su favor una causal de no-exigibilidad. La existencia de un deber se halla conceptualmente vinculada a su exigibilidad: con razón se ha dicho que ‘debido es lo que puede ser exigido’. Y para que algo pueda ser exigido a un sujeto particular, es necesario, en primer lugar, que pueda exigirse a cualquiera que se halle en idénticas circunstancias y, en segundo lugar, que el sujeto en cuestión sea capaz, personalmente, de llevarlo a cabo.

7. Visión personal de la estructura de la culpabilidad.

7.1 Concepto de Imputabilidad.

Es la capacidad para reconocer valorativamente, en términos generales, el carácter ilícito-común de un hecho delictivo perteneciente a un ámbito penal determinado, y, sobre dicha base valorativa, autodeterminarse conforme a Derecho (sentido o valor).

7.2. Elementos que integran la imputabilidad.

a) Elemento intelectual-valorativo: capacidad para discriminar lo lícito de lo ilícito.

En el Derecho penal de adultos, el legislador penal presume que toda persona, a partir de los 18 años, tiene la capacidad general para reconocer y representarse el carácter ilícito básico y común de un hecho delictivo perteneciente a un ámbito determinado.

Ej. En los delitos contra la propiedad, el sujeto tiene la capacidad general para saber, conocer o representarse que, la apropiación de cosas ajenas sin la voluntad de su dueño, es ilícito o contrario a Derecho.

La proyección de esta capacidad general a un hecho típico concreto es la interrogante a dilucidar en la conciencia de lo injusto (concepción final) o bien al estudiar el dolo (concepción causal) como 2do elemento de la culpabilidad. De esta forma, quien, en general, tiene conciencia de lo prohibido, ¿podía tener (concepción final) o tuvo (concepción causal) conciencia acerca del carácter ilícito de la conducta típica específica por la que está siendo procesado el autor?

Ej. Si el inculpado está siendo procesado por el delito de apropiación indebida, la pregunta a contestar en este ámbito es: ¿podía llegar a saber que la conducta típica de “distraer una cosa mueble” en el delito de apropiación indebida era una modalidad ilícita de ataque al bien jurídico patrimonio ajeno?

b) Elemento volitivo: capacidad para autodeterminarse conforme a Derecho, sentido o valor

El legislador penal presume que toda persona, a partir de los 18 años, tiene la capacidad general para autodeterminarse conforme a Derecho, sentido o valor.

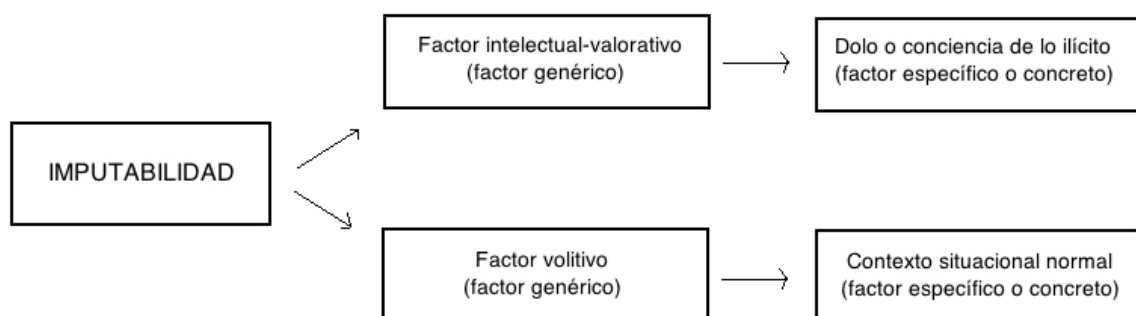
La proyección de la capacidad general de autodeterminación a una situación determinada y concreta es la interrogante a dilucidar en el 3er elemento de la culpabilidad: contexto situacional normal. Quien, en general, tiene capacidad para autodeterminarse conforme a sentido o valor, en la situación o contexto situacional concreto que vivió ¿podía haber ejercitado dicha capacidad general en un marco legal y razonable de libertad?

En pocas palabras, somos de opinión que los elementos que integran la culpabilidad no son tres factores constitutivos de tres niveles independientes como suelen ser presentados por la doctrina mayoritaria:

- i. Imputabilidad,
- ii. Dolo o imprudencia (concepción causal) o conciencia de lo injusto (c. final),
- iii. Contexto Situacional Normal o exigibilidad.

La presentación debería ser considerando que existe una relación de género (imputabilidad) a especie con (el dolo o conciencia de lo injusto) y con (el contexto situacional normal). La denominada capacidad de culpabilidad, de carácter genérica, se proyecta y concreta (o específica) en los dos elementos restantes de la culpabilidad.

Elementos que integran la imputabilidad



**PARTE SEGUNDA: ANÁLISIS
JURÍDICO-PENAL DE LA
EXIMIENTE CONTEMPLADA EN EL
ART. 20. 3 CP.**

CAPÍTULO PRIMERO: NATURALEZA, FUNDAMENTO Y ELEMENTOS DE LA EXIMIENTE

I. INTERPRETACIÓN JURÍDICO-PENAL DE LA EXIMENTE DEL ART. 20. 3º CP ESPAÑOL.

El legislador penal español del 1995 modificó el Art. 8 CP que contemplaba como causal de inimputabilidad “<<el sordomudo de nacimiento o desde la infancia que carezca en absoluto de instrucción>> y amplió dicha causal al establecer que se configuraría una causal de inimputabilidad respecto de aquel que, *por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad*”.

1. Naturaleza de la eximente.

Para la doctrina absolutamente dominante, la eximente objeto de estudio configura una causal de inimputabilidad y responde a una fórmula de carácter mixto: por un lado, demanda un “presupuesto biológico” (o “socio-cultural”) (el sujeto debe sufrir alteración en la percepción desde el nacimiento o la infancia) y, por otro, exige un determinado “efecto psicológico” (grave alteración de la conciencia de la realidad)³²⁸.

Si considero el elemento literal de la disposición objeto de estudio (Art. 20.3 CP) no resulta totalmente clara como para afirmar con plena seguridad la naturaleza jurídica de la eximente. Parto del supuesto que el legislador penal cuando tipifica, lo hace sobre la base de ciertas finalidades a conseguir y, además, conoce y domina el idioma a través del cual lleva a cabo su tarea. A mi entender, la redacción formulada por el legislador penal en el Art. 20. 3 CP., no ha sido clara; la estimo equívoca como lo ha reconocido la doctrina: “texto..., de notable vaguedad y requiere de alguna interpretación que lo precise”³²⁹. En efecto, si el objetivo que tuvo en vista era crear una eximente amplia de inimputabilidad y no limitarla v. gr. al sordomudo, en la que se pudiera subsumir todos aquellos casos en los que una persona no se encuentra en posición de conocer la realidad normativa social y, por eso mismo, carece

³²⁸ CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español*...op. cit., pág. 82; CARMONA SALGADO, C. “Artículo 20. 3º”...op. cit., 1999, pág. 278; MORALES PRATS, F. “La alteración en la percepción (art. 8. 3º CP): contenido y límites”...op. cit., pág. 76; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I.: “*La eximente de alteración en la percepción*”. En: González Rus, J.J. (coord.), *Estudios penales y jurídicos: Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, Córdoba, Universidad de Córdoba-Cajasur, 1996, págs. 427 y ss.; SÁINZ CANTERO, J. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. ..op. cit., pág. 667; OCTAVIO DE TOLEDO, y HUERTA TOCILDO. *Derecho penal: parte general. teoría jurídica del delito*...op. cit., pág. 352.

³²⁹ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. P. G.*,...op. cit., pág. 604.

de la capacidad de <<comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a esa comprensión>>, es de lamentar que el legislador penal no haya sido claro, directo y preciso. No veo la razón o motivo que pudo tener para, sobre la base v. gr. del texto del Art. 20 N° 1, no haber hecho uso de la frase terminal de esta disposición: “...no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”, frase que para toda la doctrina y jurisprudencia es clara y dice relación con la imputabilidad penal.

Si acudo al elemento histórico, dicho factor permite al intérprete considerar los antecedentes y génesis histórica de la disposición legal objeto de interpretación, su estudio comparativo con la regulación anterior y la consideración de la situación jurídico-social que llevó al legislador a introducir la norma objeto de estudio. En todo caso, el elemento histórico no tiene carácter decisivo ya que siempre sobre él prima la interpretación objetiva del sentido y finalidad de la norma actual y, en modo alguno, podrá el método histórico prevalecer si su visión interpretativa entra en pugna con otros elementos, en especial, el gramatical. Normalmente, los antecedentes parlamentarios sólo reflejan la opinión de grupos partidarios o de los informantes. El riesgo que implica una interpretación meramente histórica es la <<petrificación>> de la ley toda vez que aparece como incapaz de mantener la necesaria <<adecuación adaptativa>> para enfrentar los cambios del futuro.

En el contexto del elemento histórico, el hecho cierto es que la eximente objeto de estudio fue incorporada por la Ley de Reforma Urgente y Parcial de 1983 y cuyo texto se conservara igual en el artículo 20. 3ª, del vigente CP de 1995. Lamentablemente, el legislador de la época, en la propia Exposición de Motivos de la citada Ley no formuló ninguna aclaración sobre su texto y, por otra parte, la discusión parlamentaria tampoco ayuda a dilucidar su real sentido y alcance³³⁰. Si observo la historia precedente a dicha eximente, encuentro que su antecesora fue: “El sordomudo de nacimiento o desde la infancia que carezca en absoluto de instrucción”, introducida en la reforma parcial del viejo Código Penal llevada a cabo en 1932 (Art. 8,3º). Con anterioridad, el CP de 1928 se incluía entre las circunstancias atenuantes por la condiciones del infractor: “la sordomudez o la ceguera si son de nacimiento, o adquiridas en la infancia y además el sujeto careciera de instrucción” (Art. 65,4ª). En todo caso, resulta ilustrativo como antecedente la enmienda número 282, presentada por el Grupo Socialista del Congreso al artículo 26.4º del Proyecto de 1980, que mantenía la normativa tradicional en materia de sordomudez, proponiendo su ampliación

³³⁰ CARMONA SALGADO, C. “Artículo 20. 3º”...op. cit., págs. 275-276.

para hacerla extensiva a otros sujetos que, sin padecer ese defecto concreto, sufrieran igualmente alteraciones en la percepción desde el nacimiento o la infancia, teniendo gravemente alterada la conciencia de la realidad basada en la ausencia de una adecuada educación. Esta enmienda no tenía por objeto discriminar y favorecer, únicamente, al sordomudo respecto de otras condiciones análogas que implicaran graves trastornos en la percepción al igual que la de aquél³³¹.

Si observo el elemento sistemático, según el cual, los códigos son un todo orgánico, sistemático y juegan un rol supletorio respecto de leyes especiales; en consecuencia, las expresiones, términos o locuciones empleadas en ellos, sobre la base de una debida coordinación e integración, deben tener un mismo contenido o significado, especialmente, si lo están en preceptos o disposiciones pertenecientes a un mismo epígrafe, sección o capítulo. Ahora bien, la eximente en estudio y en relación a su ubicación sistemática me lleva a constatar que se encuentra ubicada en el Capítulo II del CP “De las causas que eximen de la responsabilidad criminal” y, en el Art. 20 CP, encuentro causales de diversa naturaleza jurídica: de exculpación (inimputabilidad), de disculpa o inexigibilidad penal (miedo insuperable) y de justificación (legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho). No obstante, es preciso reconocer que fuera del Art. 20 también existen causales que pueden impedir la configuración de la culpabilidad. En efecto, el Art. 14 del CP contempla el error de tipo y el error de prohibición los que, dependiendo de la concepción doctrinaria que se siga (causal o final), configurará una causal de exculpación o de atipicidad. En otras palabras, no es factible afirmar que en el Art. 20 del CP se encuentran todas las eximentes de responsabilidad criminal.

La doctrina penal española que considera que esta eximente es una causal de inimputabilidad, ha tenido que reconocer que el tenor literal de la eximente en estudio no exige, como lo hace de manera expresa en las causales de inimputabilidad de los números 1º y 2º del Art. 20 del CP., que quien la alega haya tenido como efecto o consecuencia de sufrir alteraciones en la percepción, <<el no haber podido comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión>>. Más aún, CEREZO MIR agrega, “...pero ello sucederá generalmente al darse en él una grave alteración de la conciencia de la realidad. En todo caso, la exigencia de este requisito psicológico resulta obligada, como consecuencia de una

³³¹ BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. *Enmiendas al Proyecto de Ley Orgánica de Código penal*. Congreso de los Diputados, enmienda número 282 al apartado 4º del artículo 26, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista. págs. 109 a 111.

interpretación sistemática, en relación con lo dispuesto en las eximentes de los números 1º y 2º del mismo artículo y de una interpretación teleológica, en este caso restrictiva, con base en el concepto de imputabilidad”³³². A mi entender, no me resulta claro por qué el legislador penal, si partía de la base que la eximente en estudio era una causal de inimputabilidad, omitió agregar, como lo había hecho en los números precedentes, la frase <<...que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión>>. ¿Era algo tan obvio? A primera vista es preciso reconocer que es algo discutible y algunos autores han evidenciado dudas³³³. La verdad es que la sistemática interna del Art. 20 no ayuda mucho. En efecto, si bien los números 1º y 2º son causales que excluyen la culpabilidad, los números 4º, 5º y 7º lo son de justificación y la número 6º es una que excluye la culpabilidad; en consecuencia, no se advierte un orden dependiendo de la naturaleza jurídica de la eximente, recordando una vez más, que fuera del Art. 20 del CP hay otras eximentes (Art. 14 CP). Sin embargo, un argumento de carácter sistemático sería que esta eximente se encuentra ubicada detrás de las dos primeras causales indiscutidas de inimputabilidad. En pocas palabras, nos parece que el elemento sistemático, en este caso particular, puede servir de apoyo para postular que la eximente objeto de estudio constituye una causal de inimputabilidad por su proximidad a dos que, indiscutidamente, lo son (Art. 20.1 y 2 CP).

Finalmente, si atiendo al elemento teleológico-valorativo vemos que éste se mueve desde aquellas valoraciones (positivas o negativas) que ha hecho el legislador de ciertos hechos (típicos) conectados a la finalidad ínsita de la propia ley, a su orientación política criminal y a su vinculación con los principios y valores que sustentan el *ius puniendi* del Estado. De alguna manera es posible afirmar que este elemento implica una visión histórica-valorativa y prospectiva de la disposición legal objeto de examen. La finalidad-valorativa de la ley (no los motivos de los legisladores) le permite una capacidad adaptativa a los nuevos tiempos, a los nuevos problemas y a las nuevas modalidades de comportamiento delictivo. En todo caso, si lo teleológico-valorativo entra en conflicto con el tenor literal, dicha pugna

³³² CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español...* op. cit., pág. 83. En igual sentido, QUINTERO OLIVARES, G. y MUÑOZ CONDE, F. *La reforma penal de 1983*. Ediciones Destino, Barcelona, 1983, págs. 74 y ss.; CARMONA SALGADO, C. “Las alteraciones en la percepción dentro del marco general de la teoría de la inimputabilidad (Art. 8. 3º del CP)”, en: *Comentarios a la Legislación Penal, la reforma del Código penal de 1983*. Tomo V. Vol. 1º. Edersa. Madrid, 1985, págs. 213 y ss.; SAINZ SÁINZ CANTERO, J. *Lecciones de Derecho Penal. P.G...* op. cit., pág. 48; MORALES PRATS, F. *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 138; JORGE BARREIRO, A. “El enfermo mental delincuente y peligroso ante el Nuevo CP de 1995”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. UNED. 2ª Época. Nº 6, págs. 209-210.

³³³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. “Imputabilidad y nuevo Código Penal”. 2000... op. cit., págs. 309-310.

sólo puede ser estimada razonable en la medida que ocurra dentro de los límites de las significaciones posibles de los términos empleados por el legislador.

Situados en este contexto, la doctrina española sostiene que la modificación de la eximente anterior que versaba sobre <<el sordomudo de nacimiento o desde la infancia que carezca en absoluto de instrucción>> por el actual texto del Art. 20,3º tendría como objetivo o finalidad ampliar aquella eximente a otros supuestos semejantes como podría ser la ceguera; de esta forma, se evitaría privilegiar la condición de sordomudo respecto de otras situaciones análogas en gravedad. No obstante, un sector de la doctrina, ha postulado que dicha eximente bien podría incluir hipótesis de “subdesarrollo cultural”³³⁴ lo cual, para algunos, sería discutible si se considera que el requisito que el sujeto que la alega tenga las alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia sólo tendría sentido si se lo vincula a la percepción sensorial. Aplicar dicha exigencia a hipótesis de subdesarrollo cultural implicaría analogía lo que, de conformidad a lo establecido en el Art.4.3 CP., no permite la configuración de eximentes por analogía³³⁵. Por otro lado, se ha advertido inconvenientes por la dificultad para discriminarlos de los supuestos de error de prohibición invencible y de comprometer la seguridad jurídica al extender en demasía la estimación de la inimputabilidad por causas específicas³³⁶.

A mi juicio, la aplicación de los diversos elementos de interpretación, no se encuentran en igual pie de prioridad o preferencia. El elemento gramatical normalmente se limita a fijar el marco o ámbito de posibles significados semánticos, es decir, <<el sentido literal posible>>, aunque, dejando abierta la decisión acerca de cuál de todos ellos es el que debería preferirse para una correcta interpretación de la norma. Es preciso dejar expresa constancia que lo anterior constituye, para la doctrina dominante, “el límite máximo de toda interpretación” “barrera infranqueable de su tenor literal”³³⁷. El elemento gramatical fija el escenario o marco dentro del cual se puede mover el intérprete. Dentro de los límites de dicho marco, el elemento teleológico-valorativo es el que manda. Por su parte, los elementos histórico y sistemáticos pueden colaborar proporcionando información en la aplicación del

³³⁴ En este sentido, QUINTERO OLIVARES, G. *Parte General del Derecho Penal*...op. cit., pág. 578; QUINTERO OLIVARES, G. y MUÑOZ CONDE, F. *La reforma penal de 1983*...op. cit., págs. 74-75 y 76-77; MORALES PRATS, F. “La alteración en la percepción (art. 8. 3º CP): contenido y límites”. Jornadas sobre Psiquiatría Forense. Centro de Estudios Judiciales. Colección Cursos. Vol. 3. Ministerio de Justicia. Madrid, 1990, págs. 80 y ss.

³³⁵ CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español*. P. G....op. cit., pág. 84.

³³⁶ CARMONA SALGADO, C. “Las alteraciones en la percepción dentro del marco general de la teoría de la inimputabilidad (Art. 8. 3º del CP)”...op. cit., págs. 218-219 y CARMONA SALGADO, C. “Artículo 20. 3º”...op. cit., pág. 300.

³³⁷ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal*. P. G. Ed. Universitas, S. A. Madrid, 1996, pág. 166.

método teleológico-valorativo. Ahora bien, no podemos olvidar que el <<telos>> de la disposición desde que nace y se incorpora al sistema normativo positivo, no necesariamente, es aquella que tuvieron en vista algunos parlamentarios o miembros del Poder Ejecutivo; aquella es, para bien o para mal, acertada o equivocadamente, algo independiente y surge naturalmente del texto gramatical con el que ha sido redactada la disposición legal. En pocas palabras, el intérprete debe preguntarse: ¿el tenor gramatical de la eximente permite entender, de manera clara y precisa (no equívoca), que se refiere a una causal de inimputabilidad? ¿De carácter bio-psicológico o normativo-valorativo? A la luz de los diversos elementos de interpretación que he revisado, puedo constatar que afirmar que la eximente en cuestión es una causal de inimputabilidad es algo objetivamente razonable.

2. Fundamento de la eximente.

Para la doctrina, de manera unánime, el fundamento de esta eximente sería la incapacidad del sujeto para “comprender la ilicitud del hecho”. Se trataría de una situación semejante a la ignorancia de la Ley: “imposibilidad de conocimiento o asunción de la antijuridicidad”³³⁸. Esta carencia intelectual-valorativa, de naturaleza natural u ontológica, se opone a la presunción legal que el legislador penal establece respecto de las personas a partir de los 18 años (Derecho penal de adultos). En cuanto a la fuente de origen de aquella carencia, sea que se siga una interpretación bio-psicológica o una socio-cultural de la eximente, en ambos casos, la limitación del sujeto está referida a la dimensión intelectual-valorativa que, de existir, le permitiría reconocer el carácter ilícito de un hecho o comportamiento.

No hay duda que es la carencia de la capacidad intelectual-valorativa el fundamento de la eximente objeto de examen porque la doctrina alemana y española han sostenido que la ausencia de la dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad sería una especie de error sobre la prohibición de origen psicopatológico. Además, no hay que olvidar que para esta misma doctrina el objeto y contenido de valoración de aquella dimensión de la imputabilidad como de la conciencia de lo ilícito es el mismo.

³³⁸ QUINTERO OLIVARES, G. y MUÑOZ CONDE, F. *La reforma penal de 1983...* op. cit., pág. 74.

3. Elementos de la eximente.

3.1. Introducción.

En una primera lectura de la disposición, quién alega esta eximente debe acreditar dos hechos vinculados entre sí: el primero, que “sufre alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia” y, como consecuencia o efecto de ello, el segundo hecho, “tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad”.

El primer hecho supone un menoscabo psíquico grave y que puede estar configurado por v. gr. una sordomudez o ceguera grave o seria que le impide captar o registrar la realidad tal cual es, sin distorsiones o vacíos. El segundo hecho, efecto o consecuencia del anterior, implica que el sujeto sólo tenga conciencia parcial de la realidad y, por ello, seriamente alterada al no ser capaz de identificar o reconocer todos y cada uno de los factores, elementos o circunstancias que estructuran su entorno. Los términos empleados por el legislador al redactar esta eximente <<alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia>> son expresiones que, tanto en el lenguaje común o científico, son portadoras de un mismo contenido, sentido y alcance: dicen relación a una persona que, desde el momento en que nació o durante su infancia, padeció una enfermedad, perturbación o trastorno que no le ha permitido captar, registrar o percibir tal cual es la “realidad del mundo en que se encuentra inserta”. De esta forma, el recién nacido o el niño no puede captar o percibir sonidos, colores o figuras de los seres animados o inanimados con los que alterna diariamente (personas, animales u objetos). Por otro lado, la frase legal <<tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad>>, nos plantea la interrogante de dilucidar su contenido, sentido y alcance. Desde ya, dicho compromiso serio lo podemos constatar en quien no es capaz de identificar o reconocer elementos que conforman el mundo material que le rodea (v. gr. personas, objetos o animales).

Por otro lado, “la realidad” está conformada por entes materiales e inmateriales, es decir, por todo lo que existe. Pertenecen a este último grupo las ideas, los sentimientos, los juicios o prejuicios y, por cierto, las normas socio-culturales o jurídicas que postulan un determinado orden, los principios o valores que lo conforman. Desconocer o estar en la imposibilidad de llegar a conocer dichas normas constituye o importa una limitación grave de la conciencia de la realidad toda vez que el hombre en su vida de relación debe, al adoptar decisiones, obrar orientado por la normativa socio-cultural o jurídica. ¿Podemos, sin distorsionar, el sentido o contenido de la expresión <<realidad>>, incluir dentro de ella, la

realidad inmaterial propia de la normas? A nuestro entender, sí podemos incluir como un elemento o factor que integra la realidad la dimensión inmaterial que viene dada por la existencia de las normas, su contenido y mensaje. No obstante, reconocer que las normas jurídicas son parte del mundo en el que estamos inmersos es sin perjuicio del reconocimiento de la dimensión material que configura toda realidad y, que en el plano jurídico-penal, es previa o anterior a aquella. En efecto, en el Derecho penal actual no se duda que es preciso diferenciar entre el objeto de valoración y la valoración del objeto y, en ese mismo orden de presentación, valorar un objeto implica, necesaria e inevitablemente, la preexistencia de éste; de lo contrario, la valoración no sólo sería ciega sino imposible, al carecer de objeto sobre el que recaer y calificar. Ahora bien, el reconocimiento de una “realidad inmaterial” conformada por las normas jurídicas ¿lo permite la disposición objeto de estudio?

Además, el haber condicionado la alteración grave de la conciencia de la realidad a un hecho traumático ocurrido “desde el nacimiento o desde la infancia”, a nuestro entender, hace más difícil e incierta la inteligencia de la disposición legal. En efecto, es razonable y objetivamente fundada la suposición que una persona ciega de nacimiento o sordomuda no tenga una percepción plena o total de sí (conciencia autopsíquica) y del mundo que le rodea (conciencia alopsíquica). En cambio, es discutible y dependerá del caso concreto estimar, si aquella limitación, puede ser fuente explicativa que quien padece sordomudez o ceguera no logre conocer el mundo normativo que le rodea. Pues bien, respecto de estas interrogantes, la doctrina ha reflexionado y hoy podemos constatar dos grandes posiciones de las que daré cuenta en el desarrollo de los elementos necesarios para configurar la eximente.

3.2. Primer elemento: alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia

Determinar el contenido, sentido y alcance de este primer elemento no ha sido para la doctrina ni para la jurisprudencia algo simple y en lo que todos estén de acuerdo. En efecto, en su discusión se han abierto dos posibilidades de interpretación: una de orientación bio-psicológica apoyada por la tradición histórica de esta eximente y, por otro lado, una de orientación normativa-socio-cultural.

3.2.1. Perspectiva “perceptivo-sensorial” (bio-psicológica)³³⁹.

En este contexto, el contenido, sentido y alcance de la expresión “percepción” está vinculada a lo que la Psicología entiende como tal, concretamente, a los procesos cognoscitivos del ser humano. La persona, en un estado de vigilia, está permanentemente recibiendo información de sí y del mundo que le rodea. De esta forma, el proceso senso-perceptivo tiene como objetivo conocer o reconocer la realidad tal cual es sin distorsiones o modificaciones para, de ese modo, poder actuar sobre ella. En este complejo proceso psicológico el hombre se vale de tres sistemas: los órganos receptores que registran o captan los estímulos (v. gr. ojo u oídos); los órganos efectores, productores de reacciones determinadas según la naturaleza del estímulo e intensidad, y el sistema de transmisión por vía nerviosa, como transmisión aferente del receptor al centro nervioso, y eferente, del centro nervioso al efector.

Para los seguidores de esta interpretación, la fuente normal, indiscutible y emblemática que puede configurar la eximente es la sordomudez. La sordera, como la ceguera, supone una alteración del proceso senso-perceptivo toda vez que, en ambos casos, los receptores no pueden, con mayor o menor intensidad, registrar o percibir los estímulos que los afectan. Algo semejante ocurre en el campo de la Psicopatología en los denominados “trastornos de la senso-percepción” tales como agnosias, ilusiones, alucinaciones o pseudo-alucinaciones, aunque, por lo general, dichos trastornos se encuentran conectados con estados de alteración de la conciencia o a un sistema delirante, razón por la cual no son relevantes en el estudio de esta eximente. Ahora bien, si la alteración del proceso senso-perceptivo es serio o grave y ha tenido lugar desde el nacimiento o la infancia, la consecuencia natural será, de no mediar tratamiento de apoyo y compensador de dicha

³³⁹ QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO. *Comentarios al Código penal*. Madrid, 1966, págs. 91 y 92; CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español*...op. cit., págs. 83 y 85; CARMONA SALGADO, C. “Las alteraciones en la percepción dentro del marco general de la teoría de la inimputabilidad (Art. 8. 3º del CP)”...op. cit., pág. 189; CARMONA SALGADO, C. “Artículo 20. 3º”...op. cit., págs. 270-271; CARMONA SALGADO, C. “La alteración en la percepción desde el nacimiento o la infancia como circunstancia eximente de la responsabilidad criminal”, en: *Poder Judicial* N° 7, págs. 145-154 y CARMONA SALGADO, C. “Causas de inimputabilidad: Alteración de la percepción”. En: *Actual doctrina de la imputabilidad penal. Estudios de Derecho Judicial N°110*. Consejo General del Poder Judicial, 2006, págs. 451 y ss.; CARMONA SALGADO, C. en *Comentarios al Código Penal*. Manuel Gómez Tomillo (Director), Lex Nova, 2010. págs.152-153; CARMONA SALGADO, C. En *Comentarios al Código Penal*, dirigido por M. COBO DEL ROSAL, en relación al Art. 20.3 págs. 269-302; CUELLO CONTRERAS, J./ MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal*. PG., Ed. TECNOS, 2011, pág. 109; MORALES PRATS, F. “La alteración en la percepción (art. 8. 3º CP): contenido y límites”. 1990...op. cit., pág. 76; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I. “La eximente de alteración en la percepción”. 1996...op. cit. BACIGALUPO, E. *Derecho Penal*. P. G.,...op. cit. p. 455; ORTS BERENGUER, Enrique. *Compendio de Derecho Penal*. PG. 3ª ed. TIRANT LO BLANCH, 2011, pág. 370; COBO DEL ROSAL, Manuel. *Sinopsis de Derecho Penal*. PG. 2011. Ed. DYKINSON., pág.152; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho Penal*. PG., CIVITAS, 2010. pág. 697

carencia, dejar al sujeto en un estado de incomunicación con el mundo que le rodea. En el caso de la sordera, toda vez que en los primeros años tiene lugar el aprendizaje del lenguaje, aquella impide o dificulta (según el grado de intensidad) la repetición de sonidos, el sujeto no puede oírse y, por ello, no puede imitar. No hay que olvidar que la palabra es un medio de aprendizaje de la cultura. Si la sordera se origina después de los 7 años, es difícil pensar que el niño está expuesto a perder el lenguaje y con ello la información o formación básica que ya ha adquirido. “La circunstancia eximente de la sordomudez encuentra su fundamento en el hecho de que, por carecer el sordomudo del sentido del oído, es decir, de la capacidad de percibir sonidos, queda privado del medio más eficaz para formar su conciencia moral y para aprender las normas que rigen la sociedad, repercutiendo, además, en su desarrollo mental. El resultado es que el sordomudo va a tener gravemente alterada la conciencia de la realidad; esto es, que va a ser incapaz para conocer el valor de sus propios actos, lo que, por definición, le hace inimputable.” “Debe recordarse que la esencia de la eximente que tratamos radica en el desconocimiento o anormal conocimiento del injusto, provocados por una ausencia total o parcial de aprendizaje o educación que impiden al sujeto mantener un contacto adecuado con el mundo externo...desconocimiento o insuficiente e inadecuada conocimiento de la ilicitud del hecho cometido, fundamento, en definitiva, de la presente causa de exención de la responsabilidad criminal, siempre que pueda constatarse que dicha incomunicación y consecuente falta de conocimiento del injusto provienen de la ausencia de la necesaria instrucción,...”³⁴⁰.

El TS en sentencia de 14 de marzo (1838/1987) se abocaba a dilucidar si la nueva causal establecida en el Art. 20.3º exigiría siempre y en todo caso un presupuesto biológico “perturbación o alteración de órganos receptores de la comunicación (audición o visión)” o si, por el contrario, se podría prescindir de él en casos de pseudo-oligofrenias procedentes de la acción directa ejercida por la convivencia en entornos o ambientes co-existenciales nocivos o, como se ha señalado doctrinalmente, de situaciones de soledad y de carencia de estímulos socio-culturales.

³⁴⁰ GISBERT CALABUIG, J. A. *Tratado de Medicina Legal y Toxicología*. 2ª ed. Valencia, 1983, pág. 611; en igual sentido, CARMONA SALGADO, C. “Art. 20.3º”...op. cit., págs. 269-302; CARMONA SALGADO, C. “De las alteraciones en la percepción al error de prohibición, pasando por las anomalías y alteraciones psíquicas”. En: *La Ley Penal*, Nº 70, abril 2010, Ed. La Ley; CEREZO MIR, J. Curso de *Derecho Penal Español*...op. cit., págs. 82-83; CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Enfermedad y delito: aspectos psiquiátricos, penales y procesales*. Civitas, 1987, págs. 202 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO, S. *Derecho penal. P.G.*...op. cit., pág. 352.

En su reflexión interpretativa sostiene que los términos “percepción” y “conciencia de la realidad” son polisémicos. En efecto, la expresión “percepción” puede referirse, según el campo oficial lingüístico (D.R.A.E. de la L.), a la “vivencia interior y subjetiva al captar o percibir algo” (percepción en cuanto proceso psicológico), o bien al “conocimiento o idea” (percepción en sentido más amplio que el mero proceso psicológico perceptivo). Por otro lado, la voz “conciencia” también tiene diversas acepciones: “conocimiento exacto y reflexivo de algo” o bien “conocimiento valorativo de algo”. Ante esta diversidad del significado de las expresiones, a juicio del ST, un elemento esclarecedor sería que dichos términos estarían teñidos de una significación técnica y no vulgar o común. En este contexto, la “percepción alterada” a que se refiere la norma -conectada además con los datos temporales de nacimiento o infancia a los que la misma se remite- como impediente de la conciencia de la realidad no puede ser otra cosa que el primario sentido indicado de deficiencia sensorial. Ahora bien esta alteración de la percepción determina en forma grave un resultado: alteración grave de la conciencia de la realidad. Si esta alteración grave sobre la conciencia de la realidad incidiese simplemente en la capacidad de respuesta ante un estímulo sería obviamente irrelevante en el campo jurídico penal. Agrega el TS: “Un ser humano que simplemente resolviese situaciones concretas sin posibilidad abstracta de proyectar decisiones futuras estaría simplemente inmerso en el área de la inimputabilidad genéricamente proclamada en la circunstancia 1.º del artículo 8 del Código penal y no hubiera existido precisión para el cambio del precepto.

En esta interpretación, el TS entiende que una primera e indubitable conclusión es afirmar que este defecto o alteración de la percepción existe siempre y en todo caso en las alteraciones sensoriales. Ello resultaría de los datos histórico-jurídicos inmediatos. Así, en tanto los Códigos de 1822, 1848-1850 y 1870 no otorgaron autonomía a la sordomudez frente a la enunciación genérica de la enajenación mental, el Código Penal de 1928 incluyó ya la sordomudez y la ceguera como atenuantes calificadas como «personales» y «subjetivas» en su artículo 65-4.º, exigiendo expresamente que ambos defectos o limitaciones somáticas se padecieran desde el nacimiento o la infancia y el sujeto afectado careciese de instrucción, introduciendo el Código de 1932 la fórmula vigente hasta 1983 consistente en distinguir un elemento biológico: limitación desde el nacimiento o infancia y de otro de naturaleza psicológica: carencia de educación correctora. La fórmula, pues, aunque limitada al concreto caso de la sordomudez era similar a la ahora introducida

normativa mente. Para el TS del conjunto del precepto se deducen ciertas consecuencias, tales como:

1. A diferencia de la enajenación mental, lo relevante en esta circunstancia no es un defecto mental, sino una carencia de aptitudes críticas derivada de la incomunicación con el entorno social, proveniente tanto de una limitación somática como en casos extremos, pero posibles y en ocasiones abundantes en su producción, derivados de situaciones no creadas voluntariamente (los denominados «niños lobos») sino impuestas por circunstancias externas o por una anomalía congénita del carácter que produce una actitud de cierre a la autocomunicación con el entorno («autismo» o síndrome de Hausser); incomunicación que produce como efecto necesario la no adquisición de la conciencia crítica sobre la eventual antijuridicidad de un acto.

2. A estas situaciones se ha de sobreañadir otro requisito consistente en que no se hayan puesto en marcha los oportunos procedimientos correctores o rehabilitadores: educación. Así, en tanto que en la enajenación el tratamiento corrector es de carácter médico, en estos supuestos tiene carácter educativo y carente de otro contenido que el de reinserción en el contorno social.

3. Desde tales premisas parece obvio que, salvo supuestos extremos, no se integran en esta causa de exención total o parcial de responsabilidad por ausencia de imputabilidad las denominadas «psicopatías», respecto a las cuales puede y debe seguirse aplicando la reiterada doctrina de esta Sala (últimamente expresada en la doctrina contenida en las SS. de 26 de marzo, 13 de junio y, fundamentalmente, 19 de diciembre de 1985 y 17 de mayo de 1986 y 19 de diciembre de 1986), en orden a que estos sujetos o personalidades psicopáticas son personas con anomalías de carácter muy acentuadas, que les impiden su adaptación a las normas penales y sociales vigentes, no pueden ser incluidos propiamente en el concepto de enajenados o semi-enajenados, pudiendo decirse que el psicópata mantiene intactos sus controles intelectivos e inhibitorios o volitivos, pero no quiere ni se preocupa de utilizarlos.

No obstante el TS en STS de 20 de abril de 1987 (RJ 1987/2773), haciendo expresa referencia a su sentencia de 14 de marzo del mismo año, señalaba que lo relevante no es la existencia de un defecto mental sino la «carencia de aptitudes críticas» para desenvolverse u orientarse moralmente en la convivencia con los demás, que puede padecer el hombre como consecuencia de la ocasional incomunicación en que se ha encontrado, desde su nacimiento o desde la infancia, con respecto a su entorno social. Según ello, grave alteración de la

conciencia de la realidad que, en términos de esta exigente equivale a erróneo o distorsionado conocimiento de los elementos de la cultura que reglan la interacción social: valores, normas y pautas de comportamiento vigentes. Cuando una persona sufre en su conciencia un déficit de esta naturaleza, con tal intensidad que, no habiéndole sido transmitido un marco de referencia ético-cultural, no ha llegado a ser, desde este transcendental punto de vista, un verdadero miembro del grupo social al que teóricamente pertenece, puede decirse que existe en él una grave alteración de la conciencia de la realidad. Ahora bien, para que la misma produzca su efecto típicamente exonerador, ha de tener su causa en una precoz situación de aislamiento que la norma define y caracteriza como alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia. La alteración en la percepción estará determinada, en la generalidad de los casos, por un defecto sensorial - sordomudez, ceguera- o por una anomalía cerebral susceptible de malinterpretar los datos suministrados por los sentidos, aunque no pueda descartarse por completo -en contra de la tesis que se mantiene en el recurso- que la incomunicación y consecutiva falta de socialización sean efecto de ciertas y graves anomalías del carácter o de excepcionales circunstancias ambientales capaces de bloquear el proceso de integración del individuo en la sociedad.

No obstante, en el caso sometido a su enjuiciamiento, el TS sostiene que le asiste toda la razón al Ministerio Fiscal cuando alega que la falta de contacto con la instrucción escolar y el consiguiente analfabetismo no puede ser equiparado a la alteración en la percepción que se prevé en el precepto como presupuesto básico de la circunstancia exigente. La postura es razonable, no tanto - según se deduce de lo anteriormente expuesto- porque la alteración perceptiva haya de ser, en todo caso, de origen sensorial u orgánico, cuanto porque también la persona no instruida por no escolarizada puede asimilar e interiorizar, de forma medianamente satisfactoria, los valores socialmente más estimados y los esquemas de conducta más generalizados, de suerte que, no siendo la escuela la única ni la más importante instancia de socialización, resulta perfectamente admisible que individuos que no han llegado a pasar por ella, hayan sido integrados en el grupo, a través del conjunto de experiencias que depara la vida en común, hasta el grado indispensable para que sus actos delictivos -que, en la mayoría de los casos, lo son porque están en contradicción con los valores y normas de convivencia más elementales- puedan serles imputados y reprochados.

De especial interés es un caso resuelto por la Audiencia Provincial de Castellón (Sentencia Nº 12/2002 de 3 de junio) la que conociendo de un delito contra la salud pública (tenencia de cocaína preordenada al tráfico) sostuvo:

Sentencia: “Absolvemos a Remedios V., del delito contra la salud pública, al apreciar la concurrencia en dicha acusada de la circunstancia eximente del artículo 20.3 CP.”

“Considerando: Cuarto. Concorre en Remedios V. F. la circunstancia eximente número 3 del artículo 20 del Código Penal, que declara exento de responsabilidad criminal a quien, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.”

“Es sabido que el inmediato antecedente de la actual formulación se encuentra en el artículo 8. 3 de 1973 (RCL 1973. 2255 NDL 5670) en su redacción anterior a la reforma de 1983, que declaraba exento de responsabilidad criminal al sordomudo de nacimiento o desde la infancia, que carezca en absoluto de instrucción. También que fue criticada por la doctrina la fórmula expuesta, por cuanto se decía por unos que la carencia absoluta de instrucción no implica la ausencia de la capacidad intelectual y volitiva necesaria para ser considerado imputable y se criticaba por otros la rigidez de los términos “en absoluto”. Finalmente, se censuraba también que el precepto contemplara solamente el caso de la sordomudez, sin referirse a otros trastornos que pudieran provocar consecuencias idénticas. La redacción actual del art 20. 3 CP procede directamente del art. 8. 3 del CP derogado, tras la reforma llevada a cabo en éste por la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983 (RCL 1983, 1325, 1588; APNDL 2364).”

“Para llegar a la anterior conclusión de la concurrencia de la mentada eximente viene especialmente a cuento la doctrina contenida en la STS de 6 de febrero 2001 (RJ 2001/498) citada por el Ministerio Fiscal en apoyo de la existencia de una mera atenuante, pues en el presente caso no faltan los requisitos, ni las circunstancias que la Sala Segunda del tribunal Supremo echó de menos en el supuesto que allí analizó, como veremos por lo que, concurriendo todos ellos, debemos apreciar la concurrencia de la eximente.”

Como en la sentencia citada se dice, la jurisprudencia posterior a la reforma de 1983, atinente al caso, no muy copiosa, ha seguido una era de moderación en lo que concierne a fijar el alcance de la eximente que analizamos. La STS de 20 de abril de 1987 (RJ 1987/2773) con cita de anterior de 14 de marzo de 1987 (RJ 1987/2171) del mismo año,

sienta que la alteración en la percepción “estará determinada, en la generalidad de los casos, por un defecto sensorial -sordomudez, ceguera- o por una anomalía cerebral susceptible de malinterpretar los datos suministrados por los sentidos, aunque no pueda descartarse por completo que la incomunicación y consecutiva falta de socialización sea efecto de ciertas y graves anomalías del carácter o de excepcionales circunstancias ambientales capaces de bloquear el proceso de integración del individuo en la sociedad”. La STS de 22 de junio de 1989 (RJ 1989/3736), con cita de la anterior, incide también en la existencia de un defecto sensorial. La STS de 23 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10322), también apoyándose en las ya citadas, se refiere al presupuesto biológico, deficiencia sensorial, como elemento previo imprescindible, que requiere, a su vez, que ello origine en el individuo una alteración grave de la conciencia de la realidad, “y que, a diferencia de la enajenación mental, lo relevante en esta circunstancia no es un defecto mental, sino una carencia de aptitudes físicas derivada de la incomunicación del contorno social”.

Siguiendo su labor de síntesis de la Jurisprudencia anterior afirma que su efecto típicamente exonerador “ha de tener su causa en una precoz situación de aislamiento que la norma define y caracteriza como alteración en la percepción” determinada por un defecto sensorial sin excluir lo ya señalado anteriormente a propósito de excepcionales circunstancias ambientales capaces de bloquear el proceso de integración del individuo en la sociedad. La STS de 9 de febrero de 1998 (RJ 1998/811) sigue la misma línea. Por fin, la STS de 24 de febrero de 1999 (RJ 1999/1270) que resume las anteriores, concluye que ha de partirse del defecto sensorial “o de una anomalía cerebral susceptible de malinterpretar los datos suministrados por los sentidos”, añadiendo que no pueden descartarse por completo las excepcionales circunstancias ambientales a las que hemos hecho referencia. Se refiere igualmente a la diferencia que establecen los apartados 1º y 3 del artículo 20, señalando que lo relevante en el presente caso es “centrar el problema de la imputabilidad que cabe atribuir y recaer sobre quien sufre, desde el nacimiento o desde la infancia, alteración de la percepción por tener gravemente alterada la conciencia de la realidad”.

Así, concurre el elemento biológico-temporal, lo que la jurisprudencia ha calificado como una precoz situación de aislamiento que la norma define y caracteriza como alteración de la percepción (el sordomudo o el ciego es inimputable no por ser tal, sino porque dichas alteraciones determinan un grado de incomunicación o aislamiento del entorno desde el nacimiento o desde la infancia que le impiden acceder al conocimiento o conciencia de los valores que subyacen bajo las normas penales). En el caso de Remedios, sordomuda de

nacimiento, como constató el Médico Forense en el examen que efectuó y explicó a lo largo de la pericia que prestó en el juicio oral, se partió de una deficiencia cuya base es estrictamente sensorial, como es la sordomudez. Además, se trataba de una situación especialmente intensa de incomunicación, derivada no ya sólo de su deficiencia sensorial, que puede suplirse por métodos educativos (lenguaje de signos) y de una socialización adecuada, sino fundamentalmente porque, habiendo vivido desde su tierna infancia en compañía de su abuela, la otra acusada, de escasa formación, ni siquiera había sido escolarizada. La consecuencia de ello es que, como explicó el facultativo forense, sólo puede entenderse con algunos familiares mediante señas sencillas que no responden a ningún método. Había que tener en cuenta que era tal la situación de incomunicación con el entorno que ni siquiera pudo el Tribunal informarle debidamente ni del contenido de la acusación, ni de sus derechos como acusada (a no declarar en su contra, a guardar silencio, etc.), como quedó reflejado en el acta.

Conclusión de lo que acaba de exponerse es que la acusada, que pese a su importante deficiencia pudiera ser consciente de que no es lícito el ataque a los bienes más esenciales como la vida y la integridad física, desconoce el desvalor que conlleva el tipo penal aplicado de delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas, que en gran medida depende del contenido de los valores sociales imperantes en cada momento, lugar y de su reflejo legislativo. No empece a lo dicho su ligereza en intentar ocultar la droga ante la presencia de los agentes, pues su convivencia y estrecha relación con su abuela da lugar a que, no consciente Remedios del significado y trascendencia de tales hechos, actúe como mero instrumento material, aunque, carente de autodominio penalmente relevante.

Si se postula que el presupuesto de la eximente en estudio es de naturaleza biológica por implicar una carencia o limitación seria de tipo orgánico y funcional de la capacidad auditiva o de la visión, entonces, se puede claramente diferenciar de la eximente consagrada en el art. 20. 1 que dice relación a una causal de inimputabilidad cuyo origen es una perturbación psíquica y no física.

Las alteraciones en la percepción deben originarse desde el nacimiento o desde la infancia. El término legal “infancia” presenta desde ya una pregunta que demanda su correspondiente respuesta: ¿qué debemos entender por “infancia”? Sobre el particular, y bajo la fórmula de sordomudez actualmente derogada, QUINTANO consideraba que se podía estimar como infante hasta los dieciséis años, límite legal tope de la minoría absoluta de

edad penal³⁴¹. Por su parte, CARMONA SALGADO³⁴² se inclina, siguiendo a MAURACH, que la edad tope sería al alcanzar el uso de razón, hacia los siete años. Ello, sobre la base de dos razones: a) la expresión “infancia” socio-culturalmente se encuentra asociada a un menor de siete años y no a uno de dieciséis, y b) porque la inimputabilidad por razón de edad que contemplaba el antiguo N° 2 del artículo 8° (menor de dieciséis años) tiene una naturaleza diversa a la sordomudez y, por eso mismo, no admite una relación analógica entre ellas. En todo caso, la autora citada postula que en definitiva “debe predominar el *arbitrio judicial*”, en especial, en orden a estimar la configuración de una eximente incompleta, aunque, hace presente que ello dependerá de si se estima como “*elemento esencial*” al presupuesto biológico o al efecto psicológico o bien a cualquiera de ellos. No obstante, de conformidad a la Carta Europea de los Derechos del Niño (1992) se establece que la infancia llega hasta los 18 años, de manera que por debajo de esa edad no procedería ningún tipo de Derecho penal ni siquiera para menores.

Desde mi personal punto de vista, concuerdo con la postura de CARMONA SALGADO. En efecto, si partimos del supuesto que la imputabilidad supone la capacidad de “comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a esa comprensión”, la cual se presume por el legislador a partir de los 18 años para el Derecho penal de adultos, dicha presunción se basa, necesariamente, sobre la base de un desarrollo bio-psico-social normal de la persona. Dicho desarrollo implica que, durante los primeros 7 años de vida, el sujeto inicia el proceso de socialización y empieza a conocer o aprender los principios, valores o normas básicas de la sociedad en la que está inmerso. Ahora bien, si la persona sufre la pérdida o menoscabo serio o grave del sentido de la vista o la audición, durante los primeros 7 años, resulta explicable la barrera que impide o dificulta ostensiblemente, salvo tratamiento compensatorio, las posibilidades de un proceso de socialización normal y adecuado. Si el detrimento relevante de los sentidos de la vista u oído tiene lugar, con posterioridad a los 7 años, es difícil que ello traiga como efecto obligado la pérdida el aprendizaje previo, aunque, es comprensible que a partir de la afectación grave de los sentidos antes señalados, el proceso de socialización se vea menoscabado y tenga un desarrollo irregular e inadecuado. Esto último bien puede dar lugar a una eximente incompleta o atenuante analógica dependiendo de las características en cada caso. Sobre el

³⁴¹ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. “Comentarios al Código penal”. En: *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1946, pág. 93.

³⁴² CARMONA SALGADO, C. “La alteración en la percepción desde el nacimiento o la infancia como circunstancia eximente de la responsabilidad criminal”...op. cit., pág. 149.

particular, me parecen acertadas las expresiones vertidas por JIMÉNEZ DÍAZ al referirse a la edad de los 14 años como comienzo de la responsabilidad penal del menor conforme a la LORPM: “Nos parece un fundamento adecuado para adoptar una decisión de tamaña envergadura. Dicha decisión político criminal debería haberse basado en las características subjetivas del sujeto afectado por ella (los menores de 14 años) y, en tal sentido, hubiera debido tomarse adoptando como punto de referencia el todavía escaso nivel formativo o educacional de los afectados. Partiendo de esa consideración, los 14 años puede considerarse una edad apropiada para marcar el límite inferior a partir del que comienza la responsabilidad penal del menor, si se tiene en cuenta que con la misma ya ha adquirido la formación esencial que aporta la realización de la enseñanza básica (...) que les hace poseer una determinada madurez mental. En todo caso, la fijación de esa edad como límite mínimo (...) otorga una seguridad jurídica a la que no debe renunciarse, aunque en la práctica puedan existir supuestos específicos en los que la carencia real de formación aconseje utilizar aquellas instituciones que proporciona el CP para corregir sus efectos” (Art. 20. 3º y Art. 14 CP)³⁴³.

Para un sector de la doctrina, en una perspectiva psicológica de lo “perceptivo-sensorial”, no parece factible subsumir, aparte de la sordomudez, otros casos semejantes de naturaleza y gravedad: “...tampoco puede incluirse la ceguera, porque ésta no implica ninguna inferioridad en cuanto a la comprensión de las normas, ni guarda, por tanto, relación con la imputabilidad”³⁴⁴. En sentido diferente, se ha sostenido: “Las “alteraciones de la percepción”, en principio, son las que surgen de la atrofia de los órganos humanos que desempeñan esa función: fundamentalmente el oído y la vista. La eximente, por lo tanto, alcanza al sordomudo y al ciego, lo que parece excluir otro tipo de minusvalía, que, sin embargo, suelen afectar gravemente al normal desarrollo de la personalidad de quien la padece. La eximente requiere, además, que a tal efecto se añada la “alteración grave de la conciencia de la realidad”. Por lo tanto, deberá tenerse en cuenta a la hora de estimar la eximente, si efectivamente por falta de educación, con los medios que hoy en día se emplean

³⁴³ JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. “La inapropiadamente denominada eximente de la minoría de edad en Derecho Penal Español”. En: *Derecho penal de Menores y Adolescentes: una visión dual desde Chile y España*. Ed. Dykinson, 2010, pág. 153.

³⁴⁴ MIR PUIG, S. *Derecho penal*...op. cit. p. 600; MORALES PRATS, F. “La alteración en la percepción (art. 8. 3º CP): contenido y límites”...op. cit., pág. 77.

para superar tales deficiencias físicas, la conciencia de la realidad del disminuido está gravemente alterada”³⁴⁵.

Se ha tratado de encontrar, por algunos autores, hipótesis de naturaleza psicopatológica que pudieran ser subsumidas en la disposición en examen; no obstante, se ha desistido toda vez que en la taxonomía psiquiátrica, los “trastornos perceptivos” no se dan en forma pura como entidades independientes, sino como “síntomas” asociados a enfermedades o perturbaciones; razón por la cual, la luz de la Psiquiatría en el presente caso en vez de aclarar el problema, termina enturbiándolo aún más³⁴⁶.

Por otro lado, y antes de la modificación del año 1995, cuando la inimputabilidad giraba sobre la base de la “enajenación y el trastorno mental transitorio” (Art. 8, 1 y 2 del CP), se trató de ver la factibilidad de hacer uso de la eximente como una “cláusula de recogida” y, con ella, dar respuesta a aquellos casos que no eran susceptibles de encuadrar ni como enajenación ni como trastorno mental transitorio; tal era el caso de las “psicopatías”, aunque, hoy en día, ello no es necesario por la forma amplia como se ha tipificado la inimputabilidad en la actualidad: “...cualquier anomalía o alteración psíquica,..” (Art. 20,1º CP).

La gran mayoría de los autores que han asumido una interpretación bajo esta perspectiva, consideran que la eximente con su actual redacción es superflua y lo aconsejable sería su derogación³⁴⁷.

3.1.2. Perspectiva socio-cultural (normativa-valorativa).³⁴⁸

³⁴⁵ CUELLO CONTRERAS, J. *El Derecho Penal español. P. G...* op. cit., pág. 1036.

³⁴⁶ MENGUAL I LULL, Joan B. *Enfermedad mental y delito: aspectos psiquiátricos, penales y procesales*. Madrid, 1987, pág. 311.

³⁴⁷ QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Comentarios al Código penal...* op. cit., págs. 91 y 92; CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español...* op. cit., págs. 83 y 85; BACIGALUPO, E. *Derecho penal. P.G...* op. cit., pág. 455.

³⁴⁸ En este sentido, MORALES PRATS, F. en *Comentarios al Código Penal Español (Coordinador)* (Tomo I), 6ª ed. 2011, págs. 200-210; QUINTERO OLIVARES, G. *Manual de Derecho Penal. Parte General...* op. cit., págs. 546 y 549; QUINTERO OLIVARES, G. *Introducción al Derecho Penal. P. G.* Ed. Barcanova, Barcelona, 1981, págs. 208 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G. y MUÑOZ CONDE, F. *La reforma penal de 1983...* op. cit., págs. 74 y ss.; MORALES PRATS, F. *“La alteración en la percepción (art. 8. 3º CP): contenido y límites”...* op. cit. págs. 80 y ss.; MORALES PRATS, F. *Comentarios al Nuevo Código Penal...* op. cit., pág. 149 y ss.; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho Penal. PG.* 2ªed. Tirant lo Blanch.2012, pág. 533; MORENO-TORRES HERRERA, María R., en *Fundamentos de Derecho Penal. PG*(Coordinadora), 4ªed. 2010. pág. 355; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. *“Imputabilidad y nuevo Código Penal”...* op. cit., pág. 309. De otro lado, el TS se mostró favorable a realizar una interpretación amplia de la eximente, no limitándola exclusivamente a los casos de defecto en la percepción sensorial u otra anomalía orgánica, valga de cita la STS de 20 abril 1987 (RJ

1987/2773) (“la incomunicación y consecutiva falta de socialización sean efecto de ciertas y graves anomalías del carácter o de excepcionales circunstancias ambientales capaces de bloquear el proceso de integración del individuo en la sociedad”) y STS de 9 de febrero de 1998 (RJ 1998/811) Robo con fuerza en las cosas. En el FJ Quinto se recurre la indebida aplicación de la atenuante analógica de anomalía o alteración psíquica. En lo que concierne a la aducida atenuante analógica de anomalía o alteración psíquica han de aceptarse las conclusiones desestimatorias del Tribunal sentenciador. No concurre la misma -se razona- toda vez que, como quedó acreditado en el acto del juicio a través del informe pericial médico forense, el acusado, pese a su deficiente instrucción y a su desarraigo social, está perfectamente capacitado para discernir sobre la ilicitud del hecho y actuar conforme a dicha comprensión. El Tribunal contó el preciado auxilio de la intermediación y, por lo mismo, pudo valorar con más precisión que esta Sala las condiciones psíquicas del imputado. Ciertamente, y en cuanto a la exigente recogida en el artículo 20,3º, la jurisprudencia ha ido evolucionando y no ciñe la alteración en la percepción a defectos sensoriales o biológicos del individuo, abriéndose a supuestos en que la incomunicación y consecutiva falta de socialización sean efecto de ciertas y graves anomalías del carácter o de excepcionales circunstancias ambientales capaces de bloquear el proceso de integración del individuo a la sociedad [Cfr. STS de 20 de abril de 1987 (RJ 1987/2773)]. La deficiencia en la instrucción -no es analfabeto el acusado- y la ausencia del hogar paterno, un tanto errático en sus estancias y compromisos de trabajo, no puede llevar, sin más, a la apreciación de atenuante analógica. El Tribunal apreció su conocimiento e imposición acerca de lo justo y de lo injusto. Asimismo, STS de 15 febrero 2000 (TOL 117. 445) Delito de estafa y falsedad en documento mercantil como autor sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad. Quebrantamiento de forma por predeterminación de fallo. Concurrencia de la exigente por alteración psíquica. Al tratarse de una cantidad de dinero elevada debe apreciarse como muy cualificada la circunstancia agravatoria. El hecho de ser contable el procesado impide que pueda alegarse en su descargo haber actuado erróneamente con “expresa ignorancia del tipo delictivo por el que aparece condenado”. - El sexto y último motivo, por la vía del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia también infracción de ley “por interpretación errónea de la circunstancia 1ª del artículo 9º, en relación con la 3ª del artículo 8ª del Código Penal”. Fundamenta la parte recurrente este motivo en que el procesado, según se reconoce en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, tiene un carácter o personalidad distímica o ciclotímica, y está sometido a tratamiento psiquiátrico desde el 1. 975, destacando el carácter irreversible y congénito de tal patología de la personalidad. Es cierto que, en el “factum” de la sentencia recurrida se dice que el procesado es de “personalidad distímica o ciclotímica”, y que “necesita tratamiento psiquiátrico desde el año 1. 975”; pero no lo es menos que, en el cuarto considerando de la sentencia se dice también que el procesado “... como persona normal no necesita tratamiento psiquiátrico alguno”. No cabe duda de que la personalidad distímica o ciclotímica constituye un psicotipo y que, por tanto, sin otras connotaciones, corresponde a un tipo de persona normal, con independencia de sus particulares características y aptitudes, al igual que sucede con los distintos psicotipos descritos por la ciencia psiquiátrica. Examinados los autos, para la mejor comprensión de los hechos relatados en la sentencia recurrida (vid. artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), puede comprobarse que, en el informe obrante al folio 552 del sumario, se dice: “en resumen, la impresión clínica es de un sujeto en buen estado general en el que han ido apareciendo alteraciones de algunas constantes posiblemente relacionadas con un sujeto que como mejor podríamos definirlo sería “un sujeto comilón o glotón”. En el rollo de la Audiencia -sin foliar- aparecen dos informes del Médico Psiquiatra Don J. M. S. H., en el primero de los cuáles se dice: “En resumen: Se trata de un sujeto de constitución pícnica con temperamento distímico y por lo tanto, pensamos que la alteración de su afectividad, no altera su inteligencia, pero puede empañarla con el tinte emocional eufórico o triste. En cambio, su voluntad si está afectada, en el sentido de mayor impulsividad hacia el objeto de deseo (alimento), goce (placer), o por el contrario, menor freno sobre el control de sus impulsos”. Y, en el segundo, se dice: “En resumen, se trata de un trastorno leve de personalidad distímica o ciclotímica que nunca ha recibido tratamiento psiquiátrico y que en el momento presente estimamos que tampoco es necesario, pues sus oscilaciones anímicas son leves, y por tanto, dentro de la normalidad”. La personalidad del procesado recurrente, por tanto, nada tiene que ver con la exigente 3ª del artículo 8º del Código Penal, referente a las personas que por sufrir alteración en la percepción -desde el nacimiento o desde la infancia- tengan alterada gravemente la conciencia de la realidad; y buena prueba de ello es que el procesado tiene una destacada formación profesional como contable, hasta el punto de haberle granjeado la confianza de la persona que regentaba el restaurante cuya contabilidad llevaba el hoy recurrente. Cabe afirmar, incluso, como hace el Tribunal de instancia -en el cuarto considerando de la sentencia-, que el mismo “modus operandi” de que se valió el procesado para realizar los hechos objeto de esta causa son ciertamente incompatibles con la importante limitación propia de la exigente a que se refiere la parte recurrente, aunque sea como “incompleta”. En suma, la particular personalidad del hoy recurrente no puede decirse que constituya causa de disminución de sus facultades de captación del mundo exterior, que puedan producirle una alteración en la conciencia de la realidad, que es lo propio de la exigente citada. En definitiva, el motivo carece de todo fundamento y debe ser desestimado”.

La divergencia socio-cultural ha planteado a la doctrina y jurisprudencia española una serie de problemas que se pueden ejemplificar de la siguiente manera: ¿cómo resolver el supuesto en el que el marido curdo asesina a su esposa, por haberse divorciado de él? ¿Qué hacer con el modélico padre turco que, al conocer que su primogénita está embarazada, amenaza y secuestra al novio de ésta? ¿Qué respuesta cabe aplicar a los familiares de la campesina *cisjordana* de 17 años, quienes ante el estado de embarazo de aquélla la intentan envenenar y le prenden fuego? ¿Cómo solucionar el caso del esposo de raza gitana que, ante las supuestas infidelidades de su esposa, intenta matar al amante de ésta? O bien, ¿qué hacer con el padre de origen gambiano quien acude a una Sección de Cirugía pediátrica de un hospital para practicarle a su hija pequeña una ablación?

La pregunta que tenemos que hacernos es sobre la incidencia de los factores socioculturales en la culpabilidad: ¿podemos pensar que ellos pueden configurar una causal de inimputabilidad? En concreto, ya como “anomalía o alteración psíquica que impide al sujeto comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a esa comprensión”, ya como “alteración en la percepción” y con igual efecto psicológico-normativo?

En cuanto a esta primera posibilidad, el CP español declara exento de responsabilidad criminal al “... *que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión*” (artículo 20. 1º CP).

A nuestro juicio, no es factible subsumir los casos de actuación por *motivos de conciencia* o por *razones de tradición socio-cultural* en la eximente de anomalía o alteración psíquica señalada, dado que ésta requiere el presupuesto bio-psicopatológico de “*anomalía o alteración psíquica no transitoria*”, distinguiéndose tradicionalmente al respecto cuatro categorías posibles: las psicosis³⁴⁹, las oligofrenias³⁵⁰, las psicopatías³⁵¹ y las neurosis³⁵².

³⁴⁹ La psicosis “caracterizadas por dos elementos: una base somática y una transformación morbosa no transitoria de las leyes psíquicas, que en sus fases agudas suponen una pérdida de contacto objetivo con la realidad. Entre las psicosis endógenas, cabe citar, la esquizofrenia; la paranoia; la psicosis maniaco-depresiva y las epilepsias. De otro lado, las psicosis exógenas, que se deben a factores externos que afectan al cerebro, bien sean intoxicaciones alcohólicas o por otras drogas (las llamadas toxifrenias, entre las que cabe citar la embriaguez patológica) Este es el caso de las psicosis traumáticas, de las psicosis sifilíticas y de las psicosis sintomáticas. También se incluyen las producidas por una involución debida a la edad (psicosis y demencias seniles y preseniles) Véase CASTILLA DEL PINO, *Introducción a la Psiquiatría* (3 volúmenes) 1978, Vol. II, pág. 126 y ss.; 161 y ss.; 225 y ss.; 370 y ss., citado por MIR PUIG, S, Derecho Penal, op. cit., págs. 563-564, nn. 17-20. Véase sobre la esquizofrenia la STS de 18 de julio de 2002 (RJ 2002/5446) Agresión sexual. La esquizofrenia en el caso concreto debe producir una semi-inimputabilidad y no una eximente completa. Dolo eventual en las lesiones. Anomalía o alteración psíquica. Esquizofrenia. Concepto: Etimológicamente equivale a “mente escindida” y supone una disociación intrínseca de la persona, con bloques distintos en el pensamiento

y ruptura del mundo interior e íntimo, y respecto del exterior un completo desinterés e indiferencia [STS de 18 de octubre de 1999 (RJ 1999/1472)]. Es una psicosis endógena que produce una escisión en la estructura de la personalidad, de manera que aunque el sujeto puede conservar su inteligencia, memoria, afectos, sentimientos, gustos, aficiones, etc., comportándose con aparente normalidad, en ocasiones no puede hacer uso de estas facultades porque hay otras funciones psíquicas que no reconoce como suyas, porque las atribuye a fenómenos extraños a su persona que le impulsan a actuar en un determinado sentido, originándose así una disociación en las vivencias internas que constituye la verdadera esencia de la psicosis esquizofrénica [STSS de 8 de octubre de 1998 (RJ 1998/1185), y de 18 de julio de 2002 (RJ 2002/5446)]. Elemento biológico y psicológico: Se distingue entre el presupuesto biológico de la enajenación, en sí mismo considerado, y el efecto psicológico que esta enfermedad puede proyectar en cada caso concreto sobre la imputabilidad del sujeto agente, porque no todo esquizofrénico es necesariamente inimputable por el hecho de serlo, aunque sí tiene siempre disminuida su imputabilidad, como mínimo [STS de 27 de setiembre de 1999 (RJ 1999/1351); STS de 18 de octubre de 1999 (RJ 1999/1472); STS 21 de febrero de 2002 (RJ 2002/312); STS de 18 de julio de 2002 (RJ 2002/5446)]. Se aprecia eximente incompleta y no completa. El acusado, pese a su esquizofrenia, mostró claros signos de inteligencia para perpetrar los actos delictivos: La esquizofrenia paranoide repercutía sobre su voluntad y entendimiento, y sus capacidades cognoscitiva y volitiva se encontraban, en relación con los hechos cometidos, disminuidas aunque no anuladas. Esa eximente incompleta puede perfectamente inferirse del propio modo y manera con que se llevaron a cabo las diversas acciones, que reflejan un cierto grado de inteligencia, pues no otra cosa supone hacerse pasar por antenista una vez, otras simular que se le habían caído las llaves al balcón, ir preparado con una gorra y unas gafas o con un pasamontañas, etc. [STS de 18 de julio de 2002 (RJ 2002/5446)]. En sentido contrario, no se aprecia tal eximente en la STS de 2 junio 2006 (TOL 674. 540) En el FJ Cuarto se alega "... infracción de ley del art. 849. 1º L. E. Cr., se denuncia la inaplicación de la causa de exención 1ª del art. 20 del C. Penal, que establece como circunstancia que exime de responsabilidad criminal: "El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión". Los hechos probados de la sentencia establecen que "Ismael sufría al tiempo de esos hechos esquizofrenia paranoide con afectación de las bases psicobiológicas de la imputabilidad" y aprecia la eximente incompleta de anomalía o alteración psíquica del art. 21. 1 en relación con el 20. 1 C. P. razonando la valoración del informe médico-forense, señalando que en el reconocimiento forense practicado el 13 de abril de 2. 000, debidamente ratificado en el plenario, al ser explorado psicopatológicamente el acusado se presentaba "colaborador, buen rapport, discurso congruente a priori, pero en la medida en que discurre la entrevista se vislumbra su patología: ideación delirante primaria, alucinaciones auditivas y visuales, lenguaje extravagante, pseudofuga del pensamiento, sin alcanzar el nivel de delirio psicótico". Al tiempo de la detención la fuerza pública encontró en buen estado al acusado y tampoco al prestar declaración en el Juzgado de instrucción se reflejó mención alguna relativa a la evidencia de cualquier anomalía psíquica. Es más la lectura del testimonio que entonces prestó muestra que su discurso era coherente -folios 31 y 32-. Por tanto, no se aprecia en Ismael la situación de delirio psicótico o incomunicación absoluta con el exterior, ni tampoco resulta acreditado que al ocurrir los hechos actuase bajo un brote esquizofrénico, supuestos éstos en los que la doctrina de nuestro TS viene aplicando la eximente completa [STS de 4 de junio de 1999 (RJ 1999/3942) nº 399, STS de 10 de marzo de 2000 (RJ 2000/1912) nº 399 y STS de 26 de diciembre de 2000 (RJ 2000/9660) nº 2034]. El motivo debe ser desestimado.

Véase la STS de 17 de abril de 2002 (RJ 2002/2722) Anomalía o alteración psíquica. Epilepsia: El simple padecimiento de esta enfermedad –cuando está larvada- no excluye, ni disminuye, por sí mismo, la capacidad de culpabilidad, y es perfectamente consciente de sus actos, surgiendo únicamente la carencia de frenos inhibitorios en situaciones de crisis epiléptica, o sea, en situaciones crepusculares, precrepusculares o casi crepusculares [STS de 12 de mayo de 1999 (RJ 1999/724); STS de 14 de junio de 1999 (RJ 1999/945)]. Crisis epiléptica: Lo que excluye la capacidad de culpabilidad es que quien la padece haya actuado en estado de crisis epiléptica [STS 17 de abril de 2002 (RJ 2002/2722)]. En el FJ Segundo se expone la siguiente argumentación: En el segundo motivo de casación, al amparo del artículo 849. 1º de la Ley Procesal se denuncia la infracción, por inaplicación, de la eximente incompleta del artículo 21. 1º en relación con el 20. 1º del Código Penal. Sostiene el recurrente que el trastorno de la personalidad de origen orgánico y tipo epileptoide afectó a su conocimiento y voluntad.

Desestimado el motivo anterior resta ahora, partiendo de los hechos declarados probados, considerar si una tal clase de trastorno implica, por sí mismo, una afectación de las facultades del sujeto de suficiente entidad como para apreciar una circunstancia de atenuación, pues, de ser así, al amparo de este motivo podría sostenerse una aplicación equivocada de la ley al supuesto fáctico declarado probado por el Tribunal.

Para la apreciación de la eximente, completa o incompleta, de anomalía o alteración psíquica no basta con la constatación de la existencia de tal defecto, sino que es necesario que se acredite que, a causa del mismo, el que comete la infracción no puede comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, o que esas capacidades se encuentran profundamente disminuidas. Como resaltábamos en la STS de 22 de marzo

de 2001 (RJ 2001/437), citada por el Ministerio Fiscal en su informe, en la determinación de la existencia de estas anomalías a través de la prueba pericial pueden distinguirse dos fases. En una primera se trata exclusivamente de determinar su existencia con todos sus contornos, lo que corresponde a los peritos médicos. Y en segundo lugar la determinación de sus efectos en cuanto a la imputabilidad del sujeto, lo que corresponde en exclusiva al Tribunal sentenciador, que necesariamente ha de tener en cuenta las circunstancias del hecho mismo para ponerlas en relación con la anomalía apreciada por los peritos determinando de esta forma la capacidad de culpabilidad del sujeto en relación con el hecho concreto imputado. La jurisprudencia ha sido en general reacia a reconocer eficacia atenuante a los trastornos de la personalidad o psicopatías, con mayor razón cuando no han sido calificados de graves. En la actualidad tienen encaje en el artículo 20. 1º pues se trata sin duda de anomalías o alteraciones psíquicas, por lo que es necesario atender a sus características y a las peculiaridades del hecho imputado para precisar sus concretos efectos. Tratándose de epilepsia, hemos entendido que, cuando la enfermedad está larvada, el enfermo es perfectamente consciente de sus actos, apareciendo la disminución o carencia de frenos inhibitorios en los estados crepusculares, precrepusculares o cuasicrepusculares (STS de 14 de junio de 1999 RJ 1999/945), y que lo que excluye la capacidad de culpabilidad en el supuesto de la epilepsia es que quien la padece haya actuado en estado de crisis epiléptica, mientras que el simple padecimiento de la enfermedad no excluye, ni disminuye, por sí mismo, la capacidad de culpabilidad (STS de 12 de mayo de 1999, RJ 1999/724). En los hechos probados no se recoge que el trastorno sea grave ni tampoco que en el momento de los hechos el acusado estuviera en ninguno de los estados antes referidos, por lo que no resulta posible la apreciación de la eximente incompleta postulada. El motivo se desestima”.

³⁵⁰ Las oligofrenias suponen una insuficiencia cuantitativa del grado de inteligencia. Asimismo, la demencia también supone un déficit intelectual, pero mientras que las oligofrenias se deben a la detención del desarrollo del cerebro congénita o adquirida en los primeros años de la vida, la demencia es el resultado de una pérdida de facultades en un cerebro ya desarrollado. Clásicamente se distinguen tres clases de oligofrenia, a saber, la debilidad mental, la imbecilidad y la idiocia, cfr. LÓPEZ SÁIZ. *Psiquiatría*. Tomo I. págs. 122 y 196 y ss., citado por MIR PUIG, S. *Derecho penal...* op. cit., pág. 581, nn. 22 y 24. Véase la STS de 25 de abril de 2002 (RJ 2002/2958) (TOL 162. 358) Anomalía o alteración psíquica. Oligofrenia. Supuestos posibles. Embriaguez. Supuestos posibles. Anomalía o alteración psíquica. Oligofrenia. Concepto: Según reiterada jurisprudencia, constituye una perturbación de la personalidad de carácter endógeno que supone una desarmonía entre el desarrollo físico y somático del sujeto y su desarrollo intelectual o psíquico, constituyendo un estado deficitario de la capacidad intelectual que afecta a su grado de imputabilidad [STS de 31 de julio de 1998 (RJ 1998/924, STS de 25 de abril de 2002 (RJ 2002/2958)]. Clases: a) Profunda: cuando la carencia intelectual es severa, con un coeficiente intelectual inferior al 25 por ciento, se aprecia una eximente completa; b) Mediana: cuando la afectación se sitúa entre el 25 y el 50 por ciento, se aprecia una eximente incompleta; c) ligera: cuando se sitúa entre el 50 y el 70 por ciento, es una mera debilidad o retraso mental, aplicándose una atenuante analógica. d) torpeza: cuando el coeficiente se sitúa por encima del 70 por ciento existe plena imputabilidad, aunque el sujeto sufra una simple torpeza mental (STS de 31 de julio de 1998 (RJ 1998/924); STS de 9 de septiembre de 1999 (RJ 1999/1272); STS de 31 de enero de 2000 (RJ 2000/597); STS de 08 de marzo de 2002 (RJ 2002/411); STS de 25 de abril de 2002 (RJ 2002/2958). No excesiva rigidez en la apreciación de esta graduación: Dada la diversidad de orígenes y naturaleza de esta afectación [STS de fecha 25 de abril de 2002 (RJ 2002/2958). b) Eximente incompleta: Cuando es fortuita pero no plena, siempre que las facultades intelectivas y volitivas se encuentren seriamente disminuidas al tiempo de la ejecución del hecho, no impida pero dificulte de forma importante la comprensión de la ilicitud del hecho cometido bajo sus efectos o la actuación acorde con esa comprensión, quedando excluida la eximente, aun como incompleta, en los supuestos de embriaguez preordenada o culposa, del mismo modo que en el pasado se exigía que fuese fortuita para integrar la eximente incompleta de trastorno mental transitorio; c) Atenuante: Cuando no es habitual ni provocada para delinquir, pudiendo llegar a apreciarse como muy cualificada si sus efectos han sido especialmente intensos; d) Atenuante analógica: Cuando la disminución de la voluntad y de la capacidad de entender es leve, cualesquiera que sean las circunstancias alcohólicas que las motivan, de manera que, siendo voluntaria e incluso culposa -nunca buscada con propósito de delinquir-, produzca bien una sensible obnubilación en la capacidad del sujeto para comprender el alcance de sus actos, bien un relajamiento igualmente sensible de los frenos inhibitorios, es decir, de la capacidad para dirigir el comportamiento de acuerdo con las normas asimiladas en el proceso de socialización [STSS de 7 de octubre de 1998 (RJ 1998/1145); de 23 de octubre de 1998 (RJ 1998/1238); de 10 de mayo de 1998 (RJ 1999/155); de 13 de octubre de 1999 (RJ 1999/1430); de 24 de noviembre de 1999 (RJ 1999/1672); de 22 de marzo de 2000 (RJ 2000/126); de 28 de enero de 2002 (RJ 2002/60); y de 25 de abril de 2002 (RJ 2002/2958)]. b) Eximente incompleta: Cuando es fortuita pero no plena, siempre que las facultades intelectivas y volitivas se encuentren seriamente disminuidas al tiempo de la ejecución del hecho, no impida pero dificulte de forma importante la comprensión de la ilicitud del hecho cometido bajo sus efectos o la actuación acorde con esa comprensión,

Lo que es indubitable es que no puede homologarse a quien actúa por motivos de conciencia o de tradición socio-cultural con quien padece un trastorno psíquico, e incluso, en la mayoría de estas prácticas (v. gr. inmolación de viudas en la india o mutilación genital en países del norte de África) los sujetos no actúan movidos porque les obligue su “conciencia” sino, en la mayor parte de los casos, son guiados por los principios o valores de una “tradición”, lo que en modo alguno es constitutivo de “trastorno mental”³⁵³.

quedando excluida la eximente, aun como incompleta, en los supuestos de embriaguez preordenada o culposa, del mismo modo que en el pasado se exigía que fuese fortuita para integrar la eximente incompleta de trastorno mental transitorio. En el FJ Segundo se alega que “El segundo motivo de recurso, por infracción de ley, denuncia la inaplicación de la eximente completa del art 20 1º del CP 95, en lugar de la incompleta. El motivo carece también de fundamento, pues el Tribunal sentenciador razona adecuadamente en el fundamento jurídico quinto de la sentencia de instancia que el grado de retraso mental que padece el recurrente no le priva totalmente de su capacidad para comprender la ilicitud del hecho, y de actuar conforme a dicha comprensión, sino que únicamente le limita dicha capacidad, por lo que lo procedente es la apreciación de la eximente incompleta, como ha hecho el Tribunal de instancia. La doctrina jurisprudencial (Sentencias de 11 de Julio y 21 de octubre de 1988, 26 de Febrero, 15 de Julio, 8 de Septiembre, 14 de octubre y 13 de Diciembre de 1994, 30 de Noviembre de 1996, 31 de julio de 1998, etc.) califica la oligofrenia como una perturbación de la personalidad del agente de carácter endógeno que supone una desarmonía entre el desarrollo físico y somático del sujeto y su desarrollo intelectual o psíquico, constituyendo un estado deficitario de la capacidad intelectual, que afecta al grado de imputabilidad. Partiendo de las pautas psicométricas que ofrecen los resultados de los test de personalidad e inteligencia, se viene considerando que cuando la carencia intelectual es severa, de modo que el afectado tenga un coeficiente inferior al 25% de lo normal, la oligofrenia debe calificarse de “profunda” y su consecuencia penal debe ser la apreciación de una eximente completa; cuando el coeficiente se sitúa entre el 25 y el 50% la oligofrenia puede calificarse como de mediana intensidad, correspondiéndole penalmente el tratamiento de una eximente incompleta. Y cuando el cociente intelectual se encuentra situado entre el 50 y el 70 por ciento, se califica de oligofrenia ligera o de mera debilidad o retraso mental, debiendo ser acreedora de una atenuante analógica, siendo por lo general plenamente imputables los afectados por una mera torpeza mental, con coeficientes situados por encima del 70%. Todo ello sin excesiva rigidez (sentencia 8 de Septiembre de 1992), dada la diversidad de orígenes y naturaleza de esta afectación. En el caso actual el coeficiente del recurrente se sitúa, según el relato fáctico, entre 51 y 70 % de lo normal, por lo que la apreciación de la eximente incompleta es correcta”.

³⁵¹ Las psicopatías son anormalidades del carácter de naturaleza constitucional y heredada, que no constituyen psicosis ni oligofrenias. Los psicópatas son personas anormales, caracterizados por desequilibrio cuantitativo entre los distintos componentes de la personalidad (instintos, sentimientos, inteligencia, voluntad) lo que lleva a reaccionar de forma desproporcionada ante ciertos estímulos, véase LÓPEZ SÁIZ. *Psiquiatría*. Tomo II, págs. 569 y ss., y 572, citado por MIR PUIG, S. *Derecho penal...* op. cit., pág. 578.

³⁵² Las neurosis implican reacciones psíquicas desproporcionadas y, por ello, anormales frente a una determinada situación, que se manifiestan principalmente en forma de angustia, depresión o mecanismos de defensa contra ambos, pero que pueden llegar a generar impulsos irresistibles. Tradicionalmente se ha venido entendiendo que derivan directamente de una causa psíquica no; cfr. ORTEGA-MONASTERIO, en: AAVV. *Jornadas*, págs. 14-15 y ss., citado por MIR PUIG. *Derecho penal...* op. cit., pág. 578.

³⁵³ En este sentido, véase JERICÓ OJER, Leticia. *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*. Ed. La Ley, 2007, pág. 574. Véase la STS 25 septiembre 2000 (TOL 7. 787) Alteración psíquica. Pedofilia. FJ Segundo. - “...No obstante, entrando a examinar la cuestión de fondo, el motivo no puede ser estimado: Por lo que se refiere a la anomalía psíquica alegada, es cierto que el informe médico-forense, realizado durante la fase sumarial y luego ratificado en el Juicio oral, afirma que el acusado presente una pedofilia con atracción sexual por varones de tipo exclusivo, y que dicha anomalía psíquica no limita su capacidad para comprender la licitud del hecho pero sí sustancialmente para controlar su conducta conforme a ese conocimiento. Sin embargo, no precisan los peritos si su limitada capacidad de control se refiere a la práctica de la actividad sexual en sí misma, o se refiere más bien a la elección del objeto de esa actividad sexual, que el lo propio de la pedofilia cuando no se acompaña esa patología de alguna otra clase de alteración psíquica. Como acertadamente pone de relieve el Ministerio Fiscal en su oposición al recurso la pedofilia afecta exclusivamente a la dirección del instinto; pero que el objeto del deseo sea un niño no significa por sí mismo la ausencia de los mecanismos de dirección de la conducta en cuanto a la acción misma. La conclusión pericial acerca de la limitación sustancial

En algunos supuestos puntuales de “exaltación fanática”, no cabe apreciar factores internos, sino condicionamientos de carácter sociocultural”³⁵⁴, lo que resulta incompatible con el presupuesto exigido en la eximente del artículo 20. 1º CP.

En síntesis, tratar de reconducir estas prácticas a la eximente contenida en el número primero del artículo 20 CP resulta contrario a los principios que inspiran el Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho, al lesionar los principios de legalidad y tipicidad penales. Conforme con ello, ninguna de las conductas contenidas en los ejemplos citados para ilustrar la “divergencia socio-cultural” puede resolverse acudiendo a esta circunstancia eximente, al no concurrir los presupuestos de las mismas.

En consideración a lo anterior, no es posible configurar ninguna exclusión de la culpabilidad sobre la base de anomalía o alteración psíquica permanente que impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión en los ejemplos citados. En consecuencia, cabe formularse la pregunta de si la divergencia socio-cultural podría ser incluida dentro del Art. 20. 3º CP.

Si la “imputabilidad” debe ser entendida como capacidad intelectual-valorativa que le permite al sujeto reconocer el carácter ilícito de un hecho y como capacidad de autodeterminación conforme a sentido o valor ¿podría considerarse que quien actúa sobre la base de una determinada y diversa “cultura”, tiene “alterada gravemente la conciencia de la

sobre el control de la conducta sólo debe entenderse en el sentido de la elección del objeto de la actividad sexual, de modo que lo que parcialmente se le escapa es la posibilidad de normalizar la elección de su pareja, pero en modo alguno significa que pierda el control de su actividad sexual. En la pedofilia la opción sobre la realización o la abstención de actos sexuales permanece bajo el control de la voluntad, como en las demás personas, si bien, decidida libremente la elección de la víctima determinando que sea un menor. Por ello la pedofilia por sí sola no determina exención ni atenuación de la responsabilidad, y en tal sentido esta Sala en Sentencia de 24 de octubre de 1997 estableció como criterio el apreciar una disminución de la imputabilidad en los casos en que va acompañada de otros trastornos psíquicos relevantes. Dado que en el presente caso nada hay que permita afirmar otro trastorno relevante, fuera de la desviación del instinto al elegir el objeto de la actividad sexual que es lo propio de la pedofilia, el alegato del recurrente debe desestimarse.”

³⁵⁴ Véase HERRERA MORENO, Myriam. RDP 5, 2002, pág. 75; asimismo JERICÓ OJER, L. *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal...* op. cit., pág. 574, n. 270. En definitiva, debe destacarse la gravedad de los efectos que determinados grupos, incluso minoritarios, pueden proyectar sobre el individuo, sobre todo cuando aquellos “determinan en el sujeto creencias que se separan notoriamente de la experiencia común. No es raro que ciertos ritos religiosos den lugar a estos casos, aunque otro tipo de organización secular (incluso ilegales) también puede dar lugar a fenómenos similares, donde las convicciones fanatizadas pueden afectar gravemente la personalidad del individuo por efecto de un desarrollo patológico del grupo, que puede desembocar en la inimputabilidad o incluso en la incapacidad psíquica para el dolo, al perderse de vista el verdadero sentido del acto que se realiza. Se trata de fenómenos que no han sido bien estudiados y, precisamente por ello, son aún más problemáticos. De cualquier manera, debe quedar perfectamente claro que estos episodios pueden ser tomados en cuenta, según las circunstancias, como causa de inculpabilidad o de menor culpabilidad, pero nunca pueden legitimar la habilitación de poder punitivo por vía de una psiquiatrización grupal (poder punitivo no manifiesto), especialmente cuando se trate de manifestaciones religiosas, ideológicas o artísticas”, Véase ZAFFARONI, E. R. *Derecho Penal. P. G.* ...op. cit. p. 689.

realidad”, resultando inimputable?³⁵⁵

A este respecto, un sector de la doctrina ha tratado de incluir estos casos de “subdesarrollo, distorsión o divergencia cultural” en la mencionada eximente. En sentido crítico, CEREZO MIR³⁵⁶ niega la inclusión de los factores socioculturales en la eximente del artículo 20.3ºCP, al interpretar la alteración en la percepción sólo en relación con la percepción *sensorial*, de modo que la inclusión en la citada eximente de supuestos de “subdesarrollo cultural” constituiría *analogía in malam partem*, proscrita por el actual Derecho penal (artículo 4 CP)³⁵⁷.

El presente enfoque interpretativo supone la concurrencia copulativa de las siguientes ideas:

a) reconoce la exigencia legal de un presupuesto psico-social: la fuente de la alteración perceptiva tiene que haberse originado desde el nacimiento o desde la infancia.

b) El presupuesto psico-social debe determinar un efecto valorativo-socio-cultural: alteración grave de la conciencia de la realidad.

La expresión “percepción” puede significar, según el Diccionario de la Real Academia, “acción y efecto de percibir” o “sensación interior que resulta de una impresión material hecha en nuestros sentidos” o, incluso, “comprender y conocer una cosa”³⁵⁸. Al tratar del método gramatical, sostuve que la “realidad” está conformada por entes materiales e inmateriales. Pertenecen a este último grupo las ideas, los sentimientos, los juicios, prejuicios y, por cierto, las normas socio-culturales o jurídicas que postulan un determinado orden, principios o valores. Desconocer o estar en la imposibilidad de llegar a conocer dichas normas constituye o importa una alteración grave de la conciencia de la realidad toda vez que el hombre en su vida de relación debe, al adoptar decisiones, obrar orientado por la normativa socio-cultural o jurídica del mundo en el que se encuentra inserto.

³⁵⁵ A este respecto el artículo 103 CP prevé una medida de seguridad, consistente en el internamiento en un centro educativo especial. Asimismo, los artículos 96. 3º y 105 CP prevén las mismas medidas no privativas de libertad, imponibles también a los demás inimputables; dependiendo de si resultan necesarias o no para la prevención especial. Al igual que le resto de medidas privativas de libertad previstas para inimputables, “el internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad”.

³⁵⁶ Véase CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español...* op. cit., pág. 84.

³⁵⁷ El artículo 4 CP dispone, “1. Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas (...)”

³⁵⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 20ª Ed. Madrid, 1984, pág. 1041.

El “subdesarrollo o divergencia cultural” puede ser considerado como una de las causas establecidas en el art. 20.3. CP, ya que, de ser algo serio o grave, implica alteración para la percepción así como limitación en la interpretación de la realidad. La ausencia de instrucción que implique analfabetismo, unido al desarrollo de la personalidad en un medio carente de cultura e instrucción, limita considerablemente la percepción de la realidad común y el conocimiento de las normas sociales o legales.

Entendemos que el concepto percepción y sus alteraciones puede ser relativa a la mayoría de fenómenos físicos o sociales y, dentro de estos, al conocimiento de las normas. En el segundo supuesto entrarían quienes poseen gran subdesarrollo cultural o pertenencia a una cultura distinta. Las comisiones delictivas por sujetos con subdesarrollo cultural grave pueden beneficiarse de la exención del art. 20.3. CP, así como por la circunstancia del Art. 14. sobre el error invencible de prohibición. Es evidente que quien sufre ignorancia cultural generalizada, puede cometer errores de naturaleza completamente insalvables. El subdesarrollo cultural debe estar estrechamente relacionado con la alteración de la conciencia sobre la realidad normativa, para poder ser considerada como eximente del Art. 20.3. Cuando el sujeto no puede acceder al conocimiento de las normas por incomunicación cultural y ausencia de aprendizaje, no puede exigírsele determinados comportamientos y debe admitirse su inimputabilidad en comisiones delictivas. Fundamentalmente estos sujetos no estarían en pie de igualdad respecto a los demás, lo cual es contrario al principio constitucional de Igualdad (art. 24 CE)³⁵⁹. Debe objetivarse al máximo la incomunicación social o subdesarrollo cultural para determinar qué grado de incultura se sufre. Puede ir, desde la ausencia total de conocimientos y conducta social, lo que equipararía al sujeto a un oligofrénico o enajenado, a formas de analfabetismo funcional. En los primeros supuestos es evidente que la ausencia de cultura impide la percepción y distorsiona el juicio, por lo que la solución es la inimputabilidad. En los demás casos, habrá que analizar si debe optarse por la semi-imputabilidad o apreciar de forma completa la exención para beneficiar al agente de las medidas de seguridad y tratamiento médico que ello comporta. Esta última posibilidad entendemos que atiende al principio constitucional de Resocialización y evita el internamiento en un centro penitenciario de personas que precisan educación y aprendizaje.

Vinculada a esta interpretación de índole socio-cultural, se describen situaciones excepcionales en los ya míticos «niños-lobos», los cuales se han desarrollado sin contacto

³⁵⁹ MORALES PRATS, F. CPC. N° 40. 1990, págs. 85 y ss.

con seres humanos. Desde el punto de vista funcional y orgánico como intelectual, son personas normales, aunque por su especial condición de soledad, presentan alteración muy grave de la percepción y son claramente tributarios de la exención del art. 20. CP. Esta interpretación valorativa parte de la base que no es necesario constatar la existencia previa en el sujeto de una carencia o menoscabo físico o biológico tal como la sordomudez o la ceguera congénita o precozmente adquirida ya que bien podría tratarse de una persona marginada socialmente lo que ha ocasionado una incomunicación con el entorno social, lo que la Psicopatología denomina “pseudo-oligofrenia-psicosocial” y que impediría al sujeto adquirir la correspondiente conciencia valorativa sobre la licitud/ilicitud de los actos. Esto último, la carencia de una conciencia crítica adecuada ha llevado a un sector de la doctrina a considerar que su tratamiento debería ser canalizado a través del error sobre la prohibición³⁶⁰. La resolución del 20 de Abril de 1987, abre una posibilidad a la apreciación de la eximente estudiada, al admitir que la incomunicación y consecutiva falta de socialización, “sean efecto de graves anomalías de carácter, o bien de excepcionales circunstancias ambientales capaces de bloquear el proceso de integración del individuo a la sociedad”. Esto indica una evolución jurisprudencial, aunque sea sólo teórica y formal, que admite la incomunicación y ausencia de educación como eximente del art. 20.3. En efecto, la jurisprudencia del TS ha recogido una interpretación socio-cultural.-valorativa: Así en relación a la eximente del art. 20.3 CP. que exime de la responsabilidad criminal al que "por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad", hemos dicho en STS de 6 de febrero de 2001 (RJ 2001/2139), que la redacción anterior es fruto de la reforma del C.P. de 1983 y su antecedente se refiere a la sordomudez desde el nacimiento o desde la infancia, desde el C.P. de 1.932, que introdujo la circunstancia como eximente, hasta la redacción vigente hasta la reforma citada: " *el sordomudo de nacimiento o desde la infancia que carezca en absoluto de instrucción*" (antiguo artículo 8.3 C.P. 1973).”

“El primer presupuesto de la eximente se refiere a las alteraciones de la percepción. La consideración de las mismas, tras la reforma de 1.983, pues de otra forma no se justificaría, permite asentarlas no sólo en las deficiencias sensoriales (sordomudez, ceguera, autismo), siempre que sean causa de grave incomunicación socio-cultural, sino también en supuestos de alteraciones perceptivas consecuencia de situaciones trascendentes de dicha

³⁶⁰ CARMONA SALGADO, C. “De las alteraciones en la percepción al error de prohibición, pasando por las anomalías y alteraciones psíquicas”... op. cit.

incomunicación por falta de instrucción o educación, de forma que el sujeto haya sufrido una merma importante e intensa en su acceso al conocimiento de los valores propios de las normas penales, pues tratándose de una causa de inimputabilidad la alteración debe proyectarse en relación con aquéllos, lo que la diferencia del error de prohibición donde se parte de la imputabilidad del sujeto.”

“En segundo lugar, en el plano normativo-valorativo, la alteración de la conciencia de la realidad debe ser grave, elemento que puede servir de referencia para graduar su intensidad, eximente completa o incompleta, e incluso en supuestos de levedad la atenuante por analogía del artículo 21.6 C.P. (lo que al final interesa el Ministerio Fiscal en el presente caso)”.

“Por último, debe concurrir el ingrediente biológico-temporal que consiste en deferir la alteración al nacimiento o a la infancia, y teniendo en cuenta la naturaleza del mismo no parece que pueda prescindirse de él para acoger la versión incompleta de la eximente.”

“Por otra parte, la exención prevista en el artículo 20.3 C.P. tampoco puede considerarse como una cláusula " *de recogida*" o subsidiaria de la prevista en el número 1º de dicho artículo, por lo que las deficiencias psíquicas o la incapacidad intelectual no son acogibles en el esquema anterior. Igualmente las alteraciones de la percepción de raíz psiquiátrica, como son los trastornos esquizofrénicos (alucinaciones por ingesta de alcohol, alucinógenos...), deben tener asiento en el nº 2 del artículo 20 en la mayoría de los casos, con independencia de no cumplir el requisito biológico-temporal, como recuerda la S.T.S. de 24/2/99 (Fundamento 5º). En cuanto a las psicopatías, como alteración de la personalidad, no implican necesariamente una alteración de la percepción en el sentido ya explicado e igualmente concurriría la dificultad de su existencia desde el nacimiento o desde la infancia. Hoy los términos de la eximente primera del artículo 20 C.P. –cualquier anomalía o alteración psíquica- facilita su encaje a través de dicha vía.”

“La Jurisprudencia de la Sala Segunda, posterior a la reforma de 1983, atinente al caso, no muy copiosa, ha seguido una línea de moderación en lo que concierne a fijar el alcance de la eximente que analizamos. La S.T.S. de 20/4/87, con cita de la anterior de 14/3 del mismo año, sienta que la alteración en la percepción "*estará determinada, en la generalidad de los casos, por un defecto sensorial -sordomudez, ceguera- o por una anomalía cerebral susceptible de malinterpretar los datos suministrados por los sentidos, aunque no pueda descartarse por completo que la incomunicación y consecutiva falta de*

socialización sea efecto de ciertas y graves anomalías del carácter o de excepcionales circunstancias ambientales capaces de bloquear el proceso de integración del individuo en la sociedad". La de 22/6/89, con cita de la anterior, incide también en la existencia de un defecto sensorial. La de 23/12/92, también apoyándose en las ya citadas, se refiere al presupuesto biológico, deficiencia sensorial, como elemento previo imprescindible, que requiere, a su vez, que ello origine en el individuo una alteración grave de la conciencia de la realidad, " y que, a diferencia de la enajenación mental, lo relevante en esta circunstancia no es un defecto mental, sino una carencia de aptitudes físicas derivada de la incomunicación del contorno social". Siguiendo su labor de síntesis de la Jurisprudencia anterior afirma que su efecto típicamente exonerador "*ha de tener su causa en una precoz situación de aislamiento que la norma define y caracteriza como alteración en la percepción*" determinada por un defecto sensorial sin excluir lo ya señalado anteriormente a propósito de excepcionales circunstancias ambientales capaces de bloquear el proceso de integración del individuo en la sociedad. La de 9/2/98 sigue la misma línea. Por fin, la de 24/2/99, que resume las anteriores, concluye que ha de partirse del defecto sensorial "*o de una anomalía cerebral susceptible de malinterpretar los datos suministrados por los sentidos*", añadiendo que no pueden descartarse por completo las excepcionales circunstancias ambientales a las que hemos hecho referencia. Se refiere igualmente a la diferencia que establecen los apartados 1º y 3º del artículo 20, señalando que lo relevante en el presente caso es "*centrar el problema de la imputabilidad que cabe atribuir y recaer sobre quien sufre, desde el nacimiento o desde la infancia, alteración de la percepción por tener gravemente alterada la conciencia de la realidad*"³⁶¹.

Es evidente que la norma llega al sujeto a través de la socialización y la interacción con los demás. Es del todo sabido que el contenido del CP, sólo es conocido por los juristas, por lo que el resto de la población accede a su conocimiento, en términos generales o básicos, por la información recibida en los medios de comunicación, en la escuela y a través del contacto social permanente. Los delitos de nueva creación plantean más problemas respecto a quienes sufren alteraciones de percepción, imposibilitados para percibir la norma penal o entenderla. Al analizar la ausencia de cultura, como causa de exención penal por apreciación del Art. 20. 3 CP, se debe considerar que determinados delitos precisan una mayor complejidad para entender su alcance, mientras que en otros, con la simple inteligencia natural de un hombre medio, es posible comprender su antijuridicidad. En el

³⁶¹ STS de 24 de marzo de 2001 (RJ 2011/1479).

primer supuesto encontraríamos los delitos de nueva creación, como serían el supuesto de delito electoral, el de impago de alimentos, el ecológico, los económicos o societarios, así como otros cuyo contenido es complejo, que hacen difícil su comprensión.

En este contexto de interpretación, el fundamento de la eximente sería, al igual que en la perspectiva perceptiva-sensorial, la ausencia de conocimiento de la ilicitud del hecho. Una interpretación valorativa de carácter socio-cultural tiene sin duda una ventaja sobre la interpretación de tipo bio-psicológica: admitir que una persona puede ser inimputable no sólo por padecer un trastorno o enfermedad psicopatológica sino, además, por una limitación socio-cultural que en nada afecte a su normalidad psicológica. De no asumirse una interpretación valorativa como la expuesta, la “divergencia socio-cultural” sólo podría canalizarse como un error sobre la prohibición.

Ahora bien, ¿qué relación existe entre el nacimiento o la infancia y la incapacidad de conocer las normas socio-culturales? Una muy estrecha. Pensemos por ejemplo, en una persona que ha nacido y se ha formado durante su infancia en una cultura distinta a la española en cuanto a principios, valores o reglas de conducta, o bien se ha criado la primera década de su vida en un ambiente selvático alejado de la civilización, hipótesis en las cuales, dicha persona no ha logrado conocer ni comprender el mundo normativo-valorativo de la sociedad española (subdesarrollo cultural). En consecuencia, bajo una perspectiva normativa-valorativa, la lectura que es preciso hacer del tenor literal de la eximente en cuestión, es que se considerará inimputable a quien, habiendo sufrido durante su infancia la carencia de información y formación valorativa elemental o básica de la sociedad española y, con posterioridad a dicha etapa de su vida, no ha logrado compensar aquella falencia aparece, por razón de justicia material, razonable su inimputabilidad. Ahora bien, el legislador penal también se ha puesto en el caso que la carencia normativa-valorativa se origine “desde el nacimiento”, lo cual en cuanto a sus efectos es igual a que lo sea “desde la infancia”. Es preciso advertir que el tenor literal empleado por el legislador es “desde” el nacimiento, es decir, “a partir del nacimiento” la persona empezó a estar carenciada, impedida o seriamente limitada para poder acceder al mundo normativo de nuestra cultura. Por ello, la expresión “desde” no puede ser entendida como “en” o “con motivo u ocasión del nacimiento” porque es obvio que una persona al momento de nacer no adquiere, por ese solo hecho, la información y formación en los principios, valores y reglas de comportamiento del medio cultural al que pertenece. Que lo anterior supone un lento, dinámico y progresivo proceso de aprendizaje es algo indudable. En este sentido, es

ilustrativo por ser relevante el hecho constatado por un destacado penalista español cuando señala: “el significado de la posesión a los efectos del hurto, por ejemplo, la empieza a adquirir el niño desde la primera infancia, cuando aprende qué juguetes son suyos y cuáles no”³⁶². Por ello, la ley penal postula, sobre la base de una presunción, la capacidad penal a partir de los 18 años para los adultos y, para los menores o adolescentes, a partir de los 14 años.

En este contexto interpretativo, se ha sostenido: la “incapacidad para percibir y valorar adecuadamente los actos” podría constatarse en otras personas, aunque, no posean la anomalía sensorial de la sordomudez (subdesarrollo cultural). Esto lleva a quienes se identifican con esta postura a sostener “que, en principio, presentan una capacidad natural, en términos cognoscitivos y volitivos, que permite la potenciación y el desarrollo de la imbricación cultural del sujeto a través del aprendizaje y la mejora de la calidad del entorno convivencial”... “se trata de sujetos que, en términos estrictamente biológico-naturales, son imputables a los efectos penales, la inimputabilidad de los mismos encuentra sus raíces en el plano *socio-cultural*. La incomunicación cultural determina que el sujeto no pueda conocer lo ilegal o prohibido y, por consiguiente, que *no sea competente* para determinar y orientar su actuación –conforme le indican las normas penales- *en pie de igualdad* con otros ciudadanos, que han podido acceder a la comprensión e introyección de una determinada escala de valores. Por ello, la inclusión en la eximente de los sordomudos, ciegos o bien de otros sujetos (por ejemplo, los autistas), que padecen alteraciones perceptivas desde la infancia, no vendría dado tanto por constatarse en ellos alteraciones perceptivas de base biológica <<*tout court*>>, cuanto porque padecen una grave situación de *incomunicación cultural y convivencial*”³⁶³.

“La cuestión agudamente planteada, en el sentido que el eje de la eximente estribara en la “alteración profunda de los procesos que permiten acceder a las normas culturales”, choca con lo previsto en la Ley, que se limita a aludir a la alteración de los sentidos, no bastando el mero “subdesarrollo cultural”, enfrenta a un falso dilema: No se trata de contraponer lo interno o subjetivo (alteración de la percepción + alteración de la realidad) a lo externo y objetivo (carencia de norma social + conciencia del ilícito jurídico), en este sentido es desacertado el planteamiento, sino de asumir la estructura del concepto de culpabilidad, según el cual, en el primer escalón, en el biológico (alteración producida), hay

³⁶² CUELLO CONTRERAS, G. *El Derecho Penal español*. P. G...op. cit., pág. 970.

³⁶³ MORALES PRATS, F. “*La alteración en la percepción (art. 8. 3º CP): contenido y límites*”...op. cit., pág. 85.

que situar, por lo que se refiere a esta eximente, la alteración de la percepción desde la infancia que haya alterado gravemente la conciencia de la realidad que produce aquel defecto, y, en el segundo, el psicológico o normativo, la ausencia de capacidad de comprender el ilícito y/o actuar en consecuencia (que desde el Art. 20, 1º irradia a todas las eximentes de imputabilidad: incluida la edad y la alteración de la percepción). Con estas premisas, no hay inconveniente alguno en leer la “alteración de la realidad” referida a la realidad de las normas culturales y sociales sobre las que se asientan las normas jurídicas, siempre que, además, concorra el dato biológico de que la alteración de la percepción lo sea por el defecto físico padecido; lo que diferencia a esta eximente de las psicopatías sin base biológica. Resumen: esta eximente deduce de un déficit biológico unido a un déficit social la inimputabilidad”³⁶⁴.

Si la “imputabilidad” debe ser entendida como capacidad intelectual-valorativa que le permite al sujeto reconocer el carácter ilícito de un hecho y como capacidad de autodeterminación conforme a sentido o valor ¿podría considerarse que quien actúa sobre la base de una determinada y diversa “cultura”, tiene “alterada gravemente la conciencia de la realidad”, resultando inimputable?

TAMARIT SUMALLA, defiende la aplicabilidad de esta eximente a los supuestos de mutilación genital, siempre y cuando resulte “probado en el caso concreto que se trate de un aislamiento cultural”³⁶⁵. No obstante, esta interpretación no parece del todo convincente, si se comparte la crítica sostenida por JERICÓ OJER, al considerar que “... esta propuesta puede colisionar con la exigencia mayoritaria de que la alteración sea referida exclusivamente al ámbito físico o sensorial”. Además, de acuerdo con la tesis de TAMARIT SUMALLA, si la única causa para motivar la aplicación de la eximente es la circunstancia de “aislamiento cultural”, difícilmente imaginable en estos supuestos, lo único que motivaría la aplicación de un tratamiento jurídico penal diferente es la situación de aislamiento cultural, “... y no la motivación del sujeto”, resulta “indiferente que el sujeto cometa o autorice la práctica de las mutilaciones por auténtico conflicto de conciencia o simplemente por razones de tradición o de costumbre”³⁶⁶.

³⁶⁴ CUELLO CONTRERAS, G. *El Derecho Penal español. Parte General...* op. cit., pág. 1036.

³⁶⁵ TAMARIT SUMALLA, Josep María. *La Libertad ideológica en el Derecho penal*. PPU. Barcelona, 1989, passim; JERICÓ OJER, L. *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal...* op. cit., págs. 574-575.

³⁶⁶ JERICÓ OJER, L. *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal...* op. cit., págs. 574-575

3.2. Segundo elemento: alteración grave de la conciencia de la realidad.

Para la doctrina dominante, este requisito tendría una naturaleza o carácter normativo. Ello se explica si se considera que, con anterioridad a la reforma de 1983 el Código penal demandaba, para que la sordomudez fuere eximente, la “carencia absoluta de instrucción” y, la interpretación de la doctrina y jurisprudencia fue que la expresión “instrucción” se debía entender como “educación” recibida a través de cualquier medio que permitiera al sujeto el conocimiento de los valores éticos y de la vida social de relación, y no necesariamente por medio de la enseñanza. En este contexto, lo relevante no era el mayor o menor grado de instrucción que tuviera el sujeto, sino a si contaba o no con la capacidad suficiente como para discernir la conducta criminal protagonizada³⁶⁷.

Sobre la base antes indicada es factible entender que, en la actualidad, la exigencia psicológica supone “la concurrencia en el agente de un defecto o alteración de la *capacidad de conocimiento y valoración del injusto*, que le impedirá comportarse de acuerdo con la norma, lo que traducido a la terminología legal vigente (art. 20. 3º CP vigente) equivale a *tener gravemente alterada la conciencia de la realidad*”.

Sobre este punto, CARMONA SALGADO señala: “esta expresión legal (...) constituye una declaración normativa, debiendo entenderse dicha *conciencia* como valoración paralela del autor en la esfera del profano, mientras el término *realidad* se corresponde con el de *injusto*, probablemente eludido por los respectivos legisladores de 1983 y 1995 al tratarse de una palabra eminentemente técnica,...”³⁶⁸. En pocas palabras, la demanda legal se entenderá cumplida si el actor carecía de la capacidad para comprender la valoración jurídica (no simplemente ética) del hecho perpetrado. No obstante, es preciso advertir que el legislador penal, al tipificar esta eximente, no la vinculó a la exigencia que hiciera de manera expresa en el Art. 20. 1º y 2º: no poder comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión³⁶⁹. No obstante, la totalidad de los autores son de opinión que la ausencia de dicho requisito, tácitamente, estaría siendo exigida sobre la base de una interpretación sistemática teniendo presente lo dispuesto en las causales de inimputabilidad contempladas en los números 1º y 2º del Art. 20 CP y, además, así lo reclamaría una interpretación

³⁶⁷ FERRER SAMA, A. *Comentarios al Código penal*. Tomo I. Murcia, 1945, págs. 168 y 169; CUELLO CALÓN, E. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Vol. II. 18ª. Ed. Barcelona, 1980, pág. 546; CÓRDOBA RODA, J. *Comentarios al Código penal*. Tomo I. de CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, Barcelona, 1972, pág. 232; MIR PUIG, S. *Lecciones de Derecho penal*. Barcelona. 1983. p. 314; CARMONA SALGADO, C. “Artículo 20. 3º”...op. cit., pág. 286.

³⁶⁸ CARMONA SALGADO, C. “Artículo 20. 3º”...op. cit., pág. 289.

³⁶⁹ CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español*...op. cit., pág. 83.

teleológica, de carácter restrictiva, fundamentada en el concepto de imputabilidad postulado por el propio legislador penal español.

Quienes no son partidarios de una interpretación socio-cultural de esta eximente, creen que ella es portadora de inseguridad jurídica al ampliar excesivamente en la práctica los límites de la fórmula de inimputabilidad. En todo caso, si la jurisprudencia se llegara a inclinar por dicha interpretación, deberá “extremar su prudencia y cautela teniendo presente dos de los requisitos exigidos por dicho precepto; uno, el relativo a la constatación del elemento temporal, que incide en la precoz aparición de dicho estado de deficiencia cultural o subcultural como forma de manifestación de la alteración en la percepción (desde el nacimiento o la infancia) y, el otro, concerniente a la trascendencia y profundidad que, necesariamente, deben acompañarlo; requisitos ambos que, por expresa exigencia legal, han de plasmarse en la provocación de una grave alteración de la conciencia de la realidad, según las circunstancias concurrentes en el caso concreto; situaciones respecto de las que la STS de 24 de febrero de 1999 (RJ 1999/1270), que no las descartó por completo como hipótesis susceptibles de integrar la eximente, señalara que, no obstante, precisarían de una prueba más exhaustiva que las restantes causas desencadenantes de la misma”³⁷⁰.

Desde nuestra personal concepción de la imputabilidad, como capacidad para “reconocer” el carácter ilícito de un hecho, en términos generales, a nivel nuclear (esencial o básico), se identifica con “reconocer la norma que subyace en los tipos penales de un ámbito determinado”. En este contexto, la divergencia socio-cultural, no nos parece factible de configurar en aquellos delitos que la doctrina ha denominado “mala in se” (delitos de existencia universal) tales como aquellos que atentan contra la vida o la integridad corporal o salud. En efecto, en toda cultura se pondera como ilegal un ataque contra la vida o la salud, razón por la cual el sujeto conoce la prohibición de carácter general, lo que ocurre es que en relación a una situación particular (v. gr. ablación de parte de los órganos sexuales de la mujer), existe una creencia con fundamento socio-cultural diversa a la de la cultura europea-continental que permitiría aquella modalidad de lesión, lo cual podría ser debidamente resuelta sobre la base del error sobre la prohibición indirecto o concreto reglado por el artículo 14 CP³⁷¹. Situación diversa es la que tendría lugar si el sujeto, por

³⁷⁰ CARMONA SALGADO, C. “De las alteraciones en la percepción al error de prohibición, pasando por las anomalías y alteraciones psíquicas”...op. cit.

³⁷¹ El artículo 14. 3 CP establece: “El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”.

provenir y haberse formado en una cultura diversa, ignora la norma que inspira los delitos que atentan p. ej. contra el medio ambiente o la hacienda pública, caso en el cual, sí podríamos convenir en que respecto de dichos ámbitos jurídico-penales, el autor puede ser estimado inimputable.

4. Divergencia socio-cultural: ¿inimputabilidad o error sobre la prohibición?

La divergencia socio-cultural ha planteado a la doctrina y jurisprudencia española una serie de problemas que ya hemos señalado y ejemplificado de la siguiente manera: ¿cómo juzgar al marido curdo que da muerte a su esposa, por haberse divorciado de él? ¿cómo enjuiciar al padre turco que, siguiendo una pauta de conducta de su mundo, al conocer que su primogénita está embarazada, amenaza y secuestra al novio de ésta? ¿cómo valorar a los familiares de la campesina *cisjordana* de 17 años, quienes ante el estado de embarazo de aquélla la intentan envenenar y le prenden fuego? ¿Cómo solucionar el caso del esposo de raza gitana que, ante las supuestas infidelidades de su esposa, intenta matar al amante de ésta? o bien ¿cómo estimar un padre de origen gambiano quien acude a una Sección de Cirugía pediátrica de un hospital para practicarle a su hija pequeña una ablación en sus genitales? Como no se trata de describir una serie de pautas conductuales originadas en mundos socio-culturales diversos de la sociedad española, para ilustrar esta interpretación alternativa, nos limitaremos a mostrar una pauta cultural diversa a la cultura española y que pugna con sus principios, valores y derechos básicos de toda persona.

4.1. Divergencia socio-cultural: ¿causal de inimputabilidad?

A esta altura de la investigación debemos aclarar si cabe establecer una diferencia entre la dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad y la conciencia de lo ilícito como elemento separado e integrante de la culpabilidad. Dicha interrogante se basa en el hecho que tanto la dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad como la conciencia de lo ilícito como elemento diferente y separado que estructura la culpabilidad dicen relación a la facultad del autor para reconocer el carácter ilegal del hecho a protagonizar y, por esto mismo, cabe preguntarse ¿cuándo la incapacidad configura una causal de inimputabilidad y cuándo un error sobre la prohibición? Es aquí, donde a nuestro juicio, se debe precisar el objeto y contenido de cada uno de dichos elementos.

En la doctrina alemana esta interrogante se ha planteado en relación a los parágrafos 17 (error) y el 20 (inimputabilidad por trastornos psíquicos) del CP y han surgido distintos criterios de solución: a) la causal de inimputabilidad sería una ley especial respecto de la disposición sobre el error que ostentaría la calidad de ley general (LENCKNER)³⁷²; b) la disposición legal sobre inimputabilidad sería independiente, ello basado fundamentalmente en la dimensión volitiva y de dirección del actuar conforme a sentido (SCHMIDHÄUSER); c) la disposición sobre inimputabilidad sería una especie de regla de prueba para los casos más graves respecto de la norma sobre error (JESCHECK)³⁷³; y d) la diferencia radicaría en la fuente biológica de la inimputabilidad unido a la necesidad de un tratamiento especial (medida de seguridad) (WELZEL)³⁷⁴.

En España, CARMONA SALGADO ha sustentado tres criterios diferenciadores: “el primero, de índole práctica, se refiere a la descarga de la prueba relativa a la ausencia de conocimiento de lo injusto a favor de la persona amparada en la circunstancia de inimputabilidad; el segundo criterio se basa en la comprobación de concurrencia o no de una causa específica –biológica- que redunde en la producción de una alteración en la percepción, que determinará si el sujeto era apto o inepto, en principio, para ser consciente del significado antijurídico de su conducta, pues si lo era y, no obstante, se equivocó o desconoció lo que hacía, se aplicará la teoría del error de prohibición, mientras que si constara la existencia de una situación anterior de incapacidad de comprensión y valoración de la ilicitud del acto, por los motivos que ya hemos tenido ocasión de examinar, se acudiría a la teoría de la inimputabilidad, concretada en la eximente...La tercera y última pauta diferenciadora la encontramos en el distinto tratamiento jurídico que se destina a unos y otros autores, según queden subsumidos en la circunstancia eximente (exención de la responsabilidad criminal y aplicación de una medida de seguridad) o en la figura del error (exención sin más)”³⁷⁵.

De los criterios señalados por la autora citada, el tercero nos parece que más que un criterio diferenciador entre inimputabilidad y error de prohibición es el efecto o consecuencia de haber establecido la discriminación sobre la base de los dos primeros.

A mi entender, un criterio diferenciador debe responder la siguiente incógnita: ¿cuál

³⁷² MAURACH, R. / ZIPF, H. *Derecho Penal. P. G.* 1...op cit., pág. 618.

³⁷³ JESCHECK, H.H/ WEINGD, T. *Tratado de Derecho Penal. P.G.*...op. cit., pág. 474.

³⁷⁴ WELZEL, H. *Derecho penal alemán*...op. cit., pág. 217.

³⁷⁵ CARMONA SALGADO, C. “Las alteraciones en la percepción dentro del marco general de la teoría de la inimputabilidad (Art. 8. 3º del CP)”...op. cit., págs. 215 y 216.

es el contenido material de la capacidad valorativa de la imputabilidad? y ¿cuál es el contenido material del error sobre la prohibición? Desde ya no puede ser uno y el mismo para ambos elementos porque, si así fuera, uno de ellos estaría sobrando y, por ello, innecesario. A mi juicio, esto es precisamente la consecuencia inevitable a la que conduce la postura dominante de la doctrina cuando afirma que la imputabilidad está referida al hecho delictivo concreto por el cual se procesa al inculgado³⁷⁶. No cabe duda ninguna que la idea que encierra dicha afirmación no es, ni ha sido, postular que el estudio o examen de la imputabilidad penal, al igual que la antijuridicidad o tipicidad, debe necesariamente vincularse al hecho disvalioso realizado por el autor. Y, ello, porque es algo obvio. En consecuencia, la idea que subyace en dicha afirmación no puede ser sino postular que el examen de la imputabilidad penal debe girar, necesariamente, sobre el disvalor concreto de una conducta típica específica para, de esta forma, evitar que su estudio se formule en un plano abstracto. Ahora bien, si la conciencia de lo ilícito como integrante de la imputabilidad está referida a la valoración del hecho delictivo concreto en su totalidad, ello significa que es en el examen de la imputabilidad donde se debe agotar el estudio de la conciencia de lo ilícito, razón por la cual, no existiría nada más de carácter intelectual-valorativo-disvalioso susceptible de investigar en el segundo elemento de la culpabilidad porque ya se agotó su examen en la imputabilidad; de no ser así, su estudio estaría incompleto y, por lo mismo, no se habría ajustado plena o cabalmente al hecho delictivo concreto ejecutado por el autor.

Partiendo del supuesto que existe un objeto y contenido diverso en la dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad y la conciencia de lo ilícito como segundo elemento de la culpabilidad, cabe preguntarse: ¿en qué puede consistir dicha diferencia? Todo parece indicar que la diferencia podríamos encontrarla en la causa o fuente de origen de la carencia o afectación de la dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad (psicopatológica o sociocultural), o bien, la diferencia podría estar en la naturaleza de la carencia o en el grado de compromiso de la capacidad para reconocer el carácter ilícito del hecho (ignorancia o error sobre una dimensión básica o general o específica o concreta de la valoración del hecho). Acudir a si la fuente de origen es de tipo psicopatológico o sociocultural en nada nos ayuda porque debemos responder en qué casos una divergencia sociocultural sería constitutiva de inimputabilidad y cuándo lo sería de un error sobre la

³⁷⁶ Por todos quienes postulan esta idea, ROXIN: “La incapacidad de comprensión y de inhibición no se han de constatar en abstracto, sino siempre sólo respecto de la concreta realización típica”. Derecho penal...op. cit., pág. 838.

prohibición.

Desde ya, una idea para mí indiscutible y, por lo mismo, presupuesto de nuestra reflexión, es que la conciencia de lo ilícito en cuanto segundo elemento de la culpabilidad, presupone una persona imputable³⁷⁷. Ahora bien, si partimos de la base que la imputabilidad puede estar ausente no solo por una causa psicopatológica (v. gr. anomalía o alteración psíquica o trastorno mental transitorio) sino por una de naturaleza socio-cultural, tengo que plantearme las alternativas posibles en las que el sujeto ignore o no pueda reconocer el carácter ilícito del hecho que protagoniza. Siguiendo las hipótesis desarrolladas por la doctrina ellas pueden ser dos: a) el sujeto ignora o desconoce la existencia de una norma (error sobre la prohibición abstracto o directo), o b) el sujeto conoce la existencia de la norma pero ignora que el hecho que va a ejecutar es una forma o modalidad de ataque a dicha norma (error sobre la prohibición indirecto o concreto).

¿Cuál de estas dos modalidades de ignorancia o error es la más adecuada para definir a una persona inimputable? Creo que nadie podría discutir que la primera modalidad de ignorancia es de mayor envergadura, peso o relevancia toda vez que el sujeto al ignorar la existencia de una norma se encuentra “ciego” o absolutamente desorientado en un determinado plano valorativo-social (v. gr. delitos contra el medio ambiente o contra la hacienda pública); no así, en cambio, cuando el sujeto solo incurre en la segunda modalidad de error indirecto. En efecto, quien se encuentra en la segunda modalidad de error (indirecto) conoce la norma, aunque, se encuentra desorientado en relación a la situación concreta que enfrenta, es decir, su desorientación es puntual, concreta o específica. Por lo anterior, nos parece razonable limitar la inimputabilidad, en cuanto auténtica incapacidad valorativa, al desconocimiento de la norma; no así, al denominado error de prohibición indirecto o concreto, en el que bien puede incurrir una persona con capacidad socio-cultural-valorativa normal, por ello capaz y, por eso mismo, imputable. Además, la opción propuesta nos parece la única razonable sobre la base de quien no conoce lo general o básico no puede conocer lo concreto que se deriva de lo anterior y que lo especifica o determina. Por otro lado, lo que no puede postularse es que ambas modalidades de error (directo e indirecto) pueden configurar una causal de inimputabilidad porque ello implicaría subsumir totalmente la conciencia de lo ilícito como segundo elemento de la culpabilidad en la imputabilidad, dejándolo carente de contenido y, por eso mismo, como un elemento ficticio y sobrante.

³⁷⁷ Con lo cual nos apartamos de quienes postulan la factibilidad de examinar primero la conciencia de lo ilícito y, posteriormente, la imputabilidad (en España, BACIGALUPO, E. o ZUGALDÍA, J. M.)

Ahora bien, si “la conciencia de la realidad” a la que alude el Art. 20. 3º del CP dice relación a la realidad (material o inmaterial), entonces, nada impide considerar que quien ignora los principios, valores y normas sociales básicos de una cultura “tiene alterada gravemente su conciencia de la realidad”. Además, las expresiones indicadas por la ley penal en el sentido que las alteraciones en la percepción se originen desde el nacimiento o desde la infancia, se podrían interpretar en el sentido que aluden a que la ignorancia o desconocimiento de la “realidad normativa” haya estado presente desde el primer momento del desarrollo del ser humano y que se haya mantenido hasta el momento en que se perpetró el delito. En este contexto, el inimputable es aquella persona que ignora las valoraciones básicas o esenciales de la sociedad en la que se encuentra inmersa. Quien padece de un error sobre la prohibición, en cambio, y, partiendo de la base que es una persona imputable, reconoce los valores fundamentales de la sociedad en la que vive, aunque, bien puede suceder que desconozca la proyección de aquellos en un caso concreto o particular. En otras palabras, a nuestro entender, el error sobre la prohibición supone a un sujeto imputable que conoce la norma valorativa (v. gr. no matar), aunque, en el caso concreto en que se encontraba, ignoraba que la conducta que protagonizaba era una forma de ataque a la norma valorativa existente y conocida.

Sin perjuicio de lo afirmado anteriormente, es preciso señalar que si la imputabilidad implica una capacidad general del sujeto para autodeterminarse conforme a Derecho, sentido o valor, cabe preguntarse si la diversidad socio-cultural podría determinar una inimputabilidad, únicamente, sobre la base del factor de autodeterminación. A nuestro entender ello no es factible porque la diferencia socio-cultural puede determinar un desconocimiento de normas o valores pero, en modo alguno, una dirección de voluntad por sí sola contraria a la normativa imperante. Lo que sí puede ocurrir, es que la dirección de voluntad, por seguir una orientación intelectual-valorativa diversa a la europea-continental, quebrante una norma jurídico-social como efecto o consecuencia de aquello. No hay que olvidar que, lo normal, es que la voluntad actúa sobre la base de lo que la razón le ofrece como alternativas pero nunca por sí sola y carente de un objetivo determinado. La voluntad no podría perpetrar un hecho delictivo explicable, únicamente, porque el sujeto hubiere nacido y desarrollado en un contexto socio-cultural diverso y que ello no sea efecto o consecuencia de una visión existencial y valorativa distinta.

4.2. Divergencia socio-cultural: ¿error de prohibición?

Como hemos afirmado anteriormente, no es suficiente con la capacidad de culpabilidad en general, sino que es indispensable, que el autor haya tenido (o podido tener) la conciencia sobre el carácter ilícito del hecho típico concreto que protagonizó. Así las cosas, para un sector de la doctrina, si una persona no sabía (ni podía saber) que su conducta era antijurídica no actuó culpablemente, de modo que el sujeto sólo actúa culpablemente cuando conoce (o podía llegar a conocer) la ilicitud de su comportamiento.

La eximente del Art. 20.3 CP. ha sido descrita como “antesala” respecto al error de prohibición³⁷⁸, por la estrecha relación que tiene una eximente con otra. La idea de “antesala” nos parece adecuada si con ella se pretende referir a la ignorancia general o básica de la norma porque quien ignora lo esencial o nuclear de una prohibición no puede llegar a conocer lo que es específico o concreto de una determinada prohibición.

El Art. 14. 3 del CP señala: “*El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.*” La redacción del artículo, a nuestro entender, permite fundadamente sustentar dos ideas relevantes:

a) En el inciso primero y tercero el legislador penal se está refiriendo al hecho típico concreto y determinado que ha realizado el autor (“*hecho constitutivo de la infracción penal*”) y,

b) Dicho artículo, en su primer inciso, hace mención expresa a las circunstancias “personales del autor”, lo cual avanza una parte fundamental del problema que suscitamos. Es evidente que como circunstancias personales que pueden invitar a la apreciación del Art. 14 del CP, la alteración de la percepción, ya sea por sordomudez o ceguera, es trascendental.

En la alteración de la percepción existe incapacidad para conocer la realidad material (personas u objetos) o inmaterial (normas, principios o valores) y, en relación a esto último, las prohibiciones del Código Penal son desconocidas o mal interpretadas. La anomalía que implica la mencionada alteración da lugar a errores sobre la licitud del comportamiento, derivados de la merma de una capacidad cultural-valorativa. La incomunicación que conlleva la alteración de la percepción afecta claramente al desarrollo intelectual-valorativo, lo que implica un desconocimiento de la legalidad o antijuridicidad, habiendo sido puesto de manifiesto por CARMONA SALGADO para considerar muy similares el fundamento de la

³⁷⁸ MORALES PRATS, F. CPC. 1990...op. cit., pág. 88.

eximente del Art. 20.3. y la eximente del error invencible de prohibición³⁷⁹. La alteración en la percepción, en sus distintos grados, implica forzosamente una mayor predisposición al error puesto que se dispone de menos elementos de juicio y la capacidad valorativa está menos desarrollada. Por ello, en sujetos cuya alteración perceptiva no sea de máxima intensidad y siendo de apreciación la eximente incompleta del Art. 20.3, entendemos que es compatible la consideración del error sobre la prohibición del Art. 14 del CP.

Uno de los requisitos fundamentales para la vigencia y eficacia de las leyes es su publicación que, además de ser un hecho puramente formal, permite a todos los sectores de la sociedad conocer con todo detalle el alcance de la Ley. El carácter público de la Ley hace que en teoría todos puedan conocerla, ya sea por medio de la lectura de la misma o por información verbal, que es lo más común. Es evidente que quien posee incapacidad para oír, sólo tendrá posibilidad del conocimiento de la Ley a través de su lectura, así como por la visualización de los usos sociales. Entendemos que la educación en los sordomudos fundamentalmente permite que conozcan la antijuridicidad de las conductas, pero la instrucción debe ser lo suficientemente extensa como para que el Derecho, en su real dimensión, sea entendido. No basta una simple alfabetización, que de ninguna forma, por sí misma, permite al sordomudo conocer la ley penal y su alcance. El supuesto del ciego sin instrucción puede llegar a equipararse al sordomudo en cuestiones relacionadas con el error, puesto que si la educación recibida ha sido débil o superficial, la información sobre el Código Penal sólo llegará por la comunicación verbal y las impresiones que se tenga de los usos sociales. Entendemos que el ciego analfabeto posee muchos elementos para considerar la aplicación del Art. 14 CP, de forma que si la instrucción es nula se consideraría error invencible y, si existe algún tipo de educación, sería vencible. Es fácil sostener que todos saben que no se puede robar, matar y violar, pues estas conductas se ajustan a los denominados delitos “comunes y universales”, pero otras actuaciones pueden inducir a error o malas interpretaciones no sólo a quienes tienen alterada la percepción sino a personas normales (v. gr. delitos contra el medio ambiente, delitos tributarios o laborales).

Se entiende por error aquella representación deformada de la realidad o de su valoración social o jurídica. Tal definición conecta con el Art. 20.3 CP que hace referencia a la apreciación de la circunstancia en la que se exige que “tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad”. Tomando ambas definiciones, encontramos que hay un

³⁷⁹ CARMONA SALGADO, C. “Las alteraciones en la percepción dentro del marco general de la teoría de la inimputabilidad...op. cit., pág. 151.

denominador común, que es la deformación del conocimiento por la alteración de la conciencia de la realidad. La ausencia total de instrucción se podría considerar como una forma de las contempladas en el Art. 20.3CP.

Como es sabido, el error de prohibición dice relación con la ilicitud de hechos específicos o concretos, es decir, a la creencia de que éstos no están prohibidos o al convencimiento de estar legitimado para ejecutarlos. El error invencible anula el conocimiento de antijuridicidad y existe impunidad porque a lo imposible nadie está obligado. Cuando afecta a personas con alteraciones sensoriales auditivas y/o visuales, no podemos reprochar negligencia por no instruirse, puesto que el déficit que se sufre es lo suficientemente relevante para no responsabilizar al sujeto sobre su educación, que depende de sus tutores. El interés de conocer el Derecho puede reclamarse a quienes poseen los elementos físicos y psíquicos para estudiar, pero no de quienes sufren graves perturbaciones que limitan el aprendizaje.

Por ello, entendemos que de apreciarse la causal de inimputabilidad del Art. 20.3 CP respecto a sujetos con alteraciones de la percepción, procede la ignorancia de la ilicitud invencible y cuyo objeto es el desconocimiento de la norma penal en términos generales o básicos, no pudiéndose encuadrar como causal de inimputabilidad la modalidad vencible.

Quien posee alteraciones en la percepción pero ha sido instruido suficientemente para compensar aquella limitación, no puede ser subsumido como un supuesto del Art. 20.3 CP en supuestos delictivos, salvo que se aprecie un error de tipo invencible al cometerse equivocaciones comprensibles en personas con los déficits mencionados. Es evidente que los sordomudos y los ciegos poseen mayor facilidad para incurrir en error, por lo que, ante estas situaciones, cabe la apreciación del Art. 14 CP, siempre que las equivocaciones no sean tan básicas o generales que impliquen una perturbación psíquica, razón por la cual, deberá acudirse a lo previsto en el Art. 20 CP.

La jurisprudencia del TS niega la posibilidad de invocar el error de prohibición, “cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico”, “que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas”³⁸⁰, ni en “infracciones de carácter natural

³⁸⁰ Valga de cita, en este sentido, la STS de 18 septiembre 1987 (RJ 1987/11758) (A. 6478) Error de prohibición vencible. Desestima; STS de 23 de junio de 1999 (TOL 14. 330) Arrebata de un tirón un cordón de oro y un colgante que había regalado a la víctima. Robo con violencia. Error vencible sobre la prohibición. Invencibilidad del error. Desestimación. Al haberse estimado por la Sala de instancia que el acusado actuó con error de prohibición vencible (art. 14. 3 C. P.), es indudable que lo que, en definitiva, pretende la parte

recurrente no es otra cosa sino que se califique de invencible dicho error, a cuyo objeto estima que es necesario calibrar las condiciones psicológicas y de cultura del infractor en relación con sus características sociales, técnicas, profesionales, etc. La jurisprudencia de esta Sala, tras poner de relieve la grave dificultad que supone la apreciación tanto de la existencia del error como el carácter vencible o invencible del mismo, por pertenecer en último término al arcano íntimo de la conciencia de cada individuo (vid. STS de 3 de enero de 1985 (RJ 1985/98), ha declarado que no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas, por lo que no es posible conjeturar o invocar tales errores en infracciones de carácter natural o elemental cuya ilicitud es notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada [vid. STSS de 18 de septiembre de 1987 (RJ 1987/11758), 5 de diciembre de 1990 (RJ 1990/14888) y 11 de octubre de 1996 (RJ 1996/5477), entre otras], ni cuando la ilicitud de la conducta resulta evidente para cualquier persona aun sin conocimientos jurídicos elementales [vid. STS de 8 de julio de 1991 (RJ 1991/3964)]; llegando a afirmar que, para excluir el error, no se requiere que el agente tenga seguridad respecto a su proceder antijurídico, bastando que tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad [STSS de 12 de diciembre de 1991 (RJ 1991/12799) y de 29 de septiembre de 1997 (RJ 1991/5713), entre otras]. La aplicación de estos principios al presente caso debe partir, evidentemente, de los datos recogidos en la sentencia recurrida, y, a este respecto, hay que destacar, en primer término, que en la misma nada se consigna sobre las condiciones psicológicas y de cultura del infractor en relación con sus características sociales, técnicas, profesionales, etc. De ahí que deba reconocerse la debida trascendencia a la valoración que el Tribunal de instancia hubo de realizar sobre el nivel cultural e intelectual del acusado, al haberlo tenido a su presencia, viendo y oyendo las respuestas dadas a las preguntas que le fueron formuladas por la acusación y la defensa, sus explicaciones sobre el hecho enjuiciado, sus reacciones, etc. Y, por lo que a las circunstancias del hecho se refiere, es menester reconocer también –en línea con la jurisprudencia antes citada– que, para cualquier persona de nivel intelectual y cultural medio, no puede considerarse lícito el apoderarse violentamente de cualquier objeto contra la voluntad expresa del que la tenga en su poder, que es lo que hizo el hoy recurrente. Si la Sala de instancia –presumiblemente por las circunstancias personales del acusado– estimó que el mismo actuó en la creencia de que era lícito recuperar lo que había regalado a su compañera por las relaciones sentimentales mantenidas entre ellos, al romperse éstas, lo que no ofrece la menor duda es que, en cualquier caso, el procedimiento utilizado fue notoriamente improcedente. Ha existido, pues, un apoderamiento violento de una cosa mueble contra la voluntad del que la poseía, por habérsela donado el propio acusado. El modo utilizado para recuperarla no puede considerarse lícito, en ningún caso; y sobre el derecho a recuperar lo donado, dada la oposición de la mujer, el acusado pudo y debió asesorarse sobre el particular. A la vista de todo lo expuesto, ha de concluirse que el motivo carece de fundamento y no puede prosperar” (FJ Segundo). Asimismo, la STS de 28 de enero 2000 (RJ 2000/500) (TOL 14. 845) Registro domiciliario con ocupación de drogas. Delitos contra la salud pública: Delito de tráfico de drogas. Delitos contra la salud pública: Delito de tráfico de drogas. Recurso de casación por infracción de Ley. Error de prohibición. Autoría y participación en los delitos de tráfico de drogas.”...Por el cauce procesal del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se alega en el primer motivo de impugnación, indebida aplicación del artículo 14. 3 del Código Penal. Se pretende que en la conducta del acusado concurre un error de prohibición, por la falsa creencia de estar obrando de forma lícita, y para ello se apoya en diferentes declaraciones del recurrente e informes clínicos sobre el retraso mental del acusado. Sus factores psicológicos no le permitieron conocer la trascendencia jurídica de su actuar. Toda la argumentación del motivo se sustenta en excluir la culpabilidad por la teoría del error de prohibición, dada la incidencia de su retraso mental que le impediría conocer que su actuación era antijurídica. Sin embargo, de acuerdo con el *factum*, al que hay que respetar, a tenor de la vía procesal elegida, el recurrente solo padece una debilidad mental leve que en nada afecta a sus facultades intelectivas y volitivas. Es una representación falsa de la realidad lo que se alega por el acusado. Muy difícil de creer y muy difícil de probar cuando las circunstancias objetivas y subjetivas de lo acaecido hacen difícil estimar la conclusión a que se quiere llegar. El dolo como elemento intelectual del delito, supone la representación o conocimiento de un hecho, que comprende el conocimiento de la significación antijurídica de la acción y el conocimiento del resultado de la misma. En consecuencia, el conocimiento equivocado o juicio falso, incidirá necesariamente sobre la culpabilidad. En el supuesto de autos, el pragmatismo y, racionalidad del hecho enjuiciado, hacen prácticamente incompatible los argumentos aducidos con su adecuación a la realidad. En todo caso, la vía elegida exige el máximo respeto a los hechos declarados probados, lo que imposibilita el éxito de la pretensión. Lo esencial para que el error comporte la exención de la responsabilidad criminal, es que sea probado por quien lo alega, y ello no aparece acreditado en el proceso, que además no fue planteado en la instancia. En todo caso, no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico que todo el mundo sabe y a todo el mundo consta que están prohibidas, y para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto de un proceder antijurídico, pues basta con que tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, lo que por estimarse similar al dolo eventual no merece trato de benignidad alguno (Sentencias

o elemental cuya ilicitud es “notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada”³⁸¹.

Conforme con ello, la jurisprudencia ha entendido el error de prohibición como “un estado de la mente de la persona que afecta directamente a su capacidad de reproche social y legal, por no tener conciencia de la ilicitud del hecho concernido o de un elemento del mismo en los términos previstos en el artículo 14 (...)”³⁸².

Es más, la “vencibilidad” del error, se refiere a la posibilidad de que el sujeto pueda superarlo, esto es, que pudiera haber conocido la antijuridicidad de su conducta. Como mínimo será necesario que aquél dudara o tuviera razones para dudar de la ilicitud de su

de 17 de abril de 1995 y 29 de noviembre de 1994). El motivo no puede prosperar” (FJ Primero).

³⁸¹ En este sentido, véase STS de 18 de septiembre de 1987 (RJ 1987/11758). Error de prohibición vencible. Desestima (A. 6478), STS de 11 de octubre de 1996 (RJ 1996/5477) (A. 7457) y STS de 23 de junio de 1999 (RJ 1999/4468) (A. 5837) Asimismo, véase la STS de 18 de diciembre de 2000 (RJ 2000/9326). Error de prohibición. Delito de abuso sexual. Prueba personal documentada. Alega no haber tenido conocimiento de la comisión de un delito. Desestima (TOL 117. 500), al establecer que “... nadie debe ignorar por elemental que sea su formación cultural la ilicitud del mantenimiento de relaciones sexuales con una persona sin contar con el consentimiento de ésta. No es preciso conocer los detalles de la tipicidad penal para poder percibir como un primario valor incorporado al acervo cultural mínimo de nuestra sociedad, que las relaciones sexuales constituyen una íntima manifestación de la libertad de cualquier persona, y que absolutamente nadie - cualquiera que sea la relación que le une a una de ella- queda fuera del ámbito de protección de este derecho a la autodeterminación sexual inherente a su propia libertad personal. Esto es algo tan obvio en la actualidad que no hay posibilidad de ignorar o desconocer la intrínseca ilicitud del mantenimiento de una relación sexual con quien no presta su consentimiento. La conciencia sobre la antijuridicidad de tan reprochable comportamiento está en el común patrimonio moral de quienes conviven en una sociedad civilizada, salvo padecimiento de alteraciones relevantes que determinen una merma de su imputabilidad y por tanto de su capacidad para percibir la necesidad de observar tan elemental norma de comportamiento en el respeto a la libertad personal ajena...”

³⁸² Véase STS de 14 de octubre de 2002 (RJ 2002/6715) (TOL 222. 600). En resumen, se trata de un delito contra la salud pública. Alegación de error en relación a la ilicitud del tráfico de drogas. El error de prohibición. Relevancia desde la inevitabilidad o no inevitabilidad del mismo. Apelación a las máximas de experiencia y reglas de cultura usuales. Desestimación. No existe posibilidad legal de mantener “conversaciones” o “entrevistas” con el detenido en Comisaría al margen de la declaración. Nulidad radical de tal práctica. Error de prohibición. Se sitúa en el ámbito de la culpabilidad: El error de prohibición -y lo mismo ocurre con el error de tipo- es un estado de la mente de la persona que afecta directamente a su capacidad de reproche social y legal, por no tener conciencia de la ilicitud del hecho concernido o de un elemento del mismo en los términos previstos en el art. 14. En todo caso debemos tener en cuenta que el legislador del actual Código Penal consciente de la extrema dificultad de la prueba del conocimiento subjetivo de la antijuridicidad por parte del que la alega, adoptó la teoría de la culpabilidad y de acuerdo con ella, desplazó la cuestión al ámbito objetivo de la evitabilidad del error, de suerte que la relevancia del error queda supeditada a su evitabilidad o inevitabilidad, campo más concreto porque en él todo tribunal puede juzgar con arreglo a las máximas de experiencia y reglas de cultura existentes en la generalidad de la sociedad y de acuerdo a ellas, determinar si tal alegación del error debe decaer totalmente, o si éste fue vencible e invencible [STS de 14 de octubre de 2002 (RJ 2002/6715)]. Todo el mundo sabe que el tráfico de drogas es delictivo: Hoy día podemos afirmar como hecho notorio para cualquier persona de cultura y conocimientos normales que el tráfico de drogas es punible. Basta la información que diariamente se ofrece a la ciudadanía desde todos los medios de comunicación social [STS de 14 de octubre de 2002 (RJ 2002/6715)]. Este juicio teórico se robustece ante las concretas condiciones de vida del recurrente (nació el 2-7-51, vivía en Sevilla y se dedicaba al mundo del espectáculo), sin que se haya acreditado ni siquiera alegado algún déficit de percepción de la realidad social en la que vive que le hubiese ofrecido una visión distorsionada de aquella. Antes bien su edad, nivel cultural, profesión y lugar de residencia inequívocamente conduce al cabal conocimiento y responsabilidad de la operación que efectuaba, por lo que tal alegación es sólo una pura estrategia defensiva in extremis “.

actuación, así como la posibilidad de informarse adecuadamente³⁸³. Por otro lado, se puede afirmar la existencia de un error de prohibición vencible si el autor era consciente de la “dañosidad social” de su acto para terceros o la sociedad³⁸⁴.

En síntesis, si se adopta una interpretación normativa-socio-cultural del Art. 20.3 CP y se sostiene que ella configura una causal de inimputabilidad, el error sobre la prohibición sólo podrá verificarse sobre el denominado error de prohibición indirecto o concreto porque el llamado error sobre la prohibición abstracto o directo sería el terreno sobre el que se configuraría la inimputabilidad de naturaleza socio-cultural. En cambio, de postularse una interpretación bio-psicológica del Art. 20. 3 CP, el desconocimiento del carácter ilícito del hecho cuya fuente de origen fuere la divergencia socio-cultural bien podría ser un error abstracto o directo como indirecto o concreto.

Si el legislador pretendió, por razón de justicia material, otorgar una eximente a quien por haber nacido y vivido en un contexto cultural diverso al de la sociedad española, soy de opinión que debió haber explicitado dicha idea en una forma diferente, clara e inequívoca. Así por ejemplo, pudo haber dicho:

Está exento de responsabilidad criminal: el que al tiempo de cometer la infracción penal, por carencia o limitación grave de carácter socio-cultural, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

³⁸³ Sobre la vencibilidad del error véase la STS de 22 febrero de 2007 (RJ 2007/1943) (TOL 1. 050. 644), “...En el tercer motivo denuncia la indebida aplicación del artículo 20. 4 con el error de prohibición indirecto del artículo 14. 3 del Código Penal. El recurrente viene a plantear el carácter invencible del error. Al tratarse de error sobre una causa de justificación, en el caso la legítima defensa, el error puede basarse sobre la existencia de un hecho o sobre su significación normativa. En estos casos, debe comprobarse si el autor pudo haber comprobado más intensamente o con mayor detalle esos aspectos, siempre que pudiera hacerlo sin perder con ello la posibilidad de defenderse, definitivamente o con una alta probabilidad. En el caso de que, desde una perspectiva objetiva en función de las circunstancias del caso, el sujeto hubiera podido comprobar la existencia del hecho o la necesidad de la defensa y no lo hubiera hecho, el error será vencible. En el caso, el acusado, a causa de la influencia del miedo, creyó que existía una agresión, lo que determinó su respuesta defensiva. Pero según el hecho, los asaltantes aún no habían iniciado el ataque al bar donde se encontraban y al verlo aparecer con el arma iniciaron la huida, disparando el acusado sobre ellos inmediatamente. Era, por lo tanto, perfectamente posible para el recurrente comprobar, sin riesgo para su defensa, si realmente la agresión se producía o si, por el contrario, se interrumpía y, tal como efectivamente ocurrió, los asaltantes abandonaban su propósito inicial. En las circunstancias descritas en los hechos, solo la existencia del miedo que disminuyó su capacidad de valorar los hechos, permite apreciar la legítima defensa putativa, pues en el plano objetivo la acción no estaba justificada al no existir agresión ni por lo tanto necesidad de defenderse. Consecuentemente, el motivo se desestima”.

³⁸⁴ En una posición distinta, se ha pronunciado Jakobs, defendiendo la impunidad de estos casos, con una fundamentación desde los fines de la pena; en su opinión, el Derecho penal cumple como función exclusiva la fidelidad a la norma y en ningún caso la posesión de unos conocimientos mínimos JAKOBS, G. *Derecho penal. P. G...* op. cit., págs. 675 y ss. n.º37; JAKOBS, G. "El principio de culpabilidad"... op. cit., pág. 75. Véase, en el mismo sentido, MANSO PORTO, T. *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*. Dykinson, Madrid, 1999, págs. 68 y ss.

5. Relación de la eximente “alteración de la percepción” con eximentes afines.

5.1. Trastorno psíquico (anomalía o alteración psíquica).

En general, existe la tendencia de tratar de diferenciar el contenido de los términos “anomalía psíquica” de “alteración psíquica”. En este contexto, se ha estimado que con la expresión “anomalía psíquica”, hay referencia a “una disfunción patológica que afecta a la mente del sujeto. Se caracteriza, frente a la simple alteración psíquica, en el carácter patológico de la disfunción, esto es, en su consideración como enfermedad desde el punto de vista médico-psiquiátrico”. Por otro lado, la “alteración psíquica”, consiste en una disfunción mental que no tiene un origen patológico...en la alteración no subyace una verdadera enfermedad desde un punto de vista médico-psiquiátrico,...”³⁸⁵. No obstante, en el ámbito de la Psiquiatría internacional (DSM-IV-TR y CIE 10), dichas expresiones no son del todo diferentes y se emplean indistintamente, al igual que la de “trastorno psíquico”³⁸⁶.

La exención contemplada en el Art. 20.3. CP se relaciona estrechamente con la del Art. 20.1. CP de enajenación, ya que determinadas patologías mentales implican alteración de la percepción tales como, el Retraso Mental (antes denominadas oligofrenias), el Autismo, el trastorno de Rett o el trastorno desintegrativo infantil.

El Retraso Mental (RM) tiene como característica esencial una capacidad intelectual general significativamente inferior al promedio (criterio A) que se acompaña de limitaciones significativas de la actividad adaptativa propia de por lo menos dos de las siguientes áreas de habilidades: comunicación, habilidades sociales/interpersonales, autocontrol, etc. (Criterio B) y su inicio debe ser anterior a los 18 años (criterio C)³⁸⁷. La capacidad intelectual general se define por el coeficiente de inteligencia (CI o equivalente de CI) obtenido por evaluación mediante uno o más tests de inteligencia normalizados (Wechesler o Stanford-Binet). Una capacidad intelectual significativamente inferior al promedio se define como un CI situado alrededor de 70 o por debajo de 70.

Las personas con retraso mental suelen presentar incapacidades adaptativas más que un CI bajo. La capacidad adaptativa se refiere a cómo afrontan los sujetos efectivamente las

³⁸⁵ BLANCO LOZANO, C. *La eximente de anomalía o alteración psíquica...* op. cit., pág. 95.

³⁸⁶ CARRASCO GÓMEZ, J. J. “Circunstancias psíquicas que modifican la imputabilidad”. *IV Congreso Andaluz de Ciencias Penales. Derecho Penal y Psiquiatría Criminal y Forense*. Universidad Nacional de Educación a Distancia. El Puerto de Santa María, 1988, pág. 157.

³⁸⁷ DSM-IV. *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*. MASSON, 1995, pág. 41.

exigencias de la vida cotidiana y cómo cumplen las normas de autonomía personal esperables de alguien situado en su grupo de edad, origen sociocultural, y ubicación comunitaria particulares.

En el campo psiquiátrico, pueden diferenciarse cuatro grados de intensidad, de acuerdo con el nivel de insuficiencia intelectual: RM leve (CI entre 50-55 y 70), RM moderado (CI entre 35-40 y 50-55), RM grave (CI entre 20-25 y 35-40), RM profundo (CI inferior a 20-25).

El autismo, se caracteriza por la presencia de un desarrollo marcadamente anormal o deficiente de la interacción y comunicación sociales y un repertorio sumamente restringido de actividades e intereses todo lo cual aparece antes de los 3 años de edad. En un 75% el autismo suele ir acompañado de retraso mental.

El trastorno de Rett, que sólo ha sido diagnosticado en mujeres, se caracteriza por un desarrollo prenatal y perinatal aparentemente normal, desarrollo psicomotor aparentemente normal durante los primeros 5 meses de vida para, posteriormente, producirse una desaceleración del crecimiento craneal entre los 5 y 48 meses, pérdida de habilidades manuales previamente adquiridas, desarrollo de movimientos manuales estereotipados (v. gr. escribir o lavarse las manos), pérdida de implicación social, mala coordinación de la marcha o de los movimientos del tronco, desarrollo del lenguaje expresivo y receptivo gravemente afectado, con retraso psicomotor grave.

El trastorno desintegrativo infantil cuya característica fundamental es una marcada regresión en varias áreas de actividad con posterioridad a un período de por lo menos 2 años de desarrollo aparentemente normal. Dicho trastorno implica una pérdida significativa de habilidades previamente adquiridas (antes de los 10 años de edad) en por lo menos dos de las siguientes áreas: lenguaje expresivo o receptivo, habilidades sociales o comportamiento adaptativo, control intestinal o vesical, juego o habilidades motoras y anormalidades en por lo menos dos campos: alteración cualitativa de la interacción social (v. gr. incapacidad para desarrollar relaciones sociales o emocionales) y/o alteración cualitativa de la comunicación (v. gr. retraso o ausencia de lenguaje hablado).

Algunas patologías psíquicas, como las señaladas precedentemente, implican un aislamiento de la sociedad, con imposibilidad de percepción y alteración de la conciencia de la realidad. Entendemos que esta ausencia de percepción y expresión normal que sufren los

afectados por aquellas patologías debe encuadrarse dentro de la eximente de Enajenación Mental porque su fuente de origen es de carácter psicopatológico. Además, quienes consideran que la eximente del Art. 20.3 CP sólo presupone un compromiso serio de la estructura anátomo-fisiológica y funcional de la audición o del sentido de la vista y, en modo alguno, un compromiso de naturaleza psíquica, no podrían subsumir dichas perturbaciones en el Art. 20.1 CP.

La alteración de la percepción y los trastornos de la atención están, también, estrechamente relacionados con ciertos cuadros psiquiátricos tales como la apatía de los depresivos, el déficit intelectual de los oligofrénicos y demenciados y, finalmente, con cualquier otro trastorno del nivel de vigilancia. Entendemos que podría existir una cierta duplicidad normativa en los Art. 20. 1 y 20. 3 del C. P. dado que la alteración de la percepción que afecte gravemente a la consciencia de la realidad puede ser una forma de enajenación mental o, lo que es lo mismo, determinadas patologías psíquicas tienen como sintomatología principal la alteración mencionada. El CP prevé tanto para los enajenados como para quienes sufren alteración de la percepción medidas de seguridad consistentes en tratamiento especializado. Para el primer caso en centros médicos psiquiátricos y para el segundo en educativos. En ambos supuestos, si la evolución es favorable puede sustituirse el internamiento por tratamiento ambulatorio e incluso la extinción de la pena. La circunstancia modificativa a apreciar deberá estar en función del tratamiento que precise el agente, es decir, hay que atender a la naturaleza de los Centros especializados que existan, puesto que para determinadas patologías puede ser más beneficiosa la educación, mientras que para otras se precisa el tratamiento psiquiátrico. CARBONELL MATEU³⁸⁸ entiende que lo previsto en el Art. 20.3. CP debe entenderse de preferente aplicación respecto de la enajenación o el trastorno mental transitorio, ya que la medida de seguridad principal resulta la más adecuada. A nuestro entender, la aplicación preferente sólo procedería si la fuente de origen de la inimputabilidad es de carácter socio-cultural y no efecto de una enfermedad psicopatológica.

Determinados déficits de la inteligencia, denominados oligofrenias provisorias o pseudoligofrenias, consisten en mermas intelectuales de índole funcional, normalmente no crónicas puesto que son recuperables tras terapia adecuada³⁸⁹. Entendemos que, de

³⁸⁸ CARBONELL MATEU, J. C. *Enfermedad y delito: aspectos psiquiátricos, penales y procesales...* op. cit., pág. 60.

³⁸⁹ LÓPEZ SAIZ, I. *Psiquiatría Jurídica Penal y Civil*. Tomo IV. Burgos, 1969, págs. 190 y 237.

presentarse debilidad mental u oligofrenia de carácter leve, unido a la sordomudez, debe distinguirse nítidamente si la ausencia de inteligencia se debe al proceso de hipoacusía o si coinciden ambas patologías de forma independiente. En el primer supuesto la eximente que hay que apreciar será exclusivamente la del Art. 20. 3 CP, puesto que la denominada pseudoligofrenia no posee una raíz somática ni es autónoma en su comienzo, ya que depende totalmente de la ausencia de sensopercepción. Al desaparecer esta patología física, el individuo podría desarrollar su capacidad intelectual, aunque ya fuera adulto. Por contra, en los supuestos de oligofrénicos que además sufren sordomudez será de apreciación la exención del Art. 20.1 CP compatiblemente con la del Art. 20.3. CP, con rebaja muy importante de la pena o exención total.

Mayor dificultad presenta la alteración de la percepción por demencia senil, en la que también existe alteración sensorial o visual. La perturbación en la percepción no viene determinada por una psicosis o enfermedad mental sino por un proceso continuado y degenerativo orgánico-cerebral. Se distingue por la pérdida de memoria, ausencia de capacidad de juicio y de pensamiento abstracto. Entendemos que debe encuadrarse dentro de la eximente de enajenación mental del Art. 20.1. CP puesto que, a pesar de caracterizarse por una alteración generalizada de la percepción, al ser un trastorno mental encaja en la eximente mencionada. La alteración perceptiva por causa de la edad, es decir, sin que exista demencia senil pero sí una edad avanzada, no puede ser soslayada, a pesar de la complejidad de la cuestión. Es evidente que personas con edad avanzada sufren deterioros en sentidos fundamentales para la percepción como la vista y el oído, que sin llegar a impedir el conocimiento de la realidad y la ley penal pudieren llegar a afectar a la imputabilidad de quien los padezca.

5.2. Trastorno mental transitorio.

Bajo una óptica bio-psicológica ¿puede la sordomudez o ceguera, por sí sola, desencadenar un trastorno mental transitorio que, en dicho lapso, impidan a quien las padece reconocer el carácter ilícito del hecho o autodeterminarse conforme a dicha comprensión? La respuesta a no dudar es de tipo negativa. Si a aquellas limitaciones se encuentran acompañadas por una anomalía, alteración psíquica o ingesta de droga, lo anterior es factible, aunque, su causa u origen será esto último y no aquellas. De seguirse una interpretación del Art. 20.3 CP de carácter socio-cultural, tampoco es factible que quien

provenga de una cultura diversa a la europea, por ese solo hecho, pueda ser calificado de enajenado transitoriamente.

6. Medida o baremo para la determinación del compromiso psicológico.

Sobre este punto, no es posible negar la discrepancia doctrinaria existente y que, para estos efectos, podemos brevemente resumir, siguiendo a DÍEZ RIPOLLÉS, de la siguiente manera:

6.1. Perspectiva psicológico-individual.

Frente a los diversos elementos subjetivos presentes en la estructura jurídica del delito, su formulación o prueba debe ser hecha sobre la base de un concepto de verdad material o empírica sustentada en el conocimiento científico y centrada en la realidad psicológico-individual³⁹⁰. Este concepto de verdad tendría sustento en la vida cotidiana y la exigiría el Estado de Derecho, la dignidad de la persona, el principio de legalidad y de seguridad jurídica. En esta perspectiva, es preciso reconocer dos estructuras lógico-objetivas: la concepción final de la conducta humana y la culpabilidad entendida como capacidad individual de actuar de otro modo. Los conceptos jurídico-subjetivos deben permitir que el tribunal otorgue un tratamiento razonablemente adecuado de la realidad.

En este contexto, la imputabilidad como parte de la culpabilidad, debe ser analizada bajo un prisma ontológico y no normativo ya que ésta se funda en la capacidad de actuar de otro modo de quien por ser persona es libre, digno y por eso, responsable. Especialmente relevante para esta postura será partir del supuesto que la culpabilidad supone un juicio personal de reproche. Para esta posición doctrinaria, el tribunal debe trabajar con un perfil bio-psico-social del inculpado lo más completo posible en el que se incluyan no sólo sus capacidades o fortalezas sino, además, sus carencias o debilidades ya que todo ello es el sujeto. Si bien un sector relevante de la doctrina española huye de la libertad como fundamento de la culpabilidad, nos resulta difícil entender algunas afirmaciones de ilustres

³⁹⁰ CEREZO MIR, J. "La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica"...op. cit., págs. 41 y 42; TORIO LÓPEZ, A. "Indicaciones metódicas sobre el concepto material de culpabilidad"...op. cit., pág. 762; y TORIO LÓPEZ, A. "Las fórmulas legislativas sobre la enfermedad mental. Discusión del concepto de enajenación...", op. cit., págs. 967 y ss.

penalistas: “...para que el hecho penalmente antijurídico pueda ser imputado personalmente a su autor, es preciso...la infracción personal.... Ello requiere la capacidad personal de evitar el hecho...Cuando falte esta capacidad, el desvalor objetivo del hecho antijurídico no irá seguido de su *desvalor personal...*”³⁹¹. Por ello, nos identificamos con CUELLO CONTRERAS cuando afirma: “Por mucho que se atenga la normalidad de la motivabilidad al hombre concreto, siempre será un baremo general, siendo así que la culpabilidad requiere siempre un criterio individual, que no puede ser otro, como reconoce GIMBERNAT ORDEIG, siguiendo a HORN, sino el de si *ese* hombre en *esa* situación tuvo acceso a la motivabilidad”³⁹².

6.2. *Perspectiva normativa.*

El Derecho penal no se apoya, siempre y necesariamente, en la ciencia de la Psicología, sino que posee su propia Psicología: “Psicología esotérica” (BOCKELMANN). “No es tarea de los conceptos subjetivos del Derecho penal expresar tesis o proposiciones psicológicas, sino ser simples “títulos”, soportes, de “determinados presupuestos de valoración jurídica de las conductas humanas”³⁹³. La fundamentación de esta posición se ha buscado en que ella implicaría en “igualdad de trato a los ciudadanos”, “seguridad jurídica”, “racionalidad” y en que en el proceso penal no se busca una <<verdad material o empírica>> sino una <<verdad forense>> la que supone un “acceso muy limitado a la realidad empírico-individual” en un breve plazo³⁹⁴. Esta concepción tiende a postular un criterio objetivo: el del hombre medio, no obstante, si limitamos la reflexión al ámbito de la inimputabilidad, la pregunta que surge es: cuando el autor de un delito alega a su favor una causal de inimputabilidad ¿qué se debe probar? ¿se debe probar que un hombre-medio de haber sido afectado por determinado trastorno psicopatológico, no habría podido reconocer el carácter ilícito del hecho o autodeterminarse conforme a Derecho? O, lo que se debe acreditar en el proceso es que el autor (y no otro) padecía de un trastorno psicopatológico al momento de perpetrar el delito, lo que le impidió a él (no a un ente abstracto) percibir el carácter ilícito del hecho o autodeterminarse conforme a dicha comprensión? No cabe duda ninguna que es esto último lo que debe acreditarse para configurar la inimputabilidad. Ahora

³⁹¹ MIR PUIG, S. *Derecho penal...* op. cit., pág. 541.

³⁹² CUELLO CONTRERAS, G. *El Derecho Penal español. P. G...* op. cit., pág. 927.

³⁹³ Díez RIPOLLÉS, J. L. *Elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pág. 74.

³⁹⁴ *Ibidem*. cit., págs. 109 y ss.

bien, el patrón del hombre medio nos puede ayudar a “acercarnos” a comprender a una persona y una situación pero, en modo alguno, es suficiente por sí solo para exculpar porque la imputabilidad, en cuanto capacidad, es algo personal.

Podemos considerar dentro de esta perspectiva, las que se basan en <<necesidades psicológico-colectivas>> de orientación psicoanalítica (REICH, FROMM, ADLER), o sustentadas en una posición <<interaccionista>> (HABERMAS, ZIPPELIUS, LUHMANN, BARATTA).

7. Posición personal.

a) Doctrinariamente, hoy en día, el fundamento material de la culpabilidad es objeto de discusión. Nuestra opción personal es la libertad de voluntad no sólo por convicción ideológica sino por exigencia normativa de carácter internacional y nacional. En efecto, acertada o equivocadamente, el legislador internacional y el constituyente del sistema jurídico europeo-continental o anglo-americano ha hecho suya la concepción antropológica del hombre como ser libre, digno y, por ello, responsable, idea que encontramos en todas las declaraciones internacionales y en las constituciones políticas de los Estados (en el caso de España, el Art. 1 CE). De no ser así, cuál sería el contenido, sentido o alcance de la expresión “libertad” que emplea la Constitución Política y el CP español?

b) Basar la culpabilidad en una “capacidad de motivación”³⁹⁵. (BACIGALUPO; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN), “normalidad motivacional”³⁹⁶ (MIR PUIG), son posiciones doctrinarias interesantes y de *lege ferenda*. Hoy en día, me parece que no tienen en el sistema punitivo español, fundamento legal positivo. En efecto, *lege lata* el Art. 20, 1º y 2º el CP., al referirse a las causales de inimputabilidad, de manera expresa y directa, emplea la expresión “no pueda comprender...”, es decir, apunta a la capacidad del sujeto para ejercer su libertad, a si podía o no haber obrado de otra manera.

Soy de opinión que el problema de la libertad de voluntad no sólo existe en el fundamento material de la culpabilidad sino que se encuentra presente por ejemplo, en la conducta comisiva u omisiva, en el delito imprudente o al tratar del error de tipo o sobre la

³⁹⁵ BACIGALUPO, E. Derecho penal. P.G....op. cit., pág. 446; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN. *Derecho penal. P.G....op. cit.*, pág. 362.

³⁹⁶ MIR PUIG, S. *Derecho penal. P.G...op.cit.*, pág. 548.

prohibición. En todos estos casos el problema se resuelve atendiendo a si el sujeto, en el caso concreto en que se encontraban, podía o no actuar de modo diferente. Por otro lado, nadie puede dudar que la dimensión motivacional del ser humano es una realidad indiscutible y puesta de relieve por la Psicología. No obstante, el o los motivos que pueden incidir en la decisión de un sujeto son siempre algo previo a la resolución. Ahora bien, el Derecho penal actual gira, fundamentalmente, sobre dos facultades del ser humano: su inteligencia y voluntad. Las dificultades de prueba de los elementos psicológicos en general y, de la voluntad en especial, ¿se superan si reemplazamos esta última por la motivación? la persona sería responsable ya no por una resolución personal (expresión de voluntad) contraria a Derecho sino por una motivación contraria a Derecho, o lo que sería igual, por no haberse dejado motivar por la norma. Creo que en este cambio de enfoque, el cuestionamiento de la motivación no hace desaparecer la opción libre que tuvo el sujeto y que permitió aquello. Situados en el plano de la imputabilidad, sólo cuando el inculpaado prueba que él no podía comprender...o actuar...el Derecho le libera de responsabilidad penal.

c) En cuanto a la eximente que ha sido objeto de estudio, creo que su texto legal permite tres lecturas o interpretaciones posibles: La primera, permite postular una causal de inimputabilidad bajo una perspectiva “perceptivo-sensorial”. La segunda, una causal de inimputabilidad bajo una perspectiva “normativa-valorativa-socio-cultural”. Desde nuestro personal punto de vista, esta segunda interpretación, si bien factible y razonable en un mundo de globalización e integración de países, continentes y culturas, exige un mayor grado de desarrollo interpretativo por la forma literal en que está actualmente tipificada la disposición legal.

Una tercera forma de interpretar la disposición legal del Art. 20. 3º CP, que no he visto asumida por ningún autor, es configurar una eximente de atipicidad. La persona que se encuentra en la situación descrita por el legislador penal no tiene capacidad, de manera más o menos permanente, para conocer (o reconocer) la realidad (personas, objetos o hechos) y, por ello, no tiene capacidad para actuar típicamente (dolosa o imprudentemente). Quien no es capaz de conocer o reconocer la realidad del mundo en el que está inserto no puede, posteriormente, valorarla. Toda valoración supone, de manera previa, aquello que se va a valorar; de lo contrario, ¿cuál sería el objeto de dicha valoración? Ahora bien, si la imputabilidad penal sólo dice relación con la capacidad para valorar como lícita-ilícita una realidad (no para conocerla o reconocerla), aquella capacidad psicológica general que

presupone una actuación típica no sería parte de la imputabilidad y, por eso mismo, quien carezca de ella no incurre en una causal de inimputabilidad sino de atipicidad toda vez que para obrar dolosa o imprudentemente, el sujeto debe ser capaz de conocer o reconocer la realidad material u objetiva sobre la que se construyen los tipos penales. En pocas palabras, un psicótico podría ser inimputable por carencia de capacidad valorativa (que le impide valorar la realidad como ilícita, causal de exculpación) o bien por carencia de capacidad cognoscitiva (que le impide conocer sin distorsiones la realidad, causal de atipicidad).

No ha dejado de llamarme la atención que la doctrina penal no haya reparado en esta tercera modalidad de interpretación. Más aún, si reconocemos que la “realidad” está conformada por entes materiales e inmateriales y son estos los que deben ser valorados y, si además, la imputabilidad sólo se limita a la capacidad de valorar (no a conocer) la realidad, ¿por qué quien no tiene la capacidad para percibir o reconocer (no valorar) la realidad incurriría en una causal de inimputabilidad?

Es posible que se pudiera pensar acerca de la factibilidad jurídica que la eximente objeto de examen pueda soportar, al mismo tiempo y sobre la base de un mismo texto, dos alternativas de interpretación. Desde nuestro personal punto de vista, nada podría oponerse a ello. En algunas ocasiones, una expresión empleada por el legislador v. gr. fuerza, la doctrina ha estimado que pueden incluirse en ella tanto la *vis* absoluta como la compulsiva, o bien, en otro ámbito, un mismo hecho puede dar lugar a dos valoraciones distintas v. gr. concurso ideal, o bien, recordemos que un sector de la doctrina española ha considerado que el Art. 20.5 CP contempla dos eximentes (estado de necesidad) de diversa naturaleza: una causal de justificación y una de ex-culpación.

d) La manera en que se encuentra redactada la eximente del Art. 20.3 del CP., alude a una persona cuyo estado o condición de vida, más o menos permanente, tiene alterada gravemente la conciencia de la realidad y, por ello, se asemeja a la eximente anomalía o alteración psíquica. De aceptarse que la eximente puede ser estimada eximente por atipicidad, por implicar una especie de estado o condición, lo sería de carácter amplio o genérico a diferencia de la incapacidad puntual y concreta del error de tipo expresamente legislado en el Art. 14.1º del CP. que presupone aquella capacidad general para reconocer la realidad. A esta altura cabe preguntarse ¿qué sentido tiene escindir la capacidad psicológica de la persona en capacidad psicológica para actuar típicamente y capacidad de culpabilidad? La respuesta será siempre relativa y dependerá de razones de sistemática doctrinaria,

aunque, en ningún caso, se podrá negar por algún autor que la estructura del delito implica, necesariamente, una capacidad psicológica para actuar típicamente la que normalmente la doctrina no explicita.

e) Soy de opinión que si el legislador penal español quiso transformar la eximente que otrora estaba destinada al sordomudo en una más amplia de carácter socio-cultural debería en un futuro, por razón de seguridad jurídica, modificar su tipificación para que no se preste a dudas como ha ocurrido en la actualidad y, con fundadas razones. Si se asume la perspectiva “perceptivo-sensorial” los casos de auténtica inimputabilidad son raros o reducidos y, de no existir esta disposición legal, perfectamente podrían ser subsumidos en la eximente del Art. 20. 1º (anomalía o alteración psíquica); motivo por el cual, su existencia sería, como ya ha afirmado un sector relevante de la doctrina, “superflua”.

**CAPÍTULO SEGUNDO: HIPÓTESIS
FACTIBLES DE SER SUBSUMIDAS EN
LA EXIMENTE**

I. PERSPECTIVA PSICOLÓGICA DE LA SORDOMUDEZ Y LA CEGUERA.

1. Introducción.

He seleccionado estas dos discapacidades porque, históricamente, la eximente objeto de estudio fue concebida para la sordomudez y, posteriormente, cuando el legislador penal la modificó, lo hizo pensando en otra(s) discapacidad(es) semejante(s) a aquella y que por eso mismo merecía un tratamiento parecido: v. gr. la ceguera.

Esta parte del trabajo, tiene por objetivo presentar los resultados de una investigación bibliográfica realizadas sobre desarrollo infantil en niños con discapacidad visual y discapacidad auditiva. Ambas discapacidades se presentan en diversos rangos y pueden aparecer en distintos momentos del desarrollo. En relación al tema de fondo, el foco ha sido discapacidad visual o auditiva total (ceguera o sordomudez) y de presentación temprana, es decir, la discapacidad está presente desde el nacimiento. El objetivo principal es describir los desafíos que estos niños tienen en su proceso de desarrollo y estudiar como logran internalizar el mundo que los rodea desde la ausencia de un sentido perceptual. El marco referencial para comprender el desarrollo de niños con discapacidad es el desarrollo de niños sin discapacidad, lo que en sí mismo puede ser un enfoque limitado porque pierde de perspectiva las particularidades únicas de los menores con discapacidad e impone normas que no consideran muchos de los desafíos únicos que estos menores enfrentan. Vale mencionar que casi la totalidad de estudios realizan mediciones con instrumentos que han sido diseñados para niños con todos sus sentidos intactos, lo que desde ya genera un sesgo en los resultados.

Utilizar mediciones normativas propias de niños sin discapacidad genera expectativas y ansiedad en los padres de hijos con discapacidad. Otra posibilidad es que puede generar frustración o falta de expectativas, que es aún más complejo en términos psicológicos, ya que uno de los principales motores en el desarrollo humano es satisfacer las expectativas de nuestros progenitores.

Desde ya cabe mencionar que los estudios en esta área son aún escasos y limitados. No obstante, existe una mayor literatura en relación a niños con discapacidad visual. Esto se reflejará en este informe en la diferencia en número de detalles e información en uno y otro caso. Además es importante clarificar que bibliografía específica en relación a desarrollo

moral y discapacidad visual o auditiva es casi inexistente y lo poco que fue posible encontrar está expuesto en este trabajo.

Para efectos de este informe, cuando se haga mención a menores en general se utilizará la palabra niño o menor, cuando sea necesario especificar edades se utilizará neonato para referirse a los primeros seis meses de vida, infante entre 6 meses a 2 años, preescolar entre 2 a 5 años y escolar entre 6 a 12 años. Cuando se hable del menor en interacción con sus padres se utilizará la palabra hijo. Por convención se utilizarán estas palabras en su forma masculina y cuando se hable de la figura cuidadora principal se hablará de madre, aunque, muchas veces no necesariamente es ésta la que ejerce de figura principal de cuidados.

Nos ha parecido conveniente, dividir el presente informe en tres partes. En la primera parte se hace una breve síntesis de la definición de desarrollo y de las principales tareas en el desarrollo de niños sin discapacidad. En la segunda parte se describe el desarrollo en niños sordomudos, describiendo cada área de desarrollo y haciendo una síntesis de los principales logros en distintas etapas del ciclo vital hasta la adolescencia. En la tercera parte se describe el desarrollo en niños ciegos, describiendo cada área de desarrollo y haciendo una síntesis de los principales logros en distintas etapas del ciclo vital hasta la adolescencia. Para finalizar se concluirá con una breve reflexión en relación a la investigación realizada.

2. Desarrollo humano normal.

Para comprender el desarrollo en niños sordomudos o ciegos es fundamental comprender el concepto de desarrollo humano normal desde una perspectiva psicológica.

“Desarrollo” es el proceso por el cual los niños crecen física y psicológicamente y aprenden destrezas crecientemente complejas. Estas destrezas incluyen entre otras cosas, otorgar sentido del medio circundante, comunicarse con otros, realizar movimientos coordinados y con intencionalidad específica, desarrollar una capacidad de autocuidado y preocupación por uno mismo, aprender a leer, escribir y a realizar operaciones matemáticas, manejar demandas y tareas de la vida cotidiana (por ejemplo, comprender un horario, respetar normas, etc.). En resumen, desarrollo es el proceso que permite al niño cambiar

desde un pequeño e indefenso neonato a un adulto capaz de ser independiente y preocuparse de sí mismo y de su entorno³⁹⁷.

El desarrollo humano es tremendamente variable y específico a cada ser humano. Existe un cierto camino que todos siguen pero cómo cada ser humano transita por él, dependerá de diferentes factores, genéticos y ambientales. Algunos niños crecen más rápido de lo esperado y otros más lento. Algunos desarrollan rápidamente algunas áreas y más lenta otras. Generalmente la secuencia se mantiene y es el ritmo el que varía. Las variaciones de ritmo no necesariamente dan cuenta de algo mejor o peor. Muchas veces desarrollos más rápidos que la norma pueden poner en riesgo la capacidad emocional de un niño, y desarrollos más lentos que la norma pueden estar asociados a logros que son más profundos y duraderos. El desarrollo ocurre generalmente de manera integrada pero para efectos pedagógicos los teóricos suelen dividirlo en áreas: motor, perceptual, cognitivo, moral, comunicacional, social y emocional³⁹⁸.

Todos los niños, con o sin discapacidad, poseen ciertas necesidades irreducibles para poder “crecer, aprender y desarrollarse”. Estas necesidades irreducibles son vínculos sostenedores (nutrientes, alimenticios), seguridad física, experiencias de desarrollo apropiadas y modificadas de acuerdo a las necesidades individuales de cada infante, límites y estructura, y redes comunitarias de apoyo que provean continuidad cultural³⁹⁹.

¿Qué consecuencias tiene el desarrollo de niños con discapacidad para nuestra comprensión del desarrollo infantil normal? ¿Cómo se relaciona el desarrollo de niños con discapacidad al desarrollo de niños sin discapacidad? Cinco posibles relaciones han sido descritas por WALTER & CRAWLEY⁴⁰⁰. Ellos plantean que si comparamos desarrollo en un niño con sus sentidos intactos y desarrollo en un niño con discapacidad visual o auditiva, es posible que en distintas áreas éste último presente algunas o varias de estas alternativas: desarrollo tardío, desarrollo anormal, desarrollo compensatorio, desarrollo ausente o desarrollo normal. “Desarrollo tardío” es simplemente un desarrollo más lento pero que pasa por las mismas etapas y donde están involucrados los mismos procesos, a pesar que el niño

³⁹⁷ HOLBROOK, M. Cay. *Children with Visual Impairments: A Parent's Guide*. 2º Edition. Ed. Woodbine, USA, 2006, pág. 86.

³⁹⁸ *Ibidem*. cit., pág. 87.

³⁹⁹ BRAZELTON, T. y GREENSPAN, M. *The Irreducible Needs of Children. What Every Child Must Have to Grow, Learn and Flourish*. Cambridge, 2000.

⁴⁰⁰ WALTER y CRAWLEY. “Conceptual and Methodological Issues in Studying the Handicapped Infant”. En: GRAY GRAWOOD Y FEWELL: *Educating Handicapped Infants: Issues in Development and Intervention*. Maryland, 1983.

discapacitado puede alcanzar un estado final menos sofisticado. “Desarrollo anormal” se refiere a procesos de desarrollo distintos a los normales con resultados conductuales no esperados en niños normales. “Desarrollo compensatorio” se refiere a un desarrollo donde a través de rutas alternativas se alcanza el mismo punto final. “Desarrollo ausente” implica que el niño discapacitado no ha logrado desarrollarse del todo en dicha área. Y “desarrollo normal” es lo que se espera en niños sin discapacidad como norma general.

El “desarrollo compensatorio” es particularmente interesante desde la perspectiva teórica, ya que cuestiona postulados y pautas sobre como debe producirse el desarrollo y da cuenta de la flexibilidad humana para desarrollar capacidades por medio alternativos cuando las rutas más obvias están obstruidas.

DAVID WARREN⁴⁰¹ plantea una perspectiva más crítica y dice que el “modelo comparativo” (que compara niños “normales” con niños discapacitados) es un método que genera una ecuación simplista entre “normas” y “expectativas”. Basado en estas “normas”, los padres “esperarán” no más de su propio hijo que lo que postula el “*desarrollo normal para niños discapacitados*” y la verdad es que las variables ambientales son diferentes para ambos en todo sentido. Lo que los estudios verdaderamente están describiendo es la variedad de contextos en que los niños se desarrollan. Los niños que se desarrollan en ambientes ricos en estimulación presentarán desarrollos muy diferentes a niños que se desarrollan en ambientes donde los padres han tenido dificultades importantes para ajustarse a la discapacidad de su hijo. Pero esto ocurre de manera similar con cualquier otra dificultad que presenta la vida. Por ejemplo, una madre deprimida entregará un ambiente mucho menos estimulante a un menor sin discapacidad que lo que entregará una madre no deprimida a su hijo discapacitado. Lo peligroso de guiarse por normas estándares es que genera niveles de expectativas que pueden ser bajos para niños discapacitados que están insertos en medios tremendamente ricos en estímulos. El riesgo de esto es que bajas expectativas generan bajos resultados y esto puede generar un círculo vicioso tremendamente nefasto para niños con discapacidad.

Las limitaciones anteriores pueden en cierta medida deberse a que a pesar de la enorme cantidad de información en relación a desarrollo infantil, no existe a la fecha ningún modelo teórico que haya sido estandarizado para niños con discapacidad temprana. Esto es una limitación importante en la posibilidad de estandarizar datos y tener información

⁴⁰¹ WARREN, D. *Blindness and Children. An Individual Differences Approach*. Cambridge, 1994, págs. 333-335.

confiable de las diferencias. Además que se genera un problema importante cuando niños con discapacidad son evaluados utilizando únicamente los modelos de desarrollo de ERICKSON o PIAGET, ya que estos modelos han sido contruidos pensando en desarrollo humano normal y, niños con discapacidad, siempre serán evaluados de manera injusta por éstos instrumentos. Los resultados de dichas evaluaciones inevitablemente se focalizan en el déficit de dichos niños y en el fracaso por lograr ciertas metas esperadas⁴⁰².

3. Desarrollo por etapas.

3.1. Neonato (Nacimiento a Seis Meses).

El neonato de un mes duerme la mayor parte del día, despertándose casi exclusivamente para alimentarse. El neonato de seis meses, sin embargo, interactúa activamente con su ambiente y con las personas en éste y, al mismo tiempo, focaliza una gran cantidad de energía en aprender sobre su propio cuerpo y como utilizarlo⁴⁰³.

El neonato está constantemente incorporando información, aprendiendo sobre sí mismo y su lugar en su entorno. JEAN PIAGET caracteriza este período como concreto y centrado en el cuerpo del neonato; el menor ve el mundo como la extensión de sí mismo y explora y manipula su propio cuerpo para investigar sobre su medio ambiente⁴⁰⁴.

Síntesis de tareas principales:

- Progresar desde movimientos físicos aleatorios basados en reflejos a acciones intencionadas como darse vuelta y moverse para explorar el entorno.
- Iniciar la búsqueda y alcance de objetos y luego agarrarlos e investigarlos.
- Desarrollar un sentido de confianza básica (ERICK ERICKSON).
- Utilizar el contacto visual y la sonrisa para promover la interacción social.

⁴⁰² QUINN, Peggy. *Understanding Disability: A Lifespan Approach*. Londres, 1998, págs. 1-7.

⁴⁰³ *Ibidem*. cit., págs. 9-31.

⁴⁰⁴ *Ibidem*. cit., págs. 9-31.

- Comenzar a balbucear y otros sonidos preparatorios para el desarrollo del lenguaje.

3.2. *Infante (Seis Meses a Dos Años).*

Hacia los seis meses se espera que el infante haya logrado algún control sobre su propio cuerpo y comience a focalizarse en las interacciones con su entorno y con las personas en éste. Luchará activamente por su movilidad, progresando desde gatear a caminar, para explorar los distintos ambientes en que encuentra. Ansioso busca caras, voces y gestos de otros para comprender lo que dicen y lo que esperan de él. Utilizando sus nuevas capacidades físicas y sociales se transforma en un participante activo del mundo⁴⁰⁵.

Síntesis de tareas principales:

- Progreso desde gatear a caminar.
- Progreso en el control motor fino.
- Desarrollo de habilidades comunicacionales: hacerse entender por otros y entender a otros.
- Comenzar interacciones sociales con pares: compartir, turnarse, jugar cerca o incluso, jugar con el otro.
- Expandir su base de conocimiento participando en una diversidad de nuevas experiencias.

3.3. *Preescolar (Dos a Cinco Años).*

La principal tarea para el niño preescolar es prepararse para la escuela. Esto requiere desarrollar habilidades tales como sostener un lápiz, lanzar un balón y permanecer sentado por un largo rato. También se esperará que logre escuchar, seguir instrucciones, y relacionarse con figuras de autoridad⁴⁰⁶.

Síntesis de tareas principales:

⁴⁰⁵ *Ibidem.* cit., págs. 32-53.

⁴⁰⁶ *Ibidem.* cit., págs. 54-78.

- Mejorar las destrezas motoras finas, como colorear, dibujar y amarrarse los zapatos.
- Aprender a manejar un balón, andar en triciclo, y otras destrezas lúdicas.
- Desarrollar hábitos de limpieza y aprender a controlar esfínteres.
- Escuchar, comprender y responder a solicitudes e instrucciones.
- Comenzar a interactuar apropiadamente con pares y figuras de autoridad.
- Expandir su vocabulario y la comprensión de una variedad de nuevos conceptos.
- Empezar a desarrollar la capacidad para tomar decisiones.

3.4. Escolar (Seis a Doce Años).

Entre los 6 y los 12 años, la gran mayoría de los niños están activamente involucrados en algún sistema educacional. Un evento mayor para los niños de 6 años es la transición desde el hogar o Jardín Infantil a un contexto académico regular. Durante este período el niño aprenderá habilidades que utilizará el resto de su vida⁴⁰⁷.

Síntesis de tareas principales:

- Aprender a andar en bicicleta, patines, nadar y otros deportes más elaborados.
- Lograr habilidades sociales adecuadas en las interacciones con pares y adultos.
- Demostrar capacidad para tomar decisiones.
- Manejar ideas y materiales cada vez más complejos y abstractos.
- Aprender y tolerar (respetar) las reglas que regulan los juegos.

3.5. Adolescente (Trece a Diecinueve Años).

Durante la adolescencia, el niño-adolescente experimenta cambios en todas las áreas de su vida. Los cambios físicos de la pubertad van acompañados por alteraciones cualitativas en su habilidad para comprender ideas y conceptos (pensamiento abstracto). Se

⁴⁰⁷ *Ibidem.* cit., págs. 79-102.

espera, además, que el adolescente sea más independiente, capaz de monitorear su propia moral y cada vez más responsable de su propia conducta. En medio de todos estos cambios, la principal preocupación para el adolescente es ser aceptado por su grupo de pares, por sobre todas las cosas los adolescentes no desean ser distintos. Lo anterior, puede ser comprendido desde la tarea principal que requiere la adolescencia en cuanto a la construcción de la propia identidad⁴⁰⁸.

Síntesis de tareas principales:

- Lograr separarse de los padres (física y emocionalmente).
- Ajustar la propia auto-imagen para que corresponda con los cambios físicos de la pubertad.
- Desarrollar una identidad sexual.
- Adquirir el conocimiento y las destrezas para actuar de manera responsable.
- Establecer un equilibrio entre las expectativas de los pares y la sociedad adulta.
- Prepararse para vivir de manera independiente (destrezas laborales, auto-cuidado y capacidad para el placer)
- Nutrirse de bases sólidas espirituales y morales para enfrentar la vida.

4. El desarrollo en niños sordomudos.

4.1. Introducción.

En la medida que el niño sordomudo no tenga otras discapacidades y pueda desarrollar formas alternativas de comunicación, se desarrollará de manera normal. El desarrollo de la capacidad de apego no se ve afectado por la sordomudez, y en la medida que el niño tenga la capacidad de ver, los logros del desarrollo físico suelen ser normales. Es en la esfera del lenguaje que requerirá esfuerzos mayores. Del mismo modo que el niño ciego requiere adquirir coordinación oído-mano para compensar las dificultades de coordinación ojo-mano, el infante sordomudo requerirá lenguaje manual para compensar las dificultades en relación al lenguaje vocal. El lenguaje de signos es un lenguaje en sí mismo y si es

⁴⁰⁸ *Ibidem.* cit., págs. 106-134.

enseñado desde temprano, junto con lectura de labios, es posible evitar los riesgos del fracaso escolar. Durante mucho tiempo el lenguaje de signos estuvo prácticamente proscrito debido a que padres y profesionales no sabían manejarlo y existía la creencia que debía imponerse el lenguaje hablado a como diera lugar. Esto generaba una dificultad en la comunicación y como consecuencia el que personas sordomudas fuesen incorrectamente catalogadas como intelectualmente discapacitadas⁴⁰⁹.

Las dificultades más importantes en la sordomudez no están relacionadas a la falta de audición sino a las restricciones en las posibilidades de comunicación. El objetivo es encontrar nuevas rutas para la transmisión de la información que no sean a través de los oídos. El peligro más importante para el niño sordomudo es ser dejado fuera completamente del proceso comunicacional⁴¹⁰.

En consecuencia, el tema principal que deben enfrentar los niños sordomudos es el aprendizaje de una lengua. Es la relación entre lenguaje y pensamiento la que genera las mayores controversias en el desarrollo de niños con discapacidad auditiva. OLIVER SACKS⁴¹¹ postula que es sólo a través del lenguaje que las personas ingresan completamente a su cultura, ya que acceden a comunicarse libremente con otros seres humanos. Sin embargo, como dice OGDEN⁴¹² el principal problema de la sordomudez no es la falta de audición sino la dificultad en la comunicación.

Debido a lo anterior, el lenguaje debe ser introducido y adquirido lo antes posible o su desarrollo puede verse permanentemente retrasado o impedido. En niños sordomudos donde la introducción del lenguaje hablado será desafiante y muchas veces imposible, la introducción del lenguaje de signos es fundamental. La sordomudez debe ser detectada lo antes posible para no generar retrasos en el aprendizaje de un sistema alternativo de comunicación. Esto muchas veces suele ser el problema ya que el diagnóstico de la sordomudez suele ser tardío. Una vez que el niño sordomudo ha aprendido lenguaje de signos, la adquisición de la lectura y la escritura es posible⁴¹³.

Una de las complejidades del lenguaje es que no puede ser adquirido por uno mismo; es una capacidad que solo puede ser activada por otra persona que ya posea poder y

⁴⁰⁹ SINASON, Valerie. *Understanding your Handicapped Child*. Rosendale Press. London, 1993, págs. 53-54.

⁴¹⁰ OGDEN, P. *The Silent Garden: Raising Your Deaf Child*. Washington, 1996, págs. 40-45.

⁴¹¹ SACKS, Oliver. *Seeing Voices*. London, 1989.

⁴¹² OGDEN, P. *The Silent Garden: Raising Your Deaf Child...* op. cit., págs. 270 y ss.

⁴¹³ SACKS, O. *Seeing Voices...* op. cit.

competencia lingüística en la lengua que se va a adquirir. Es la lengua de la madre, o de quien asuma dicho rol, la que es internalizada por el infante lo que le permite a éste pasar desde la sensación al sentido, ascender desde el mundo perceptual al mundo conceptual⁴¹⁴.

Todos los aspectos que pueden eventualmente complicar el desarrollo del niño sordomudo serán revisados a continuación. Se describirá el desarrollo por áreas y las implicancias que tiene en cada una de estas áreas la falta de audición.

4.2. Desarrollo por Áreas.

Esta sección revisará desarrollo motor, perceptual, cognitivo, moral, comunicacional, social y emocional en niños sordomudos.

4.2.1. Desarrollo Motor.

Los niños sordomudos que no poseen otras discapacidades posiblemente logran los principales desarrollos motores tempranos sin mayores dificultades (sentarse, pararse y caminar) y al mismo tiempo que niños con audición. Sin embargo, niños sordomudos presentan dificultades en algunas pruebas que miden equilibrio y coordinación general⁴¹⁵.

Algunas de las tareas en las cuales se ha encontrado a niños sordomudos entre 6-10 años menos competentes que sus pares con audición son tareas que involucran coordinación dinámica. Por ejemplo, caminar hacia atrás y hacia delante en un tablero angosto o saltar con dos pies o con uno sobre una línea recta. Niños sordomudos son menos competentes que niños con audición en algunas tareas de coordinación viso-motor, por ejemplo, pasar lazos de zapatos por agujeros en un tablero. Sin embargo, no hay diferencias entre las competencias de niños con y sin audición en otras tareas viso-motoras. Otro hallazgo descrito en las investigaciones es que niños de 8-10 años, frente a tareas que requieren movimiento, tienden a realizar dicho movimiento más lentamente que niños con audición. Más investigación es necesaria para explicar estos resultados⁴¹⁶.

⁴¹⁴ *Ibidem* cit.

⁴¹⁵ LEWIS, Vicky. *Development and Handicap*. Oxford, New York, Basil, Blackwell, 1987, Oxford, pág. 60.

⁴¹⁶ *Ibidem*. cit., pág. 60.

4.2.2. Desarrollo Perceptual.

La hipótesis sobre compensación sensorial en sordomudos es inconclusa. No hay evidencia suficiente para postular que otros sentidos están más o menos desarrollados en niños sordomudos⁴¹⁷.

Si el niño sordomudo está menos atento a las cosas que pasan en su entorno, entonces es posible que su conocimiento del entorno sea inferior al de sus pares con audición. Esto puede ser examinado estudiando el desarrollo cognitivo de niños sordomudos.

4.2.3. Desarrollo Cognitivo.

El principal interés en el desarrollo de niños sordomudos se ha centrado en entender como éstos desarrollan su capacidad para pensar y comprender. Este interés está relacionado con la controversia en relación al rol del lenguaje en el desarrollo del pensamiento⁴¹⁸.

Dos posiciones extremas han sido sostenidas por WATSON y CHOMSKY. WATSON postula que “los procesos de pensamiento son realmente un hábito motor de la laringe”. En esta visión, el pensamiento y particularmente el pensamiento verbal, y el lenguaje hablado son lo mismo. En contraste a esta posición, CHOMSKY ha argumentado que el lenguaje está separado de la cognición y se desarrolla independiente de ésta. Por ello, ha propuesto que las estructuras lingüísticas existen en el cerebro desde el nacimiento y si el niño es expuesto al lenguaje, este se desarrollara⁴¹⁹.

Ambas son puntos de vista extremos y han atraído un gran número de detractores y críticos. Otros teóricos han propuesto que lenguaje y pensamiento están relacionados, pero hay desacuerdo en la manera como están relacionados, específicamente si el pensamiento determina el lenguaje (PIAGET) o el lenguaje determina el pensamiento (SAPIR). Entre estas

⁴¹⁷ LEWIS, V. *Development and Handicap...*op. cit., pág. 60.

⁴¹⁸ OGDEN, P. *The Silent Garden: Raising Your Deaf Child...*op. cit.

⁴¹⁹ *Ibidem.* cit.

posturas esta la visión de VYGOTSKY quien postula que lenguaje y pensamiento se influncian mutuamente^{420 421}.

PIAGET⁴²² argumenta que para que la inteligencia se desarrolle es necesario que el niño actúe en su medio ambiente y pueda darse cuenta de las consecuencias que sus acciones tienen en éste. A través de este proceso el niño construye una comprensión de su entorno que se reflejará en su inteligencia. El lenguaje del niño es dependiente, de acuerdo a PIAGET, de la estructura de su inteligencia. Por lo tanto, en la medida que se desarrolla el conocimiento y la cognición, el lenguaje del niño se desarrollará para reflejar los cambios de su comprensión del medio. Desde esta perspectiva, el lenguaje refleja al pensamiento, a pesar que PIAGET reconoce que la adquisición del lenguaje permite que el pensamiento estuviera separado de la acción.

VIGOTSKY propuso que lenguaje y pensamiento están inicialmente separados y se desarrollan en forma paralela hasta los 2 años de edad. En ese momento lenguaje y pensamiento comienzan a converger e influenciarse mutuamente, y esto resulta en que eventualmente el lenguaje puede ser utilizado para ayudar al pensamiento y el pensamiento puede verse reflejado a través del lenguaje. En otras palabras, la relación entre pensamiento y lenguaje va en ambas direcciones. Esta perspectiva es la que más ha influenciado la investigación en el área^{423 424}.

La hipótesis inicial era que el estudio de niños sordomudos proveería una forma de examinar la relación entre lenguaje y cognición. Si un sujeto es sordomudo, y se considera que el lenguaje es prerrequisito de la cognición, entonces la capacidad de un sordomudo para pensar y razonar debería estar seriamente afectada o incluso ausente. Por el contrario, si el lenguaje es dependiente de la cognición, entonces la capacidad del sordomudo para pensar y entender debería ser equivalente a la de una persona con audición. Estas hipótesis tiene valor sólo bajo la presunción que los sordomudos no tienen lenguaje. Sin embargo, ninguna de las posturas teóricas requiere que el lenguaje sea un lenguaje hablado. Cada vez más el lenguaje de signos, ya sea en su versión norteamericana (American Sign Language, ASL) o en su versión inglesa (British Sign Language, BSL) asumen un carácter de lenguas por

⁴²⁰ *Ibidem*. cit.

⁴²¹ SACKS, S. *Seeing Voices*...op. cit., pág. 61-62.

⁴²² PIAGET, Jean. "Piaget's Theory", en: MUSSEN (Ed.) *Handbook of Child Psychology*. New York, 1983.

⁴²³ LEWIS, V. *Development and Handicap*...op. cit., págs. 61-62.

⁴²⁴ SACKS, S. *Seeing Voices*...op. cit.

derecho propio. Estos lenguajes de signo son lenguajes de ocurrencia natural (espontánea), en el mismo sentido que lo es el francés o el inglés⁴²⁵.

Por ende, a pesar que una persona sordomuda pueda poseer un discurso oral ininteligible posee un lenguaje de signos de complejidad y sofisticación comparable a cualquier lenguaje hablado de ocurrencia natural. En este sentido, las personas sordomudas que se pueden comunicar a través del lenguaje de signos no pueden ser catalogadas como sujetos sin lengua. Debido a esta razón, los estudios relacionados al desarrollo intelectual en personas sordomudas han resultado ser insatisfactorios para examinar la naturaleza de la relación entre lenguaje y cognición⁴²⁶.

¿Cuán inteligente es el niño sordomudo? El Coeficiente Intelectual (CI) de niños sordomudos, medido a través de la Escala Manual del WISC (Wechsler's Intelligence Scale for Children), demuestran que estos poseen un nivel intelectual dentro de parámetros normales⁴²⁷.

Interesante es el hallazgo realizado por los estudios que demuestran que niños con alguna forma de sordera hereditaria tienden a tener un CI no verbal más alto que niños sordomudos por otras razones. Si se examina a niños con sordera congénita con ambos padres sordomudos, el CI será más alto que si ambos padres poseen audición. La explicación es que aquellos niños con padres sordomudos han estado expuestos al lenguaje de signos desde temprano. Niños sordomudos expuestos a un lenguaje de signos comienzan a producir signos 3 o 4 meses antes que lo que empiezan niños con audición a producir palabras. Es probable que esta exposición temprana a alguna forma de signos tenga una ventaja significativa para el desarrollo intelectual de los niños sordomudos⁴²⁸.

El sonido es claramente importante en el desarrollo del niño con audición. Sin embargo, los niños sordomudos con lenguaje de signos parecen saber casi tanto sobre los objetos y las personas como sus pares con audición, a pesar que su comprensión de estos objetos y personas pueda ser cualitativamente distinta. Esto sugiere que el sonido no es esencial y la capacidad de escuchar no es prerequisite de desarrollo cognitivo⁴²⁹.

⁴²⁵ *Ibidem*. cit., 1989, págs. 61-62.

⁴²⁶ *Ibidem*. cit., 1989, págs. 61-62.

⁴²⁷ MEADOW-ORLANS, Kathryn. *Deafness and Child Development*. Berkeley, 1980, págs. 77-82.

⁴²⁸ MEADOW-ORLANS, SPENCER y KOESTER. *The World of Deaf Infants: A Longitudinal Study*. Oxford, 2004, págs. 66-90.

⁴²⁹ *Ibidem*. cit., pág. 66-90.

¿Sucede lo mismo con el desarrollo cognitivo más tardío? En las tareas clásicas de conservación de PIAGET un niño es evaluado como conservador si es capaz de decir que dos montos son iguales (Ej. 1 kilo de plumas es igual a 1 kg. de piedras). Los resultados de los desempeños en niños sordomudos en dichas tareas indican un retraso en la edad que estos niños logran la conservación comparado con niños con audición. Sin embargo, existe desacuerdo sobre la magnitud de este retraso⁴³⁰.

Cuando el niño sordomudo llega a edad escolar es posible observar diferencias en sus capacidades si se compara con niños con audición. Esto parece deberse esencialmente a que limitaciones en lenguaje hablado que restringe la forma en que pueden internalizar su medio ambiente. El lenguaje permite al niño influenciar su ambiente y esto promueve su desarrollo. La falta de lenguaje puede generar retrasos cognitivos importantes, por eso la necesidad de que niños sordomudos adquieran un lenguaje a través del cual puedan compartir conocimiento e información con otros es esencial⁴³¹.

4.2.4. Desarrollo Moral.

No existe información disponible que abarque el tema del desarrollo moral en niños sordomudos. Las investigaciones existentes muestran que niños sordomudos tienen mayor riesgo de presentar problemas conductuales que niños sin discapacidad, pero esto no necesariamente está relacionado a su desarrollo moral. Además existe evidencia que demuestra que éstos niños presentan menos problemas conductuales si son sometidos tempranamente a un buen entrenamiento lingüístico y a un amplio vocabulario. Esto sugiere la posibilidad que si es posible comunicarle al niño el por qué de las conductas y por qué de las normas, éste logra internalizar normas sociales de conducta del mismo modo que sus pares sin discapacidad⁴³².

Muchos padres refieren tener severas dificultades para transmitirles a sus hijos sordomudos la diferencia entre lo correcto y lo incorrecto de diversas situaciones. Es difícil a su vez transmitirles precauciones cotidianas (por ejemplo, subir la voz para que el menor no cruce la calle sin mirar). Al entrevistar a madres de hijos sordomudos sólo un 7% refería

⁴³⁰ LEWIS, V. *Development and Handicap*...op. cit., págs. 61-62.

⁴³¹ *Ibidem*. cit., págs. 61-62.

⁴³² GREGORY, Susan. *Deaf Children and Their Families*. Cambridge University Press, Cambridge, 1995, págs. 71-79.

que lograban explicar suficiente para requerir sólo una amenaza verbal, 32% debían alzar sus manos en señal de golpe, 39% sentían que no lograban transmitir una amenaza verbal. Más difícil aún era el prometer una recompensa, lo que generaría un reforzamiento positivo y mayores posibilidades de extinguir una conducta indeseada. Esto sólo lo lograba un 5%⁴³³.

Para la mayor parte de los niños sordomudos es difícil comprender los sentimientos de otros, los roles sociales, las razones por las cuales las personas hacen ciertas cosas, las consecuencias de sus conductas y las reglas y acuerdos mutuos que permiten la vida en comunidad (parar en las luces rojas, llegar a tiempo a las citas, pagar antes de irse de un restaurante, hacer una fila para comprar un ticket en el cine, escuchar respetuosamente cuando alguien está hablando). Esto podría eventualmente significar que su desarrollo moral fuese un desafío más complejo o que lograran un desarrollo moral a un nivel solamente heterónimo (cumplen la regla pero sin entender muy bien por qué)⁴³⁴.

La responsabilidad de enseñar lo correcto y lo incorrecto y transmitir valores morales va a ser el rol principal de la familia y posiblemente será una de las tareas más compleja en el desarrollo de niños sin audición. Es esencial que los padres logren explicar no sólo la prescripción moral sino los razonamientos abstractos que están detrás (por qué no robamos, no sólo “no robarás”). Sin la posibilidad de una comunicación clara entre padres e hijos, temas relacionados con desarrollo moral serán confusos para niños sordomudos⁴³⁵.

DENMARK et. al.⁴³⁶ encontraron que más del 85% de los padres de adolescentes sordomudos describían haber tenido problemas conductuales con sus hijos desde la edad preescolar. Estos padres atribuían los problemas conductuales a la sordomudez de éstos. En edad escolar, más del 60% de los padres reportaba dificultades con la conducta de sus hijos, y más del 70% reportaba problema conductuales con sus hijos una vez que éstos abandonaban la escuela.

Esto es importante porque al parecer existe evidencia suficiente para sugerir una alta incidencia de trastornos conductuales en niños sordomudos⁴³⁷. Esta alta incidencia de problemas conductuales en niños sordomudos podría a su vez estar indicando una incidencia

⁴³³ *Ibidem.* cit., págs. 71-79.

⁴³⁴ OGDEN, P. *The Silent Garden: Raising Your Deaf Child...* op. cit., págs. 63 y ss.

⁴³⁵ *Ibidem.* cit., págs. 63 y ss.

⁴³⁶ DENMARK, J.C.; RODDA, M.; ABEL, R.A.; SKELTON, U.; ELDRIDGE, R. W.; WARREN, F.; y GODON, A. “A Word in Deaf Ears: A Study of Communication and Behaviour in a Sample of 75 Deaf Adolescents”. London, 1979.

⁴³⁷ *Ibidem.* cit., págs. 63 y ss.

mayor de conducta delictual en este grupo. Más investigación en el área es necesaria para poder obtener conclusiones más categóricas al respecto⁴³⁸.

Para un desarrollo saludable los niños sordomudos requieren una modalidad de comunicación que les permita comunicarse libremente con otros, familiaridad con el idioma hablado en su entorno (lectura), contacto con otras personas sordomudas (de su edad y mayores), sentido del humor relacionado con la sordomudez y amor incondicional de parte de los progenitores⁴³⁹.

4.2.5. Desarrollo Comunicacional.

¿Signos o Palabras? Se ha sugerido que los signos se adquieren más tempranamente que el lenguaje hablado porque los signos son derivaciones de los gestos, mientras que el lenguaje oral requiere que el niño cambie desde la gestualidad a la palabra. Aprender signos, al menos a edad temprana, parece más familiar estructuralmente que aprender palabras. Las diferencias aparecen porque ambos lenguajes involucran modalidades diferentes. Por ejemplo, dos palabras no pueden ser dichas al mismo tiempo, en cambio dos signos pueden ser producidos simultáneamente⁴⁴⁰.

La gran mayoría de niños sordomudos están expuestos inicialmente a lenguaje hablado únicamente. Son principalmente niños cuyos padres poseen audición y éstos poseen la esperanza que sus hijos podrán eventualmente comunicarse utilizando el lenguaje hablado. Además son padres que nunca han estado expuestos a lenguaje de signos⁴⁴¹.

Para el niño sordomudo la adquisición de palabras es muy laboriosa y usualmente sólo niños extremadamente inteligentes logran tener vocabularios de más de 200 palabras a la edad de 4-5 años. A esta misma edad el niño promedio sin problemas de audición tiene un vocabulario de aproximadamente 2000 palabras⁴⁴². MEADOWS-ORLANS et. al.⁴⁴³ descubrieron que tres cuartos de los niños sordomudos de 44 meses de edad poseían habilidades lingüísticas características de niños de 28 meses o menos.

⁴³⁸ *Ibidem.* cit., págs. 63 y ss.

⁴³⁹ *Ibidem.* cit., págs. 63 y ss.

⁴⁴⁰ LEWIS, H. *Development and Handicap...* op. cit., págs. 69-76.

⁴⁴¹ *Ibidem.* cit., págs. 69-76.

⁴⁴² *Ibidem.* cit., págs. 69-76.

⁴⁴³ MEADOWS-ORLANS, SPENCER y KOESTER. *The World of Deaf Infants: A Longitudinal Study...* op. cit., págs. 147-167.

La mayoría de niños sordomudos enfrentan dificultades considerables para adquirir lenguaje hablado y para comprenderlo. Existen investigaciones que demuestran que niños sordomudos de 8 a 12 años poseen menos comprensión del lenguaje hablado que niños con audición de 4 años. Los niños sordomudos también tienen dificultades para interpretar el significado de lo que escuchan. Por ejemplo, la instrucción “*dale un baño a la muñeca*” puede interpretarse literalmente como entregarle un baño a ésta⁴⁴⁴.

Finalmente, a las dificultades para producir y comprender el lenguaje hablado, se le suman las dificultades que deberán enfrentar los niños sordomudos en la adquisición de la lectura y escritura. De acuerdo a GREGORY⁴⁴⁵ más de 50% de los niños sordomudos que abandonan la escuela entre los 15-16 años poseen una capacidad lectora propia de niños de 7-8 años. Esto es una limitación importante para ellos. El adolescente sordomudo promedio posee una capacidad lectora propia de un niño de 9 años.

Un hallazgo central es la evidencia que los retrasos en el lenguaje en niños sordomudos han sido demostrados sólo en aquellos con padres con audición. Dichos retrasos no se observan en niños sordomudos con padres sordomudos. En general, éstos últimos están expuestos a lenguaje de signos desde el nacimiento y aprenden éste lenguaje a la misma edad o más temprano que niños con audición aprender a hablar. No hay nada inherente en la pérdida auditiva que limite el desarrollo del lenguaje. Más bien los retrasos en el lenguaje de niños sordomudos con padres con audición reflejan la exposición tardía de éstos a una modalidad lingüística que puedan procesar efectivamente. El objetivo principal en el desarrollo de un niño sordomudo es encontrar una modalidad de comunicación compartida entre padres e hijos⁴⁴⁶.

4.2.6. Desarrollo Social.

La sordomudez provee un medio para entender la importancia de poder escuchar para poder interactuar con otros. Ser sordomudo puede conducir a severas dificultades comunicacionales en la ausencia de un lenguaje de signos. Algunas de las dificultades que enfrentan los niños sordomudos es no poder girarse frente al sonido de una voz que intenta

⁴⁴⁴ BISHOP, J. y GREGORY, S. “Hearing Impairment”, en: *Handicapping Conditions in Children*. Gillham (Ed.) London, Routledge, 1986, págs. 29-48.

⁴⁴⁵ *Ibidem*. cit., págs. 29-48.

⁴⁴⁶ MEADOW-ORLANS, SPENCER y KOESTER. *The World of Deaf Infants: A Longitudinal Study...* op. cit., págs. 147-218.

establecer un acercamiento. Los retrasos en poder establecer una interacción y falta de capacidad para entender los turnos propios de las interacciones hacen que la creación de vínculos sociales sea especialmente desafiante. Esto trae como consecuencia que niños sordomudos desarrollen una dependencia aumentada en sus padres y esto genera dificultades en el desarrollo de su autonomía.

La sordomudez en la infancia afecta el modo en como los padres le hablan a su hijo. Una de las consecuencias más notorias es que padres de niños sordomudos hablan menos con sus hijos que padres de hijos con audición⁴⁴⁷. Otro hallazgo importante es que en hijos sordomudos, el número de interacciones entre éste y su madre decaía después que el menor cumplía 2 años, mientras que en niños con audición el número de interacciones aumentaba. Esto una vez más recalca la relevancia del lenguaje en el contacto social y emocional y alerta al tipo de vínculos que estos menores logran establecer con sus padres y como esto afecta su desarrollo⁴⁴⁸.

Los contenidos del discurso de los padres hacia sus hijos sordomudos es también diferente. GREGORY⁴⁴⁹ encontró que el discurso de los padres de niños sordomudos contiene más instrucciones relacionadas con lo que el niño debería hacer, mientras que el discurso de padres de niños con audición está más guiado por los contenidos que propone el propio menor. Los padres de niños sordomudos tienden a preguntarles menos a sus hijos sobre sus propias opiniones. Resultados semejantes describen MEADOW-ORLANS et. al.⁴⁵⁰ que entrevistaron a madres de niños sordomudos en edad preescolar. Estas madres eran más intrusivas con sus hijos y tendían a supervisar más lo que sus hijos hacían. Eran madres más restrictivas, y tendían más a utilizar el castigo físico como forma de disciplina.

El uso de castigo físico posiblemente se debe a que el niño sordomudo es incapaz de entender las reprimendas verbales de sus padres y esto probablemente genera mucha frustración tanto en padres como en hijos. MEADOW-ORLANS et. al.⁴⁵¹ también descubrieron, que comparados con niños con audición, los niños sordomudos tienden a ser menos felices y menos obedientes, pero igualmente curiosos sobre su entorno. Además describieron que niños sordomudos en edad escolar tienden a tener menos motivación de logro, menos locus

⁴⁴⁷ LEWIS, V. *Development and Handicap...* op. cit., págs. 77-81.

⁴⁴⁸ *Ibidem.* cit., págs. 77-81.

⁴⁴⁹ GREGORY, S. *Deaf Children and Their Families...* op. cit., págs. 156-170.

⁴⁵⁰ MEADOW-ORLANS, SPENCER y KOESTER. *The World of Deaf Infants: A Longitudinal Study...* op. cit., págs. 147-167.

⁴⁵¹ *Ibidem.* cit., págs. 57-67.

de control interno y tienden a ser más impulsivos. Con todos estos antecedentes no es de extrañar que los niños sordomudos presenten mayor incidencia de problemas conductuales.

El más reciente y extenso estudio longitudinal sobre desarrollo en niños sordomudos⁴⁵² es claro en indicar que las mejores duplas entre padres e hijos se producen cuando ambos poseen el mismo estatus auditivo (audición-audición; sordomudo-sordomudo), ya que estos padres han sabido acoplarse mejor a las necesidades de sus hijos⁴⁵³.

¿Puede lograr el niño sordomudo adaptarse exitosamente a su discapacidad? No existe una respuesta simple a esta pregunta. Existen estudios que indican que los niños sordomudos son socialmente y emocionalmente menos maduros que niños con audición. De todos modos existen diferencias entre los niños sordomudos. Por ejemplo, los hijos sordomudos de padres sordomudos presentan mejor adaptación. Presumiblemente esto favorece una actitud positiva de estos padres hacia la sordomudez de su hijo. Para el padre sordomudo que ya ha debido enfrentar y lidiar con la falta de audición tener un hijo sordomudo puede no ser vivido como algo desastroso, incluso muchas veces la discapacidad puede incluso ser esperada. Estos padres tienen una actitud más positiva hacia la sordomudez que padres que no han tenido experiencias previas con personas sordomudas. Los padres sordomudos tienden a utilizar lenguaje de signos desde temprano y por ende, tendrán un sistema de comunicación que podrán compartir con sus hijos. Para niños sordomudos con padres con audición el tipo de escolaridad será fundamental. Aquellos que asisten a escuelas diurnas presentan mejores niveles de adaptación que aquellos que están internados⁴⁵⁴.

4.2.7. Desarrollo Emocional.

Investigaciones demuestran que infantes sordomudos de 10 a 12 meses tienden a mirar más a sus madres que infantes sin problemas de audición y tienden a demostrar más ansiedad en situaciones desconocidas. Las madres con audición con hijos sordomudos son menos sensibles a las miradas de éstos hacia los objetos del entorno que madres sordomudas

⁴⁵² *Ibidem.* cit., págs. 1-267.

⁴⁵³ *Ibidem.* cit., págs. 1-267.

⁴⁵⁴ LEWIS, V. *Development and Handicap...* op. cit., págs. 77-81.

con hijos sordomudos. Además las primeras tienden a ser más directivas en sus interacciones en juegos con sus hijos⁴⁵⁵.

La gran mayoría de las madres con audición no tienen ninguna experiencia previa en sordomudez cuando reciben el diagnóstico de sus hijos y por ende, interpretan la sordomudez de éstos como una condición trágica. La reacción de los padres frente a la sordomudez de un hijo condiciona el desarrollo de éste. Muchas veces esta reacción incluye shock, duelo, depresión, culpa y pesar crónico. Es posiblemente el estrés relacionado al diagnóstico de sordomudez en un hijo el que genera que estas madres sean menos sensibles a las necesidades de éstos⁴⁵⁶.

En qué medida la falta de un apego seguro interferirá el desarrollo de éstos menores está mediatizado por otras variables como por ejemplo la competencia comunicacional. Estudios demuestran que niños sordomudos en edad escolar con falta de habilidades comunicacionales tendían a tener apegos inseguros, y aquellos con habilidades comunicacionales eficientes tendían a desarrollar apegos seguros⁴⁵⁷.

Madres con audición interpretan características de sus hijos tales como actividad motora repetitiva o esquivar la mirada del otro, como reflejo de que estos son “niños difíciles”. Sin embargo, estas conductas también podrían ser interpretadas como indicadores de respuestas de ansiedad frente a situaciones estresantes. De este modo, más bien podrían ser señales para los cuidadores indicando el deseo de poder controlar los niveles de estimulación del ambiente. Estas dos conductas son repetidamente indicadas por las madres como ejemplos de que sus hijos son hiperactivos o de temperamento difícil. Es por esto de gran importancia que los padres reciban apoyo para aprender a entender las comunicaciones de sus hijos⁴⁵⁸.

El apego entre madres e hijos se ha transformado en uno de los indicadores más importantes para predecir desarrollo actual y futuro. Aquellos menores que poseían un apego seguro hacía sus cuidadores desarrollaban habilidades sociales positivas y mejor ajuste psicológico que aquellos con apego inseguro. Uno de los principales predictores de resultados positivos en el desarrollo del menor es la capacidad de la madre de responder a

⁴⁵⁵ MEADOW-ORLANDS, SPENCER y KOESTER. *The World of Deaf Infants: A Longitudinal Study...*op. cit., págs. 7-8.

⁴⁵⁶ *Ibidem.* cit., pág. 18.

⁴⁵⁷ *Ibidem.* cit., pág. 19.

⁴⁵⁸ *Ibidem.* cit., pág. 64.

las necesidades de éste, ser flexible y acomodarse al ritmo de su hijo. Una madre que se siente cómoda y confiada en su rol es más capaz de responder a su hijo de un modo sensible y apropiado⁴⁵⁹.

4.2.8. Síntesis de Desarrollo por Edades en el Niño Sordomudo.

a) Neonato Sordomudo (Nacimiento a Seis Meses).

- Principales desarrollos motores tempranos (sentarse, pararse y caminar) → capacidad conservada
- Confianza básica → se requieren padres que provean un apoyo comprensivo y que sean capaces de actuar en el entorno del hijo de acuerdo a sus necesidades especiales
- Contacto visual y sonrisa → capacidad conservada
- Balbuceo → capacidad conservada

b) Infante Sordomudo (Seis Meses a Dos Años).

- Movilidad → capacidad conservada
- Destrezas motoras finas → capacidad conservada
- Comunicación → es el área que presenta mayores desafíos, el uso de signos desde temprano es predictor de mejores resultados
- Interacciones sociales → dificultad para comprender como funcionan las relaciones sociales
- Base para el conocimiento → complejo desafío dada la falta de un lenguaje si existe un lenguaje (hablado o signos) se posibilita la comunicación, que es lo central para el conocimiento

c) Preescolar Sordomudo (Dos a Cinco Años).

- Mejoramiento de las habilidades motoras → capacidad conservada

⁴⁵⁹ *Ibidem.* cit., pág. 218.

- Aprendizaje de capacidades lúdicas → interacciones sociales son más limitadas debido a la fallas en la posibilidad de comunicación

- Baño e higiene → capacidad conservada

- Interacción con pares y figuras de autoridad → motivar la comprensión de conductas sociales apropiadas y promover el juego con pares que permitan mejorar sus habilidades sociales

- Expansión de vocabulario → posible en la medida que hay una rápida introducción de un sistema comunicacional alternativo (signos)

- Aumento en la capacidad de tomar decisiones

d) Escolar Sordomudo (Seis a Doce Años).

- Interacciones sociales → Logra exhibir conductas sociales apropiadas

- Desarrollo cognitivo → Demuestra capacidad de toma de decisiones

- Desarrollo cognitivo → Maneja creciente capacidad para pensamiento más complejo, área que se desarrollo con más dificultades

- Desarrollo cognitivo y social → El sistema educacional será central para niños que provienen de hogares con padres con audición

- Desarrolla habilidades deportivas y artísticas, desarrolla hobbies

e) Adolescente Sordomudo (Doce a Diecinueve Años).

- Ajuste de la auto-imagen → buen auto cuidado y estar en forma físicamente permitirán el desarrollo de seguridad en sí mismo

- Desarrollar identidad sexual → información acuciosa y auto conocimiento promoverán el desarrollo de una buen identidad sexual

- Manejo de las relaciones con pares → habilidad para iniciar una conversación y una apariencia aceptable pueden complementarse con áreas especiales de interés (computadora, deportes u otros)

- Preparación para la vida independiente → Manejo de técnicas que permitan asumir tareas cotidianas, manejo de dineros y movilidad que promueva la independencia
- Uno de los principales problemas es la incidencia aumentada en este grupo de trastornos conductuales

4.3. Conclusiones.

El sonido es esencial en varios aspectos del desarrollo. El niño sordomudo parece comprender sobre personas y objetos y es capaz de manipular símbolos desde una edad temprana como queda graficado en su uso de signos y en la capacidad de participar en juegos simulados (juegos “como si”). Los niños sordomudos son capaces de desarrollar habilidades suficientes para razonar simbólicamente en la ausencia de sonidos. El sonido no es necesario para el desarrollo cognitivo en las primeras etapas, pero en la medida que el niño crece el sonido se hace cada vez más relevante para la comprensión e internalización del entorno. Si el medio ambiente en que el niño sordomudo se desenvuelve le es transmitido por medio del lenguaje hablado, el niño sordomudo sin un medio alternativo de comunicación se verá en tremendas desventajas. Proveer un medio alternativo de comunicación por ende es esencial. Si esto sucede existen rutas alternativas de desarrollo que permitirán que el menor adquiera los principales logros del desarrollo humano normal⁴⁶⁰.

5. El desarrollo en niños ciegos.

5.1. Introducción.

Uno de los relatos más detallados y relevantes en relación al desarrollo de niños ciegos es el de SELMA FRAIBERG⁴⁶¹ en su clásico libro “*Insights from the Blind*” (1977). Fue ella la primera autora en estudiar el tema en detención y su conclusión principal es que la ceguera por sí misma no es un factor que predispone a un desarrollo anormal. Son factores relacionados a la estimulación emocional y los incentivos para el desarrollo los que predisponen a niños con discapacidad visual para un crecimiento normal. Lo que limitará de manera drástica el desarrollo de un niño ciego es que a la falta de visión se le sumen

⁴⁶⁰ LEWIS, V. *Development and Handicap...* op. cit., pág. 180.

⁴⁶¹ FRAIBERG, Selma. *Insights from the Blind*. London, 1977, págs. 8 y ss.

deprivación de estímulos afectivos en los primeros años de vida. Sin embargo, aún poseyendo un ambiente rico en estímulos afectivos los niños ciegos enfrentan desafíos enormes en su desarrollo, especialmente en el período sensorio-motriz (0-2 años). FRAIBERG⁴⁶² describe desarrollos más lentos en la capacidad de aprehender (agarrar) objetos y en la locomoción y posibles riesgos en el desarrollo de un apego seguro con la madre, en el desarrollo de un sentido de sí mismo, en el desarrollo de funciones cognitivas y ejecutivas, en la regulación de impulsos y en la capacidad para formar vínculos afectivos perdurables. Todos estos aspectos pueden verse en riesgo si la estimulación y el apoyo emocional externo no es suficientemente bueno⁴⁶³.

VALERIE SINASON⁴⁶⁴ en su libro de la clásica serie de la Clínica Tavistock “*Understanding Your Handicapped Child*” plantea que los niños ciegos sin otras discapacidades se desarrollan de la misma manera que otros niños. Pero agrega que algunas rutas diferentes pueden observarse y que éstos menores pueden presentar procesos de desarrollo más lentos que sus pares sin discapacidad. Ejemplos de esto es que mientras el neonato con visión disfruta alcanzando juguetes a los 5 meses, teniendo ojos que pueden coordinarse con sus manos, el neonato ciego necesitará desarrollar una coordinación oído-mano a través de un período más largo de tiempo. Además el neonato ciego experimentará más ansiedad cuando la madre esté ausente, ya que no puede retener una imagen visual de ésta en su mente que le ayude en momentos de ausencia. Cuando comienza a caminar el infante ciego se caerá más frecuentemente y aprenderá con mayor esfuerzo y dolor, a través del duro proceso de ensayo-error, sobre las inclemencias de paredes y muebles. El neonato ciego desarrollará lenguaje como cualquier otro niño pero en un comienzo sólo TENDRÁ vocabulario para las cosas que están cercanas a él. En síntesis, SINASON⁴⁶⁵ y otros⁴⁶⁶ plantean que el niño ciego deberá enfrentar más desafíos que el niño con visión y las tareas normales del desarrollo serán logradas en períodos de tiempo más prolongados que sus pares sin discapacidad.

ALLAN DODDS⁴⁶⁷ y M. CAY HOLBROOK⁴⁶⁸ explican como el desafío para padres de niños ciegos es muy superior que para padres de niños sin discapacidad. La literatura

⁴⁶² *Ibidem*. cit., págs. 271 y ss.

⁴⁶³ *Ibidem*. cit., págs. 8 y ss.

⁴⁶⁴ SINASON, V. *Understanding your Handicapped Child...* op. cit., págs. 48-53.

⁴⁶⁵ *Ibidem*. cit., págs. 48-53.

⁴⁶⁶ WARREN, D. *Blindness and Children. An Individual Differences Approach...* op. cit., págs. 333 y ss.

⁴⁶⁷ DODDS, Alan. “Visual Handicap”. En: *Handicapping Conditions in Children*. Gillham. Ed., London, Routledge, 1986, págs. 49-60.

psicológica ha descrito como la atracción de madres hacia sus hijos se desarrolla básicamente a través de la mirada, de sonrisas de los neonatos a sus madres. Estas conductas promueven que la madre mantenga un contacto cercano con su hijo y hace que la difícil tarea de la maternidad se transforme en algo satisfactorio y gratificante. En el caso del niño que nació sin visión, estos precursores tempranos que promueven el apego estarán ausentes y esto puede generar consecuencias nefastas para el posterior desarrollo del niño. Uno de los aspectos esenciales y más complejos en el desarrollo de niños ciegos es lograr mantener el apego entre madre-hijo ya que muchas veces éstos infantes parecen ensimismados en su mundo y no podrán proveer a sus madres con miradas y sonrisas. Si el apego esencial entre madre-hijo no se desarrolla de manera óptima esto traerá consecuencia permanentes en el desarrollo del niño y posiblemente en la salud mental del futuro adulto⁴⁶⁹.

FRAIBERG⁴⁷⁰ describió como la madre debe ser apoyada para que aprenda a reconocer como su hijo responde a su presencia de maneras sutiles y únicas. Acá la importancia de un terapeuta familiar que actué como intermediario experto para promover la adecuada interacción madre-hijo y promover un apego sano es fundamental. Los niños ciegos muchas veces pueden parecer autistas, y por eso, es fundamental aprender a entender sus señales de comunicación y su inmensa necesidad de apego hacia sus cuidadores.

Dado que en el niño ciego el repertorio de conductas instintivamente interpretadas por los padres como signos de apego son más restringidas, las señales sutiles que el menor genera para relacionarse con sus padres deben ser reforzadas para ayudar a éstos a desarrollar un vínculo estrecho con su hijo. Uno de los riesgos es que los padres terminen rechazando a su hijo porque se sienten rechazados. Por ejemplo, la cara de un neonato ciego generalmente parece pasiva y desinteresada, incluso cuando la madre está haciendo esfuerzos por interactuar con él. Sin embargo, un observador experto será capaz de darse cuenta que las manos de éste están respondiendo animadamente a la voz materna. En síntesis, la aceptación de los padres de las limitaciones de su hijo será muchas veces el primero obstáculo a sobrepasar^{471 472}.

Desde una perspectiva emocional es importante que la madre de un niño ciego pueda aceptar que el desarrollo de éste será distinto al de un hijo con visión. Ciertas conductas

⁴⁶⁸ HOLBROOK. *Children with Visual Impairments: A Parent's Guide...*op. cit.

⁴⁶⁹ BOWLBY, John. *The Making and Breaking of Affectional Bonds*. Tavistock Publications, London, 1979.

⁴⁷⁰ FRAIBERG, S. *Insights from the Blind...*op. cit., págs. 113-146.

⁴⁷¹ *Ibidem*. cit., págs. 113-146.

⁴⁷² DODDS, A. "Visual Handicap"...op. cit., págs. 49-60.

locomotoras aparecen más tarde, y otras, como el gateo, pueden nunca ocurrir. El desarrollo del lenguaje puede también aparecer retrasado y los niños ciegos parecen en un comienzo repetir palabras sin lograr utilizar el lenguaje de manera creativa. Algunas conductas típicas en niños ciegos pueden resultar en fijaciones que posteriormente serán difíciles de erradicar. Dentro de éstas las más complejas son conductas que se asemejan a conductas de niños autistas, como por ejemplo, mecerse, golpearse la cabeza o empujarse los ojos con los dedos. Una vez que estas conductas se establecen pueden ser difíciles de erradicar y pueden transformarse en una barrera para la educación y para el proceso de socialización⁴⁷³.

Todos estos aspectos que pueden eventualmente complicar el desarrollo del niño ciego serán revisados a continuación. Se describirá el desarrollo por áreas y las consecuencias que tiene en cada una de estas áreas la falta de visión.

5.2. Desarrollo por Áreas.

Esta sección revisará desarrollo motor, perceptual, cognitivo, moral, comunicacional, social y emocional en niños ciegos.

5.2.1. Desarrollo Motor.

Durante los primeros 2 a 3 meses el desarrollo motor en neonatos ciegos es adecuado, posiblemente porque gran parte de las actividades se basan en actividad refleja. Los problemas comienzan entre los 4 a 6 meses, cuando la falta de percepción visual reduce la motivación del menor para alcanzar y agarrar los objetos de su entorno o para desplazarse en éste. Esto reduce las oportunidades de ejercitar y fortalecer su musculatura. En consecuencia, es central que los juguetes de éstos tengan formas, texturas y sonidos interesantes que los hagan atractivos para éste y que sean fáciles de localizar⁴⁷⁴.

Sin duda, el neonato sin visión aprenderá mucho de su medio ambiente a través de tocar y sentir, pero será más lento en sus intentos por extender sus manos hacia su entorno. Esta diferencia es importante porque grafica claramente el rol de la visión en el desarrollo

⁴⁷³ WARREN, D. *Blindness and Children. An Individual Differences Approach...*op. cit., págs. 55-61.

⁴⁷⁴ QUINN, P. *Understanding Disability: A Lifespan Approach...*op. cit., págs. 9-31.

normal de la capacidad para activamente extender las manos y alcanzar objetos que están en el entorno⁴⁷⁵.

El infante con discapacidad visual posiblemente no extenderá sus manos para alcanzar un objeto hasta que tenga 10-11 meses. Esto contrasta con el neonato con visión que empieza a extender sus manos para alcanzar objetos alrededor de los 5 meses. Obviamente, los menores con visión pueden ver los objetos en su entorno, y esto actúa como un poderoso incentivo. Si bien, el infante ciego podrá escuchar el sonido de un cascabel, este sonido posiblemente será discontinuo y por ende, es muy poco probable que el infante ciego experimente el cascabel como un objeto continuo y permanente, con un lugar físico en el espacio. Para que el infante ciego alcance objetos tiene que saber que hay algo afuera para alcanzar y que el sonido que escucha tiene una fuente que está a una distancia alcanzable. Este descubrimiento es más fácil para el infante con visión que continúa viendo el objeto aunque éste no haga sonido⁴⁷⁶.

¿Cómo logra entonces el infante ciego darse cuenta que los sonidos tienen una ubicación y una fuente? Probablemente sólo descubrirá esto en la medida que desarrolle la capacidad de alcanzar objetos. Sorprendentes son los hallazgos que demuestran que infantes con visión puestos en habitaciones oscuras tampoco extienden sus brazos para alcanzar objetos que producen ruidos hasta la misma edad en que lo hacen sus pares ciegos (10-11 meses)⁴⁷⁷.

Para poder alcanzar objetos el infante ciego debe aventurarse a un espacio del que no sabe nada. Cuando el infante con visión ve los colores luminosos de un juguete moverá sus manos y piernas y, eventualmente, hará contacto por casualidad con el objeto. Cuando un infante ciego escucha el sonido de un cascabel posiblemente se quedará en silencio y quieto, no porque no le interese sino porque está escuchando. El problema para el infante ciego es que el sonido no le dice que hay un objeto tangible por descubrir. Es sólo por experiencia que aprendemos que los sonidos habitualmente provienen de algo tangible. Las consecuencias en este retraso es que la movilidad tiende a retrasarse y la capacidad del bebé de entender su entorno se ve comprometida⁴⁷⁸.

⁴⁷⁵ LEWIS, V. *Development and Handicap...* op. cit., págs. 32-33.

⁴⁷⁶ *Ibidem.* cit., págs. 32-33.

⁴⁷⁷ *Ibidem.* cit., págs. 32-33.

⁴⁷⁸ *Ibidem.* cit., págs. 32-33.

WARREN⁴⁷⁹ plantea que es difícil sintetizar los resultados de los estudios en relación a las conductas de extender y alcanzar porque existen muchas contradicciones en la literatura. Particularmente para la capacidad de alcanzar objetos hay cierta consistencia que los niños ciegos presentarían un desarrollo retrasado. Sin embargo, esta no es una conclusión certera debido al número limitado de infantes estudiados y a la diversidad de las muestras. Además existen contrapropuestas que postulan que los patrones de circunstancias ambientales pueden gatillar una conducta de alcance más temprana, por ende, cabe preguntarse cuales serían las normas si circunstancias ambientales más favorables fuesen proveídas para los niños ciegos.

El infante ciego presenta retrasos en distintos aspectos del desarrollo motor. Por ejemplo, en darse vueltas, levantarse con sus brazos cuando está boca abajo, sentarse, levantarse a una posición eréctil y caminar. Sin embargo, no presenta problemas en la capacidad para sentarse o caminar cuando alguien toma sus manos, y pararse por sí solo si alguien lo ayuda. La diferencia entre estos dos grupos de actividades es que las primeras son auto-iniciadas, mientras que en las segundas existe un apoyo externo y sólo requieren mantenimiento de una posición que ya se ha logrado. Son los movimientos que requieren iniciativa propia los que parecen retrasarse en el infante ciego, y esto posiblemente porque para estos movimientos la visión es muy importante y sin ésta, los menores se sienten inseguros⁴⁸⁰.

Los niños ciegos comienzan a caminar en promedio entre los 15 – 21 meses, en promedio cinco meses más tarde que sus pares con visión (niños sin discapacidad caminan alrededor de los 10-14 meses). Una vez que logran caminar podrán fortalecer sus habilidades para alcanzar objetos por medio de claves sonoras: en la medida que vayan hacia el sonido se darán cuenta que se hace más fuerte. Esto reforzará la idea que los sonidos tienen una fuente⁴⁸¹.

5.2.2. Conductas Estereotipadas o Manierismos.

Los niños ciegos muchas veces se vuelcan hacia si mismos o hacia sus propios cuerpos para la estimulación que no reciben del exterior. Esto es posiblemente el inicio de lo

⁴⁷⁹ WARREN, D. *Blindness and Children. An Individual Differences Approach...* op. cit., pág. 39.

⁴⁸⁰ LEWIS, V. *Development and Handicap...* op. cit., págs. 32-33.

⁴⁸¹ FRAIBERG, S. *Insights from the Blind...* op. cit., págs. 198-220.

que se conoce como “*ceguerismos*”, que pueden persistir durante toda la niñez e incluso perdurar hasta la adultez. Estas conductas incluyen presionarse los ojos con los dedos, mecerse hacia adelante y hacia atrás, darse vueltas en círculo, y mover la cabeza hacia la luz. Son formas de aumentar el nivel general de estimulación sensorial en la ausencia de estimulación externa. Desafortunadamente, en la medida que el menor está absorto en estas conductas no puede experimentar el mundo externo. Por ende, los *ceguerismos* tienen el potencial de transformarse en un obstáculo para el desarrollo del niño⁴⁸².

El término “*ceguerismos*” es poco preciso ya que no son conductas únicas de niños ciegos. Niños autistas e incluso niños sin aparentes dificultades pueden presentar conductas estereotipadas o manierismos. Tanto en niños ciegos como en niños con visión, situaciones estresantes pueden generar una regresión a patrones de conductas estereotipadas debido a que son conductas familiares que generalmente tienen un efecto tranquilizador⁴⁸³.

5.2.3. Desarrollo Perceptual.

Existe la creencia general que las personas ciegas poseen una agudeza aumentada del resto de sus sentidos, a esto se le llama teoría de la compensación sensorio motriz⁴⁸⁴. Esto es un mito. Hay evidencia consistente que sugiere que niños ciegos más bien rinden peor en tareas táctiles y auditivas, a pesar que esta inferioridad disminuye en la medida que crecen y se desarrollan. Una de las principales funciones de la visión es poder integrar distintas modalidades sensoriales y entender los estímulos perceptuales que recibimos. El niño con visión puede ver cómo sus manos manipulan un objeto, puede sentirlo y escuchar además el sonido que hace cuando lo mueve. Será más difícil para un niño ciego integrar estas distintas experiencias y, por ende, sus dificultades serán en tareas que requieren mayor integración sensorial. En la medida que el niño ciego crece puede hacerse más experto en el mundo perceptual y darle sentido, pero sin visión que lo ayude, este proceso tomará más tiempo. En algún momento comenzará a utilizar más eficientemente sus otros sentidos, lo que podría dar la impresión de que éstos son más agudos. Efectivamente una de las principales tareas del niño ciego es hacer uso eficiente de sus sentidos intactos para recoger la mayor cantidad

⁴⁸² WARREN, D. *Blindness and Children. An Individual Differences Approach...* op. cit., págs. 55-61.

⁴⁸³ *Ibidem.* cit., págs. 55-61.

⁴⁸⁴ *Ibidem.* cit., pág. 29.

posible de información que generalmente otros recogen a través de la visión; sin embargo, como se ha mencionado anteriormente no existe una compensación sensorio-motriz ⁴⁸⁵.

5.2.4. Desarrollo Cognitivo.

Las dificultades en el desarrollo motor y perceptual podrían afectar eventualmente el desarrollo cognitivo del niño ciego. El retraso en alcanzar objetos, el retraso para iniciar movimientos, el desarrollo de conductas auto-estimulantes (ceguerismos) y un uso menos eficiente de los restantes sentidos pueden tener consecuencias en el desarrollo de la cognición. Principalmente porque estas conductas y desarrollos tardíos limitan las oportunidades del niño ciego para experimentar su ambiente y hacer sentido de éste ⁴⁸⁶.

LOWENFELD ⁴⁸⁷ describió tres restricciones generales que pueden afectar el desarrollo cognitivo en niños ciegos. La primera es el rango y variedad de experiencias disponibles para niños sin visión. Estas serán limitadas porque los sentidos no afectados serán incapaces de brindar las experiencias directas que brinda la visión. Esto tendrá como consecuencia una limitación en las oportunidades de contactos sociales. Y finalmente, el niño ciego no podrá tener el mismo control sobre su ambiente y sobre sí mismo que el niño con visión.

¿Cuán inteligente son los niños ciegos? KOLK ⁴⁸⁸ revisó un número importante de estudios relacionados con la inteligencia en niños ciegos y concluyó que, en general, el CI (Coeficiente Intelectual) promedio no difería significativamente entre niños ciegos y niños con visión. TILMAN ⁴⁸⁹ utilizando la escala verbal del WISC encontró cifras de un CI promedio de 92 para 110 niños ciegos de entre 7-13 años comparado con un CI promedio de 96.5 para un grupo pareado de niños con visión. Este autor pesquisó que las mayores diferencias se encontraban en las tareas de comprensión. Estas requieren que el niño sea capaz de darse cuenta de similitudes. La explicación de TILMAN es que los niños ciegos fallan en integrar distintas cosas que aprenden, por ende, distinto ítems de información se

⁴⁸⁵ LEWIS, V. *Development and Handicap...* op. cit., pág. 37.

⁴⁸⁶ *Ibidem.* cit., págs. 38-46.

⁴⁸⁷ LOWENFELD, B. "Effects of Blindness on the Cognitive Functions of Children". En: *Nervous Child*. N° 7, 1948, págs. 45-54.

⁴⁸⁸ KOLK, Van Der "Intelligence Testing for Visually Impaired Persons". En: *Journal of Visual Impairment and Blindness*. N° 71, 1977, págs. 158-163.

⁴⁸⁹ TILMAN, Murray. "Intelligence scales for the Blind: A Review with Implications for Research". En: *Journal of School Psychology*. N° 11, 1973, págs. 80-87.

mantienen con marcos de referencia diferentes. En tareas que requieren relacionar estos distintos aspectos tienen mayores dificultades.

¿Qué entiende el niño ciego sobre los objetos? Los niños ciegos alcanzan objetos más tarde que los niños con visión, y son más lentos para comenzar a moverse. Gran parte de su experiencia con objetos será a través de tocar cosas; y el tacto, a diferencia de la visión, no puede ser utilizado para pesquisar un objeto. Por lo tanto, la experiencia del infante ciego con cada uno de los objetos que entra en contacto será secuencial y mucho más lenta que la experiencia visual del infante no ciego. Será más complejo para el primero comprender los objetos en su totalidad⁴⁹⁰.

La información auditiva es muy distinta de la información visual. A diferencia de la visión, que es continua, los sonidos son generalmente intermitentes. Esto significará que comprender la continuidad del objeto será difícil (entender que el objeto sigue ahí a pesar que no hace ruido)⁴⁹¹.

Tener una concepción madura de objeto significa que el niño debe poder tener una representación mental del objeto en su ausencia. FRAIBERG⁴⁹² descubrió que los niños ciegos no pueden hacer esto hasta los 3-5 años. Su postulado es que este retraso está basado en que el niño deja de buscar algo cuando no encuentra lo que busca. Como resultado, el niño ciego deduce que los objetos dejan de existir cuando no puede encontrarlos. Esta creencia hace que el desarrollo de una concepción madura de objeto sea más difícil.

Por otro lado, los niños ciegos tienden a involucrarse menos en juegos constructivos y de manipulación, presumiblemente porque no pueden ver lo que están haciendo. Además, los niños ciegos posiblemente tienen impresiones distintas de los objetos que los niños con visión. Las imágenes de los objetos son más difíciles de construir para niños ciegos⁴⁹³.

Gran parte del juego en niños ciegos es repetitivo. Una posible hipótesis es que estos niños están intentando organizar sus experiencias y que éstas estarían vinculadas a la cualidad del juego. El lenguaje va a ser fundamental para permitir el desarrollo de la fantasía⁴⁹⁴.

⁴⁹⁰ LEWIS, V. *Development and Handicap...* op. cit., págs. 38-46.

⁴⁹¹ *Ibidem.* cit., pág. 62.

⁴⁹² FRAIBERG, S. *Insights from the Blind...* op. cit., pág. 64.

⁴⁹³ LEWIS, V. *Development and Handicap...* op. cit., págs. 38-46.

⁴⁹⁴ FRAIBERG, S. *Insights from the Blind...* op. cit., págs. 248-270.

La comprensión de los objetos que posee el niño ciego es necesariamente diferente a la del niño con visión y, en muchos casos, ésta será diferente incluso en la adultez.

El objeto principal que el niño ciego experimentará en sus primeros meses de vida serán personas. No podrá mirar a su alrededor y hasta que no comience a explorar objetos con sus manos, su principal contacto con el mundo externo será el sonido de quienes lo cuidan, tocan, acarician y juegan con él. Los niños ciegos juegan menos con juguetes porque están más interesados en las personas. Desde fines del primer mes de vida los bebés ciegos comienzan a sonreír selectivamente cuando escuchan la voz de sus padres⁴⁹⁵. Sus manos comienzan a moverse activamente entre los 5-8 meses y disfrutan poder tocar la cara de éstos. Entre los 7 y 15 meses muestran reacciones diferenciadas entre personas familiares y no-familiares, esta edad es similar a la del infante no ciego. El infante ciego demora más en su reacción cuando los padres desaparecen. Hasta que no logra comprender que sus padres son permanentes, aún cuando no pueda escucharlos o sentirlos, el infante no protestará cuando éstos no están. El infante ciego demora más en comprender que las cosas continúan existiendo a pesar que no puede escucharlas o sentir las⁴⁹⁶.

Los niños ciegos tienden a aferrarse a rutinas y experiencias familiares. Esto se hace notorio alrededor del segundo año de vida. Por razones obvias, las rutinas conocidas les permiten sentirse más seguros porque son capaces de predecir lo que pasará.

¿Qué entiende el infante ciego sobre cantidad? De acuerdo a PIAGET⁴⁹⁷ no es hasta la etapa del desarrollo de las operaciones concretas (6-11 años) que los niños son capaces de utilizar apropiadamente conceptos como números, volumen, peso, masa, clasificación y seriación. Al respecto, dicho autor postuló que es necesario que el niño tenga la posibilidad de manipular y actuar en su medio para lograr este desarrollo. En este sentido, el niño ciego tiene mucho menos posibilidades de experimentar su entorno y es menos probable que se involucre en este tipo de juegos, ya que son altamente dependientes de componentes visuales. Si este tipo de experiencias son prerrequisito para desarrollar un pensamiento concreto, el niño ciego presentará retrasos en esta área. Efectivamente, estudios en este campo han dado cuenta de dichos retrasos^{498 499}. HATWELL⁵⁰⁰ encontró que los niños ciegos

⁴⁹⁵ *Ibidem*. cit., págs. 248-270.

⁴⁹⁶ *Ibidem*. cit., págs. 248-270.

⁴⁹⁷ PIAGET, J. *Piaget's Theory*. 1983.

⁴⁹⁸ LEWIS, V. *Development and Handicap...* op. cit., págs. 38-46.

⁴⁹⁹ WARREN, D. *Blindness and Children. An Individual Differences Approach...* op. cit., pág. 131-204.

⁵⁰⁰ HATWELL, Yvette. *Privation Sensorielle et Intelligence*. Presses Universitaires de France, Paris. 1966.

demostraban conservación de masa a los 10 años y de peso a los 12 años aproximadamente, comparado con 7 y 8 respectivamente en niños con visión. En tareas donde los niños debían seriar ítems verbalmente, los niños ciegos rendían igual que niños con visión. Sin embargo, PIAGET ha argumentado que esta habilidad verbal es insuficiente para compensar los déficits sensorio motores de los niños con discapacidad visual. Los estudios realizados apoyan la postura piagetiana en cuanto a la importancia de la experimentación activa para lograr inteligencia operatoria. Cuando esta capacidad para experimentar activamente el medio está limitada, la consecuencia serán retrasos en la adquisición de las operaciones concretas del pensamiento.

En síntesis, a pesar que los niños ciegos experimentan retrasos en ciertos aspectos de su desarrollo intelectual, estos retrasos parecen ser limitados para la gran mayoría. Los niños ciegos están privados de muchas experiencias sensorio motoras típicas de los primeros dos años pero el desarrollo del lenguaje va a significar un enorme cambio en la capacidad de comprender el mundo que lo rodea.

5.2.5. Desarrollo Moral.

PIAGET⁵⁰¹ y KOHLBERG⁵⁰² han desarrollado las dos principales teorías psicológicas en relación al desarrollo moral. Son teorías que poseen más semejanzas que diferencias; postulan que el desarrollo moral es un proceso progresivo que depende del progreso de destrezas cognitivas. Es decir, en la medida que la capacidad cognitiva de un niño va madurando, esto permite el desarrollo de una capacidad para razonar moralmente más sofisticada. Ambas teorías postulan además que las interacciones sociales del menor con sus pares son cruciales para el desarrollo de la capacidad de cooperación en la que descansar cualquier sentido de valor moral.

STEPHENS & SIMPKINS⁵⁰³ (1974) evaluaron juicio moral y conducta moral en niños ciegos entre 6 y 18 años. Juicio moral fue evaluado a través de una serie de situaciones hipotéticas. Conducta moral fue evaluada a través de la conducta de los menores en situaciones estructuradas. Por ejemplo, si los menores tomaban dulces de un plato mientras

⁵⁰¹ PIAGET, J. *The Moral Development of the Child*. New York. 1948.

⁵⁰² KOHLBERG, Lawrence. *The Philosophy of Moral Development*. Harper & Row Pub. New York. 1981.

⁵⁰³ STEPHENS y SIMPKINS. "The reasoning, moral judgement, and moral conduct of the congeniality blind (Report No. H23-3197)". En: *Office of Education, Bureau of Education for the Handicapped*. 1974.

no eran supervisados o tomaban sin autorización monedas que el experimentador “accidentalmente” botaba antes de dejar la sala. El hallazgo principal del estudio es que no existen diferencias relevantes en juicio moral y en conducta moral de niños ciegos y niños con visión.

De acuerdo a PIAGET el razonamiento moral requiere de la preexistencia de un pensamiento concreto operacional y la posibilidad de interacción social con pares que le permitan al menor comprender la necesidad de reciprocidad moral para un funcionamiento social efectivo. MARKOULIS⁵⁰⁴ plantea que las interacciones sociales de menores ciegos imponen un desarrollo más lento de esta reciprocidad y por ende, de la adquisición de razonamiento moral. En un estudio realizado por el autor, los menores con discapacidad visual avanzaban desde un razonamiento moral heterónomo (incapacidad para ajustar la evaluación de la trasgresión al contexto; por ejemplo, el mismo castigo debe ser impuesto a un menor que rompe un juguete intencionalmente que a uno que lo hace de manera accidental) hacia un razonamiento moral autónomo (donde se toman en consideración la intencionalidad y las circunstancias). Sin embargo, este progreso ocurría en menores con discapacidad visual de manera más tardía que en niños con visión. Un hallazgo importante de este estudio es que cuestiona la hipótesis a la base de que operaciones concretas son prerequisite para el razonamiento moral. Más bien parece ser que el desarrollo moral está directamente asociado a la calidad y magnitud de las experiencias sociales de los menores y no al desarrollo de operaciones concretas del pensamiento⁵⁰⁵.

WARREN⁵⁰⁶ plantea que los estudios en relación al desarrollo moral de niños ciegos son aún muy preliminares y los resultados de éstos deben ser interpretados con cautela. Los precursores que promueven la emergencia del razonamiento y la conducta moral en niños ciegos requieren aún de más estudio y desarrollo.

5.2.6. Problemas Conductuales.

No hay evidencia en relación a que niños ciegos presenten más problemas conductuales que niños sin discapacidad visual. Los estudios suelen encontrar que en

⁵⁰⁴ MARKOULIS, Diomides. “Moral and cognitive reasoning features in congenitally blind children: Comparison with the sighted”. En: *British Journal of Developmental Psychology*. N° 6. 1988, págs. 59-69.

⁵⁰⁵ WARREN, D. *Blindness and Children. An Individual Differences Approach...* op. cit., pág. 282.

⁵⁰⁶ *Ibidem*. cit., págs. 282-283.

general niños con CI (Coeficiente Intelectual) más bajo, con o sin discapacidad visual, presentaban más problemas conductuales que sus pares. Pérdida visual, género, nivel socioeconómico o edad no daban figuraban como factores significativos en la incidencia de problemas conductuales. El nivel de adaptación para niños ciegos y no ciegos está determinado por recursos cognitivos, variables genéticas y demandas ambientales. Los problemas conductuales que pueda presentar un niño ciego están altamente asociados a variables situacionales y no a la ceguera en sí. Los problemas conductuales suelen ocurrir en niños ciegos con más bajo CI⁵⁰⁷.

5.2.7. Desarrollo Comunicacional.

¿Cómo se comunican los niños ciegos con sus padres antes de la adquisición del lenguaje? Sin lugar a dudas la ceguera genera una barrera comunicacional entre madre e hijo que impone a ambos demandas extraordinarias en la capacidad adaptativa de la díada. La falta de contacto visual puede provocar que los padres se sientan rechazados y se alejen de sus hijos. Si esto sucede y persiste la comunicación madre-hijo se verá inevitablemente afectada y esto traerá consecuencias en el desarrollo de ese niño. Para algunos padres será difícil hablar con sus hijos ciegos, pueden no saber de que hablarles o pueden reaccionar al diagnóstico dejando de hablarles del todo. Obviamente hablarle a un hijo ciego es de vital importancia porque será su principal mecanismo para internalizar el mundo circundante y una retirada por parte de los padres será nefasta para el menor⁵⁰⁸.

Los padres de hijos con visión tienden a concentrar los temas de conversación en experiencias compartidas. La modalidad visual tiende a predominar (“*mira ese perrito*”). En niños ciegos será otro el tipo de experiencias a las que tendrá acceso y en ellas deberá basarse la comunicación. El niño ciego posiblemente permanecerá inmóvil frente al sonido de un avión y si los padres están alertas a esta respuesta de atención de su hijo, serán capaces de incorporarla en la conversación. Así podrán conversar sobre experiencias comunes. A su

⁵⁰⁷ *Ibidem.* cit., págs. 245-283.

⁵⁰⁸ LEWIS, V. *Development and Handicap...*op. cit., págs. 47-54.

vez, el niño ciego deberá confiar en cómo sus padres lo tocan o en el tono de voz que utilizan para entender sus estados emocionales (enojo, agrado, interés, etc.)⁵⁰⁹.

Un niño con discapacidad visual no será capaz de leer expresiones faciales y gestos que habitualmente utilizamos para evaluar claves comunicacionales, por lo tanto, debe aprender otras claves. Además deberá aprender qué son los gestos e intentar utilizarlos en concordancia con las circunstancias⁵¹⁰.

Muchas de estas dificultades de comunicación tienden a ser zanjadas cuando el infante comienza a hablar. El lenguaje será fundamental para descubrir lo que pasa en su entorno, preguntar dudas sobre el medio, y finalmente facilitará enormemente la comunicación entre el menor y sus padres⁵¹¹.

El aprendizaje del lenguaje para el niño ciego será una etapa fundamental en su desarrollo y claramente marcará un cambio radical. Pero el aprendizaje en si mismo tampoco será un proceso fácil. El niño ciego no conduce la atención de los padres hacia eventos del medio ambiente. Escucha ruidos, siente texturas y huele olores, pero no invitará a sus papás a comentar sobre éstos a través de la mirada, como sí lo hace un niño con visión cuando busca el contacto visual con sus padres al ver algo en el ambiente que llama su atención. El niño ciego tampoco pedirá objetos que están fuera de su alcance hasta que no logre entender que éstos son constantes y que tiene una ubicación espacial permanente. Para un niño ciego darse cuenta que un sonido o un olor indican la presencia de un objeto y que puede pedirlo (por ejemplo, el olor de una flor, indica que hay una flor y que puede pedirla) es más complejo y tomará más tiempo⁵¹².

¿De qué manera difieren el lenguaje del niño ciego al lenguaje del niño con visión? Hay una variación importante en el patrón que sigue el desarrollo del lenguaje en niños ciegos y en niños con visión. Esto refleja diferencias en el proceso de adquisición del lenguaje. Los primeros contenidos del vocabulario tienden a ser semejante para ambos, sin embargo, hay diferencias en el modo cómo utilizan el vocabulario. Los niños ciegos pueden no utilizar estas primeras palabras para comunicarse sino más bien utilizarlas en su propio

⁵⁰⁹ *Ibidem.* cit., pág. 47-54.

⁵¹⁰ HOLBROOK, M. *Children with Visual Impairments: A Parent's Guide...* op. cit., pág. 51.

⁵¹¹ LEWIS, V. *Development and Handicap...* op. cit., págs. 47-54.

⁵¹² *Ibidem.* cit., págs. 47-54.

juego o en directa imitación. Hablar parece ser casi una actividad en sí misma, no necesariamente una vía de comunicación⁵¹³.

Los niños ciegos utilizan las palabras para acompañar lo que están haciendo o como imitación directa de sus padres. A diferencia de los niños con visión, no comentan sobre los objetos, eventos o las acciones de otros. Utilizan el lenguaje para cosas de las que ya saben, esto no es distinto a los niños con visión, la diferencia es que las cosas que ya saben son muy distintas para los dos grupos. El vocabulario de los niños ciegos crece lentamente. Los niños ciegos son más lentos para usar el lenguaje para pedir objetos, o para preguntar sobre los objetos, y este paso es posiblemente uno de los hitos fundamentales en el desarrollo del lenguaje. Una vez que logran entender que el lenguaje puede brindarles cosas, que tiene un propósito y puede ser útil, el vocabulario se expande rápidamente⁵¹⁴.

Otra diferencia en relación al niño con visión, es que el niño ciego tiende a comentar sus propias actividades más que las actividades de otras personas. Probablemente no utilizará el lenguaje en una primera instancia para iniciar interacciones. Tienden a acumular frases hechas y a repetir lo que escuchan, a esto se le llama “ecolalia”. En muchos sentidos esta imitación vocal es paralela a lo que está haciendo el niño con visión: éste ve algo y lo repite, el niño sin visión escucha algo y lo repite⁵¹⁵.

Muchos niños ciegos tienen dificultades para utilizar y entender pronombres, como “Yo” y “Tú”. Muchas veces el niño ciego se referirá a sí mismo como “Tú”. Por ejemplo, la madre le dirá “¿Tú quieres una galleta?” y él responderá “Tú quiere una galleta”⁵¹⁶.

Las diferencias entre el lenguaje del niño ciego y el lenguaje del niño con visión reflejan cómo el primero ha confiado en experiencias otorgadas por fuentes sensoriales que no son la visual. De todas maneras, hay una inmensa variación entre niños ciegos en cómo adquieren el lenguaje. Uno de los factores que parece ser especialmente crítico es la capacidad que tienen los padres para comprender como su hijo experimenta el entorno, y en que medida logran ellos hacer su lenguaje relevante y pertinente a esta experiencia⁵¹⁷.

⁵¹³ BURLINGHAM, D. “To be Blind in a Sighted World”. En : *Psychoanalytic Study of the Child*. N° 34. 1979, págs. 5-30.

⁵¹⁴ WILLS, D. “Early Speech Development in Blind Children”. En: *Psychoanalytic Study of the Child*. N° 25. 1978, págs. 461-480.

⁵¹⁵ QUINN, P. *Understanding Disability: A Lifespan Approach...* op. cit., págs. 32-53.

⁵¹⁶ *Ibidem*. cit., págs. 32-53.

⁵¹⁷ *Ibidem*. cit., págs. 32-53.

¿Cómo lee un niño ciego? Es mucho más complejo leer BRAILLE que impresión normal, e incluso personas bastante experimentadas en BRAILLE logran leer a una velocidad promedio que es la mitad que la velocidad que logra una persona normal en leer texto impreso⁵¹⁸. En un estudio, WILLIAMS⁵¹⁹ comprobó que un grupo de 30 ciegos de 16 años lograba un promedio de 103 palabras por minuto leyendo BRAILLE. Sólo tres lograban velocidades por sobre las 150 palabras por minuto. En comparación, 21 de 30 sujetos de la misma edad con visión normal lograban velocidades de 250 palabras por minuto. Leer BRAILLE es más demandante y por ende, niños ciegos lograrán leer a edades más tardías.

5.2.8. Desarrollo Social.

¿Cómo afecta la falta de visión la interacción con otros? Uno de los elementos claves para iniciar y mantener interacciones es que los sujetos involucrados se miren los unos a los otros y mantengan contacto visual. Muchos intercambios sociales están regulados por medio de dirigir y quitar la mirada. Muchos intercambios dependen de las expresiones faciales que vemos en el otro, por ejemplo, sonrisas, bostezos, risas o fruncir el ceño. De estas claves deducimos aspectos de la atención, interés y comprensión del otro en lo que estamos transmitiendo. Cuando interactuamos con un infante no tenemos claves verbales que nos ayuden, por ende, las claves visuales son de extrema importancia⁵²⁰.

¿Qué pasa cuando no es posible lograr contacto visual con un niño? Esto puede ser especialmente estresante y frustrante para los padres. Los niños ciegos sonrían, pero al sonido de la voz de los padres o al juego corporal. Y de todos modos, la sonrisa tiende a ser breve y más difícil de evocar que en los niños con visión. Las caras de los niños ciegos dicen poco; generalmente son sin expresión. La falta de expresión tiende a verse reflejada en las caras de sus cuidadores y puede tener el efecto de que éstos se alejen del menor. Los niños ciegos muestran interés de otras maneras, por ejemplo a través de sus manos. Sus manos son su medio de expresión. Es fundamental que los padres comprendan esto para que no se aislen de sus hijos⁵²¹.

⁵¹⁸ LEWIS, V. *Development and Handicap...* op. cit., págs. 47-54.

⁵¹⁹ WILLIAMS, E. "Braille Reading". En: *The Teacher of the Blind*. N° 59, 1971, págs. 103-116.

⁵²⁰ LEWIS, V. *Development and Handicap...* op. cit., págs. 55-59.

⁵²¹ FRAIBERG, S. *Insights from the Blind...* op. cit., págs. 100-101.

Los infantes ciegos tomarán mucho menos la iniciativa de comenzar interacciones que sus pares con visión durante el primer año de vida. Durante este período aún no han logrado darse cuenta que hay alguien con quien interactuar a menos que lo toquen o que puedan escuchar a dicha persona. La interacción con un infante ciego es muy distinta a la interacción con un infante con visión. La falta de contacto visual y expresión facial, y una comprensión restringida de su entorno, contribuye a que éste parezca menos interesado en comunicarse. Esta falta de interés es más aparente que real⁵²².

Algunos niños con discapacidad visual, como apuntábamos antes, desarrollan manierismos que pueden generar incomodidad en otros, por ejemplo, presionarse los propios ojos, mecerse, aplaudir, etc. Si gastan demasiado tiempo y energía en estas actividades, pueden estar disminuyendo las oportunidades de involucrarse con el mundo externo. A veces estas acciones tienen como resultado que niños ciegos sean erróneamente etiquetados de “autistas”. Ajustar su entorno visual y desincentivar el uso de manierismos puede ayudar a que el menor actúe más apropiadamente y evitar que utilice gran parte de su energía en conductas poco adaptativas. Gran parte de los manierismos desaparecerán en la medida que el niño logre cierto sentido de manejo de su ambiente y logre una mejor adaptación⁵²³.

En la medida que se aproxima la adolescencia aparecen nuevos desafíos que suelen ser más complejos para niños ciegos que sus pares sin discapacidad. Durante la niñez han logrado internalizar que algunas personas son mujeres y otras hombres, pero posiblemente tenga una idea poco clara de lo que los distingue. La adolescencia y el desarrollo sexual, junto al tabú asociado a tocar a otras personas, harán que este sea un período de mucha confusión y ansiedad para los adolescentes sin visión. Además deben ajustarse a los cambios en su propio cuerpo y los consecuentes sentimientos que esto provoca⁵²⁴.

El conflicto entre dependencia e independencia puede ser particularmente complejo para niños ciegos. Tanto niños como adultos con discapacidad visual serán siempre más dependientes de otros que personas sin discapacidad. El manejo de esta dependencia es un desafío emocional permanente en sus vidas y en ocasiones deben someterse excesivamente a terceros debido a su inevitable dependencia de éstos⁵²⁵.

⁵²² LEWIS, V. *Development and Handicap...* op. cit., págs. 55-59.

⁵²³ HOLBROOK, M. *Children with Visual Impairments: A Parent's Guide...* op. cit., págs. 51 y ss.

⁵²⁴ QUINN, P. *Understanding Disability: A Lifespan Approach...* op. cit., págs. 106-134.

⁵²⁵ HOLBROOK, M. *Children with Visual Impairments: A Parent's Guide...* op. cit., págs. 363 y ss.

Algunos factores que parecen ser predictores de la capacidad del niño ciego para adaptarse y lograr un desarrollo armónico son: la capacidad de los padres de aceptar la discapacidad de su hijo, la capacidad de estar atentos a sus señales y poder leerlas y la confianza que tengan en sí mismos en su rol de padres. Otros factores como la inteligencia de los padres o el estatus social parecen ser relativamente poco importantes⁵²⁶.

5.2.9. Habilidades Sociales.

Estudios de niños en edad preescolar demuestran que los menores ciegos presentan más dificultades en las interacciones con sus pares, específicamente en la capacidad de mantener relaciones (las tres habilidades medidas fueron: iniciar interacciones con pares, mantener interacciones con pares y resolver conflictos de un modo no agresivo). Una posible hipótesis es que no logren mantener relaciones puede ser debido a falta de oportunidades para ello (sobreprotección parental). Al analizar sesiones de juego de niños en edad preescolar ciegos y con visión se han encontrado más similitudes que diferencias. Las diferencias que se han encontrado son: los niños ciegos son más pasivos en su participación en los juegos, necesitan más reforzamiento externo, tienden a demostrar menos sus afectos y tienden a buscar más el apoyo de figuras adultas (necesidad de seguridad)⁵²⁷.

5.2.10. Cognición Social.

Cognición social es la de acuerdo SELMAN & BYERNE⁵²⁸ los niños presentan un desarrollo progresivo desde una incapacidad total para asumir la perspectiva de otro en situaciones sociales, a una gradual comprensión de que distintas personas tienen distintas perspectivas y que una segunda persona puede ver las cosas de manera diferente. Esto luego evoluciona hacia una comprensión de relaciones de manera global, donde el niño es capaz de entender la perspectiva de una tercera persona frente a dos personas en interacción.

En estudios con niños ciegos la secuencia en el desarrollo de la cognición social es la misma pero ocurre de manera más lenta. La hipótesis de porque la progresión es más lenta

⁵²⁶ LEWIS, V. *Development and Handicap...* op. cit., págs. 55-59.

⁵²⁷ WARREN, D. *Blindness and Children. An Individual Differences Approach...* op. cit., págs. 245-283.

⁵²⁸ SELMAN, Robert y BYRNE, Diane. "A Structural-Developmental Analysis of Levels of Role Taking in Middle Childhood". En: *Child Development*. N° 45. 1974, págs. 803-806.

está relacionada a que la progresión también es más lenta en niños ciegos en términos de desarrollo cognitivo (definido a través de tareas piagetianas)⁵²⁹.

5.2.11. Locus de Control (LDC).

El término locus de control (LDC) es utilizado en psicología para describir la percepción que una persona posee de su propia capacidad para comandar los eventos que afectan su vida. LDC interno describe a personas que se ven a sí mismas como ejerciendo un control relevante sobre su propia vida y circunstancias y LDC externo describe a personas que perciben que son otros o situaciones ajenas a su control las que ejercen un control relevante sobre sus vidas. Esto representa un continuo y la psicología postula que personas con LDC interno suelen poseer un mayor bienestar psicológico y mejor salud mental⁵³⁰.

LDC es un tema interesante en persona con discapacidad visual. WARREN⁵³¹ postula que menores con discapacidad visual suelen tener dificultades para saber si están siendo escuchados o no, y por ende, muchas veces posiblemente pueden comenzar interacciones sociales que no son fuente de reciprocidad. Esto puede generar una dinámica donde los menores se sientan en falta de control de sus interacciones sociales y desarrollen un LDC externos. Esta será otras de las dificultades que estos menores tendrán que lidiar en su desarrollo.

5.2.12. Desarrollo Emocional.

Central para el desarrollo emocional será la posibilidad de establecer un apego seguro. Conductas como el llanto, la sonrisa y el aferrarse son claves para elicitación de la atención de los padres y generar apego. Ninguna de éstas requiere de la visión para su aparición; sin embargo, el rol de la visión en el desarrollo es importante. La respuesta de los padres no es sólo importante por sí misma, sino, además, es importante porque debe ser percibida por el infante.

⁵²⁹ WARREN, D. *Blindness and Children. An Individual Differences Approach...* op. cit., págs. 245-283.

⁵³⁰ *Ibidem.* cit., págs. 300-305.

⁵³¹ *Ibidem.* cit., págs. 300-305.

En la medida que el desarrollo de la capacidad de apego dependa de la construcción por parte del infante de un concepto integrado de padres, diferente a cualquier otra persona, existe un problema potencial para el menor sin visión. Su capacidad para integrar la información sobre la identidad de sus padres es a través de diversa información que recibe de ellos a través de vías auditivas, táctiles, u otras modalidades no visuales. Sin embargo, la visión es fundamental como elemento integrador de la información circundante. Lo anterior tiene como consecuencia que una serie de riesgos existan en el vínculo entre padres e hijos con discapacidad visual debido a las dificultades perceptuales que pueden afectar la calidad de la participación de los padres en interacciones socio-emocionales con su hijo. Esto puede verse reflejado en *la respuesta a los extraños* (normalmente se ve a los 6 meses, en niños ciegos pasa con voces extrañas entre los 7-15 meses) y *ansiedad de separación* (típicamente aparece en los segundos seis meses de vida junto al miedo a los extraños pero no aparece en niños ciegos antes de los 12 meses)⁵³².

No hay duda que el infante ciego está en riesgo de desarrollar un apego inadecuado. Sin embargo, los riesgos no son necesariamente consecuencia directa de su discapacidad visual. Pueden ser evitados en un ambiente social e interactivo en el cual las conductas de interacción del menor sean reforzadas y respondidas consistentemente.

5.2.13. Síntesis de Desarrollo por Edades en el Niño Ciego.

a) Neonato Ciego (Nacimiento a Seis Meses).

- Rodar de un lado a otro → ayuda será necesaria para iniciar movimiento
- Alcanzar → es una destreza compleja de aprender dada la falta de visión, requerirá ser motivado por ruido o voces
- Confianza básica → se requieren padres que provean un apoyo comprensivo y que sean capaces de actuar en el entorno de la criatura de acuerdo a sus necesidades especiales
- Contacto visual y sonrisa → se deberá utilizar las palabras y el tacto para reemplazar la mirada

⁵³² *Ibidem.* cit., págs. 209-224.

- Balbuceo → capacidad conservada

b) Infante Ciego (Seis Meses a Dos Años).

- Movilidad → ruidos y voces estimulan el gateo, se espera que camine alrededor de los 2 años

- Destrezas motoras finas → enhebrar cuerdas, apilar juguetes, comer por si solo

- Comunicación → buen vocabulario y ha logrado aprender el uso apropiado de algunos gestos y expresiones

- Interacciones sociales → canciones y juegos manuales fomentan la interacción

- Base para el conocimiento → tocar y manipular objetos de manera tal que logre aprender de estos y de sus características

c) Preescolar Ciego (Dos a Cinco Años).

- Mejoramiento de las habilidades motoras → clasifica y ordena bloques con textura

- Aprendizaje de capacidades lúdicas → puede jugar con pelotas que contengan campanitas o beepers

- Baño e higiene → igual que otros niños

- Interacción con pares y figuras de autoridad → motivar conductas sociales apropiadas y promover el juego con pares con visión que le permita mejorar sus habilidades sociales

- Expansión de vocabulario → igual que otros niños

- Aumento en la capacidad de tomar decisiones

d) Escolar Ciego (Seis a Doce Años).

- Interacciones sociales → Exhibe conductas sociales apropiadas

- Desarrollo cognitivo → Demuestra capacidad de toma de decisiones

- Desarrollo cognitivo → Maneja complejidad de pensamiento

- Desarrollo cognitivo y social → Se involucra en actividades educacionales
- Desarrolla habilidades deportivas y artísticas, desarrolla hobbies

e) Adolescente Ciego (Trece a Diecinueve Años).

- Ajuste de la auto-imagen → buen auto cuidado y estar en forma físicamente permitirán el desarrollo de seguridad en sí mismo
- Desarrollar identidad sexual → información acuciosa y auto conocimiento promoverán el desarrollo de una buen identidad sexual
- Manejo de las relaciones con pares → habilidad para iniciar una conversación y una apariencia aceptable pueden complementarse con áreas especiales de interés (computadora, deportes u otros)
- Preparación para la vida independiente → Manejo de técnicas que permitan asumir tareas cotidianas, manejo de dineros y movilidad que promueva la independencia.

6. Posición Personal.

Este trabajo ha revisado lo más relevante de los procesos de desarrollo en niños con discapacidad auditiva y visual. Uno de los objetivos principales era comprender cómo éstos internalizaban el medio circundante frente a la ausencia de un sentido. En consideración a lo ya expuesto, nuestras principales ideas sobre la Perspectiva Psicológica de la Sordomudez y la Ceguera son:

a) En síntesis, tanto el desarrollo para niños sordomudos o ciegos es mucho más complejo que el desarrollo normal. Sin embargo, ambos pueden lograr desarrollo normales en la medida que el contexto en que están insertos (familiar, escolar y social) sea altamente estimulante y esté finamente sincronizado a las necesidades de éstos menores. Esto dependerá en gran parte de la posibilidad de desarrollar un apego seguro con las figuras principales de cuidado. Cada vez más las investigaciones aluden al apego como uno de los predictores esenciales para evaluar desarrollo normal y ausencia de psicopatología.

b) Las principales dificultades para un niño ciego se encuentran entre los 0 y los 2 años y dicen relación con la capacidad de establecer un contacto con sus progenitores que

invite a la interacción con el menor (los infantes no videntes suelen verse como niños ensimismados que no están interesados en la interacción). Como ya hemos revisado anteriormente es esencial que los padres encuentren los modos sutiles en los que su hijo está clamando poder interactuar y apegarse a ellos. El desarrollo del lenguaje hará todos los otros posteriores desarrollos del infante ciego mucho más fáciles porque existirá un vehículo de comunicación que le permitirá al niño tener sentido de un mundo que hasta antes del lenguaje era percibido como bastante fragmentado. Finalmente, cabe señalar que no existe ninguna asociación entre ceguera y desarrollo moral menos sofisticado.

c) Las principales dificultades del niño sordomudo no son en la infancia temprana sino posterior a la adquisición del lenguaje, si éste se queda fuera de la posibilidad de adquirir una modalidad de comunicación efectiva con otros. Lo central en el desarrollo de niños sordomudos es encontrar canales alternativos de comunicación. El apego temprano está menos en riesgo pero, a diferencia de los niños ciegos, los padres de niños sordomudos reportan mucho más problema conductuales en sus hijos. Aparentemente la posibilidad de transmitir de manera profunda el sentido de conductas sociales es más complejo, especialmente si las interacciones sociales con pares están restringidas.

d) De la bibliografía consultada se desprende que hay una mayor incidencia de conductas delictivas en menores con discapacidad auditiva. Esto lleva a preguntarse si hay algo estructural en ellos que no les permite comprender las normas de manera profunda. La respuesta es negativa. Niños sordomudos son perfectamente capaces de entender normas sociales y su profundidad si poseen con el interlocutor que las transmite un lenguaje común a través del cual logran comunicación. Gran parte de las transgresiones conductuales de éstos menores parecen deberse a frustración porque fallan en comprender el medio y en la falta de buenos canales de comunicación.

e) Para concluir, lo más importante es nunca perder de vista que cada caso es único y distinto. La diversidad de niños ciegos y sordomudos es gigante y siempre se requiere de una evaluación individual del caso particular para ver como se ha llevado a cabo el proceso de desarrollo. Hoy por hoy existen diversas formas de apoyo a familias con hijos con discapacidad y esto probablemente generará a futuro que los logros de éstos menores sean muy semejantes con los de sus pares sin discapacidad.

f) La información bibliográfica consultada nos lleva a pensar que, la regla general de los casos de niños ciegos o sordomudos, su capacidad psicológica de desarrollo es lo

suficiente como para postular su imputabilidad. Excepcionalmente, si dicha disminución no ha sido tratada, podríamos configurar una causal de inimputabilidad. Es más factible pensar, dependiendo del delito y del protagonista, una posible atenuación de su responsabilidad.

A primera vista, quienes adhieren a una interpretación bio-psicológica del Art. 20. 3º CP., y por ello consideran que los casos que deberían ser subsumidos en la disposición, de ser graves, sólo son la sordomudez o ceguera, sin duda tienen a su favor la literalidad del texto y la historia de su establecimiento. No obstante, quienes postulan una interpretación socio-cultural del artículo se hacen cargo de la existencia de la diversidad cultural en la sociedad española inmersa en una época de globalización e integración, aunque, en todo caso, con el máximo respeto de la dignidad de la persona y de sus derechos, lo que constituye hoy, ayer y siempre un marco jurídico universal irrenunciable. Si bien, esta disposición legal puede ser un anticipo visionario de enfrentar y resolver los problemas, a nivel de culpabilidad, que se pueden generar por el multiculturalismo, creo que el legislador penal español debería, si esta es su finalidad, reformular la disposición en términos claros e inequívocos para evitar desintelencias en su interpretación y aplicación.

**CAPÍTULO TERCERO: EXIMENTE
INCOMPLETA Y ATENUANTE
ANALÓGICA**

I. LA ALTERACIÓN EN LA PERCEPCIÓN COMO EXIMIENTE INCOMPLETA.

Art. 21 CP. : “Son circunstancias atenuantes:

1ª. Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en los respectivos casos.”

1. Función y fundamento.

Al igual que cualquier atenuante, su función es permitir al tribunal la mejor y posible individualización de la pena y, de esta forma, alcanzar la debida proporcionalidad entre delito y pena⁵³³. La discusión surge cuando se trata de buscar el fundamento de las circunstancias atenuantes. En efecto, un sector dominante de la doctrina española sostiene que las atenuantes suponen la disminución del injusto⁵³⁴, de la culpabilidad⁵³⁵ o bien es algo

⁵³³ Así, SSTs de 22 de febrero de 1988 (RJ 1988/1143); de 13 de junio de 1990 (RJ 1990/4575); y de 31 de enero de 2000 (RJ 2000/596). De hecho, el nacimiento de la teoría general de las circunstancias modificativas queda vinculado a la proclamación del principio de igualdad como indiscutible valedor de la individualización de la pena. Cfr., QUINTERO OLIVARES, G. *Parte General del Derecho Penal...* op. cit. pág. 790; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. *Derecho Penal. PG...* op. cit. pág. 880; MARÍN de ESPINOZA CEBALLOS, E. en *Fundamentos de Derecho Penal. PG.* ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., (Director), Ed. Tirant lo Blanch, 4ª ed. pág. 442; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. “Presente y futuro de las circunstancias modificativas”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial: Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995, pág. 18. El mismo autor, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Valencia: Universidad de Valencia. Servicio de Publicaciones, 1988, págs. 7 a 34. ORTS BERENGUER, Enrique. *La atenuante de análoga significación*. Universidad de Valencia, Colección de Estudios, Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal, Valencia, 1978, págs. 28, 30 y 54. JORGE BARREIRO, Alberto, “La motivación en la individualización judicial de la pena”. En: *Problemas específicos en la aplicación del Código Penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 109. BUSTOS RAMÍREZ, Juan J./ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. II, Trotta, Madrid, 1999, pág. 396. MÁRQUEZ DE PRADO y NORIEGA, M.B. Dolores, “La atenuante por analogía: una situación incierta”. En *Poder Judicial*, núm. 33, 2. época, marzo, 1994, pág. 108.

⁵³⁴ CUELLO CONTRERAS, J. *El Derecho Penal español. PG. V.II.*, Ed. Dykinson, 2009, pág. 572; MIR PUIG, S. *Derecho Penal. PG.* 9ª ed. Reppertor, 2011, pág. 620; BUSTOS RAMÍREZ, J. /HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal...* op. cit., págs. 396 y 397; Díez RIPOLLÉS, José Luis. “La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal”. En: *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 120 y ss., especialmente, págs. 138 y 139, nota núm. 174. El mismo autor, “Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992”. En: *La Ley*, 30 de abril de 1993, núm. 3250, pág. 1.

⁵³⁵ CERESO MIR, J. *Curso de Derecho Penal español. PG...* op. cit., pág. 147; QUINTERO OLIVARES, G. *Parte General del Derecho Penal...* op. cit. pág.789; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. PG...* op. cit. pág. 484; BACIGALUPO, E. *Derecho Penal. PG...* op. cit. pág. 599; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención de la sanción penal*, Colex, Madrid, 1997, pág. 184; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. “El principio de culpabilidad en la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo”. En: *Colex, Estudios de Jurisprudencia*, año I, núm. 3, 1992, pág. 79, nota 27. La jurisprudencia más reciente -cfr., por ejemplo, STS de 29 de abril de 1999 (RJ 1999/2894)- hace referencia a este fundamento. Interpreta esta tendencia del TS, BORJA JIMÉNEZ, Emiliano.

mixto⁵³⁶. Por el contrario, hay quienes postulan que las atenuantes están desvinculadas del delito, son factores de medición de la pena constituidas por consideraciones de política criminal o de utilidad social⁵³⁷ que se sustentan en criterios de prevención general que no están condicionados por el injusto ni por la culpabilidad, serían criterios plenamente autónomos.

2. Configuración de la atenuante.

Como ya se ha dicho con detenimiento en apartados anteriores, la imputabilidad, para la postura dominante, está conformada por dos elementos: a) capacidad para discriminar lo lícito de lo ilícito y b) capacidad para auto-determinarse conforme a Derecho. Ahora bien, dependerá del grado de afectación de las mismas, la causal que se logre configurar. A juicio de la doctrina y jurisprudencia dominante, las causales de inimputabilidad que no alcancen a reunir en plenitud todos los requisitos para configurarse como eximente de responsabilidad penal, bien podrían configurar, de implicar un compromiso importante o serio, una eximente incompleta⁵³⁸ (Art. 20. 1º, 2º, y 3º CP en

Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 199.

⁵³⁶ ALONSO ALAMO, Mercedes. "Circunstancias del delito e inseguridad jurídica", en: *Cuadernos de Derecho Judicial: Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995, pág. 51. La misma autora, *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*, Valladolid: Facultad de Derecho, Secretariado de Publicaciones, 1981, págs. 342, 370 y 394. SALINERO ALONSO, Carmen. "Naturaleza jurídica, fundamento y comunicabilidad de las circunstancias modificativas" en: *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos (In memoriam)*, dirigido por ARROYO ZAPATERO, Luis e IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Luis A Vol. I, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Salamanca y de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, págs. 1304 y ss. La misma autora, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código penal*, Granada: Comares, 2000, págs. 64 a 86; ORTS BERENGUER, Enrique, *La atenuante...* op. cit., págs. 38, 39, 56 a 58; COBO DEL ROSAL, Manuel/ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho Penal. Parte General...* op. cit., pág. 880; CUELLO CONTRERAS, J. *El Derecho Penal español. V.II*, op. cit. pág. 572; También en SSTs de 12 de mayo de 1983 (RJ 1983/836); de 19 de abril de 1988 (RJ 1988/2806); de 20 de febrero de 1989 (RJ 1989/1157); de 12 de marzo de 1991 (RJ 1991/1453); de 31 de enero de 1995 (1995/432) y de 31 de enero de 2000 (RJ 2000/592).

⁵³⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, José L. "Presente y futuro de las circunstancias modificativas" ...op. cit., pág. 15.

⁵³⁸ Así lo han considerado entre otros muchos los autores citados en cita 534 y, además, BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I. y otros. *Curso de derecho penal...* op. cit., pág. 322; BORJA JIMÉNEZ, E, *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español...* op. cit., pág. 23; CARRASCO GÓMEZ, J. J. y MAZA MARTÍN, J. M. *Manual de psiquiatría legal y forense*. 3ª Ed., La Ley-Actualidad, 2005, pág. 334; CASTELLÓ NICÁS, N. "Art. 20. 1º Código Penal" ...op. cit., pág. 148; COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DIEZ, M. *Instituciones de Derecho Penal español...* op. cit., pág. 334; CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal español*, T. III, op. cit., pág. 103. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. *Código penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia*. 2ª Ed., BOSCH, Barcelona, 2004, pág. 110; CUELLO CONTRERAS, J. *El Derecho Penal español. P. G...* op. cit., pág. 1040; GARCÍA GARCÍA, L. *Marco jurídico de la enfermedad mental: incapacidad e internamiento*. Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 405; MAQUEDA ABREU, M.L. "Delitos de acción. La culpabilidad (II)". en *Derecho penal. P.G.*, de José M. ZUGALDÍA (Director), op. cit., pág. 647; MARTÍNEZ GALINDO. "Disminución de la responsabilidad penal por alteraciones psíquicas y toxicomanías". En: *La Ley* Nº 27, 2006, pág. 6; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. "La imputabilidad". En: *La Ley* (1996.1º), D-19,

relación con el Art. 21. 1 CP) y, en caso de una de menor entidad de la perturbación o alteración, aunque relevante, se podría apreciar una atenuante analógica expresamente contemplada por el legislador penal (Art. 21. 7ª CP). Lo decisivo es la intensidad de la perturbación sufrida por la inteligencia o la voluntad del sujeto: si es profunda o seria, se dará la eximente; si es una perturbación relevante, pero de menor entidad que la anterior, la eximente incompleta en la que el requisito que falta es aquella intensidad precisa para que haya una exención de la responsabilidad criminal⁵³⁹.

Además, para dicho sector doctrinario y jurisprudencial, es necesario hacer dos precisiones: a) la referencia que el legislador penal hace en el Art. 21. 1º a los ‘requisitos’ de las eximentes no significa que sólo pueden configurar una eximente incompleta aquellas estructuradas sobre la base de dos o más elementos o factores separados o independientes (requisitos); bien puede estructurarse una eximente incompleta por la parcial intensidad o compromiso de un estado o condición graduable⁵⁴⁰, y b) las eximentes incompletas exigen, para su configuración, que se encuentre presente el requisito fundamental; de no ser así, no se podrá considerar la atenuante⁵⁴¹.

Sobre la posibilidad de graduar la imputabilidad, la jurisprudencia ya se ha referido en numerosos pronunciamientos tales como la STS de 15 de diciembre de 1987 (RJ

1996, pág. 1615; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARAN, M. *Derecho Penal. P. G...* op. cit., pág. 504; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J. "La atenuación incompleta de la responsabilidad criminal". En: *Cuadernos de Derecho Judicial. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. nº VII. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pág. 105 y URRUELA MORA, A. *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica: la capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en psiquiatría y genética...* op. cit. pág. 178. Y en relación al anterior Código Penal, CÓRDOBA RODA, J. "Las eximentes incompletas en el Código Penal". Publicaciones del Instituto de Estudios Jurídicos. Oviedo. 1966, pág. 48 y RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A. *Derecho penal español...* op. cit., pág. 703; SÁINZ CANTERO, J. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* op. cit., pág. 658.

⁵³⁹ En STS de 16 de octubre de 1974 (RJ 1974/2468) (delirio querulante), STS de 13 de mayo de 1975 (RJ 1975/719) (débil mental), STS de 17 de octubre de 1978 (RJ 1978/3950) (neurosis), STS de 22 de enero de 1986 (RJ 1986/179) (paranoia), STS de 22 de enero de 1988 (RJ 1988/210) (esquizofrenia), STS de 28 de mayo de 1993 (RJ 1993/3452) (oligofrenia), STS de 20 de enero de 1993 (RJ 1993/10393) (epilepsia), STS de 20 de marzo de 1993 (RJ 1993/1801) (psicopatía), STS de 8 de febrero de 1995 (RJ 1995/11693) (neurosis depresiva). En igual sentido, STS de 28 de junio de 2013 (RJ 2013/3833); STS de 30 de mayo de 2013 (RJ 2013/2971); STS de 29 de mayo de 2013 (RJ 2013/2885); STS de 23 de mayo de 2013 (RJ 2013/2608), o STS de 08 de mayo de 2013 (RJ 2013/2415).

⁵⁴⁰ Por todos, MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General...* op. cit., pág. 504; CUELLO CONTRERAS, J./MAPELLI CAFFARENA, B., *Curso de Derecho Penal. PG*, Tecnos, 2011, pág. 206; GOYENA HUERTA, J., en Comentarios al Código Penal (Art. 21), LEX NOVA, 2010, pág. 177.

⁵⁴¹ En este sentido todos los autores indicados en la nota 534 y, además, CARRASCO GÓMEZ, J. J. y MAZA MARTÍN, J. M. *Manual de psiquiatría legal y forense...* op. cit., pág. 334; CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal español. Parte General. Teoría jurídica del delito...* op. cit., pág. 103; CARMONA SALGADO, C. en *Comentarios al Código Penal dirigidos por COBO DEL ROSAL*, en relación al Art. 20.3º, 1999, pág.301; ESCRIBUELA CHUMILLA, F. J., *Todo Penal*. La Ley, 2011, pág. 200; y MATEO AYALA, E. J. *La imputabilidad del enfermo psíquico: un estudio de la eximente de anomalía o alteración psíquica en el Código penal español*. Edersa, Madrid, 2003, pág. 149. En este sentido, STS de 08 de mayo de 2013 (RJ 2013/2415).

1987/9776) al estimar que los "supuestos legales de «enajenación» o «trastorno mental transitorio» se gradúan en el CP a efectos de la imputabilidad del sujeto o como una causa eximente (artículo 8. 1) o como una causa de atenuación privilegiada (artículo 9. ° 1) o como una causa de atenuación simple (la atenuante analógica del artículo 9, 10). En esta graduación, la jurisprudencia de esta Sala ha venido utilizando un criterio psicólogo-jurídico que destaca la situación mental del autor en el momento de cometer el delito, de manera que cuando la perturbación psíquica -permanente o pasajera- es «bastante» para eliminar totalmente la conciencia y la voluntad, base de la imputabilidad o culpabilidad - STS de 2 de noviembre de 1983 (RJ 1983/5445)- entonces es causa de exención de responsabilidad; cuando no es total y se manifiesta en una disminución de esas facultades intelectivas o volitivas, con una «indudable limitación para comprender la ilicitud del acto» - STS de 3 de mayo de 1983 (RJ 1983/2634)-, o «el conocimiento del alcance y trascendencia de sus actos» - STSS de 20 de mayo de 1958 (RJ 1958/1656) y 15 de abril de 1959 (RJ 1959/1321)- es causa de atenuación privilegiada; y cuando no concurren los presupuestos para apreciar las dos causas anteriores, como completa o incompleta, pero se aprecia una «menor intensidad en la imputabilidad» - STSS de 19 de abril de 1978 (RJ 1978/1469), de 10 de mayo de 1982 (RJ 1982/2660), de 27 de marzo de 1985 (RJ 1985/1083) y de 6 de julio de 1987 (RJ 1987/5173), «cuando la merma o disminución carecen de intensidad y de enjundia siendo puramente leves, tenues y de poca incidencia en la imputabilidad del agente», se aplica la atenuante analógica de eximente incompleta". En la STS de 27 de septiembre de 1996 (RJ 1996/6496) se establece que "la jurisprudencia de la Sala 2ª de este Tribunal viene de hace tiempo distinguiendo en la enajenación mental los distintos supuestos en relación con las valoraciones que hace como eximente plena, eximente incompleta y atenuante analógica, precisando que cuando se eliminan totalmente la conciencia y la voluntad, base de la imputabilidad, estamos ante una causa de exención; cuando aquella afección no es total sino que manifiesta una disminución o menoscabo de las facultades intelectivas y volitivas, con una indudable limitación para comprender la ilicitud del alcance y trascendencia de los actos o para controlarlos voluntariamente, entonces es causa de atenuación privilegiada como eximente incompleta, y cuando, por último, no concurren los presupuestos para apreciar una u otra de las dos causas anteriores, pero se detecta una todavía menor intensidad de la imputabilidad, o cuando la disminución carece de

intensidad siendo sus efectos leves o de menor incidencia en la imputabilidad del agente, se tomará en consideración como atenuante analógicas”⁵⁴².

Sobre la posibilidad de graduación de un trastorno psicológico, podemos citar como ejemplo lo que la jurisprudencia ha señalado en relación a la oligofrenia y un caso de sordomudez. La STS 25 de abril de 2002 (RJ 2002/2958) califica la oligofrenia como una perturbación de la personalidad del agente de carácter endógeno que supone una desarmonía entre el desarrollo físico y somático del sujeto y su desarrollo intelectual o psíquico, constituyendo un estado deficitario de la capacidad intelectual, que afecta al grado de imputabilidad. “Partiendo de las pautas psicométricas que ofrecen los resultados de los test de personalidad e inteligencia, se viene considerando que cuando la carencia intelectual es severa, de modo que el afectado tenga un coeficiente inferior al 25% de lo normal, la oligofrenia debe de calificarse de “profunda” y su consecuencia penal debe ser la apreciación de una eximente completa; cuando el coeficiente se sitúa entre el 25 y el 50% la oligofrenia puede calificarse como de mediana intensidad, correspondiéndole penalmente el tratamiento de una eximente incompleta. Y cuando el cociente intelectual se encuentra situado entre el 50 y el 70 por ciento, se califica de oligofrenia ligera o de mera debilidad o retraso mental, debiendo ser acreedora de una atenuante analógica, siendo por lo general plenamente imputables los afectados por una mera torpeza mental, con coeficientes situados por encima del 70%. Todo ello sin excesiva rigidez, dada la diversidad de orígenes y naturaleza de esta afectación”. En el caso de la sordomudez, en STS de 24 de febrero de 1999 (RJ 1270/1999), conociendo de un recurso de casación, se señalaba: “...es sordo de nacimiento, que le impide el habla, conoce el idioma de los signos, teniendo un aceptable conocimiento de la realidad que le rodea, y afectada por ello, siquiera levemente, su imputabilidad”. Como quiera que los jueces de la Audiencia apreciaron atenuante analógica, plantease ahora una cuestión de entidad cualitativa y cuantitativa sobre la base de la proporcionalidad. En otras palabras, se trata de hasta qué punto la situación anímica del acusado permitió determinar el grado de inimputabilidad, absoluta, grave o leve.

⁵⁴² Véanse también SSTS de 6 julio de 1987 (RJ 1987/5173), STS de 12 de mayo de 1989 (RJ 1989/4184), STS de 6 de junio de 1990 (RJ 1990/5146), STS de 6 de mayo de 1991 (RJ 1991/3547) y STS de 26 de mayo de 1995 (RJ 1995/3953). En igual sentido, STS de 28 de junio de 2013 (RJ 2013/3833); STS de 30 de mayo de 2013 (RJ 2013/2971); STS de 29 de mayo de 2013 (RJ 2013/2885); STS de 23 de mayo de 2013 (RJ 2013/2608), o STS de 08 de mayo de 2013 (RJ 2013/2415). Para MORALES PRATS, F., “...respecto a esta eximente (art. 21.1 en relación al art. 20.3 CP) no existe el peldaño legal intermedio entre la atenuación analógica y la eximente incompleta, pues no existe una atenuante equivalente a la de grave adicción” en Comentarios al Código Penal Español (Coordinador) Tomo I, 6ª ed. 2011, pág. 271.

Como he señalado, para poder aplicar la eximente incompleta es preciso que estén presentes o acreditados los hechos⁵⁴³ y los requisitos esenciales, lo que aplicado al supuesto que nos ocupa requiere la concurrencia obligada de una anomalía o alteración psíquica o de la percepción desde el nacimiento o infancia, sin la que no cabría apreciar ni la exención completa ni la incompleta y, para un sector de la doctrina, ni tan siquiera una atenuación analógica. Sobre dicha base, en STS de 25 de noviembre de 2004 (RJ 7681/2004) se establecía: “Es doctrina reiterada de esta Sala que las bases fácticas de las circunstancias atenuantes y eximentes debe esta tan acreditadas como el hecho mismo (STS 1474/98 de 25.11), por lo que corresponde a la defensa acreditar tales extremos (STS 19.12.2002)”. La graduación solo cabe predicarse, del efecto que dicho padecimiento produce en el sujeto, de tal forma que si la afectación de la imputabilidad es tal que le lleva a quedar incapacitado para comprender la ilicitud del hecho o para actuar conforme a dicha comprensión, se declarará su inimputabilidad. Si la afección no es plena, aunque, de entidad considerable, procederá conceder un privilegio atenuatorio cualificado a través de la exención incompleta. Así lo ha considerado el TS en STS (Sala 5º) de 28 de octubre de 1998 (RJ 1998/8707) al advertir que “en efecto, difícil resulta, en general, precisar la distinción entre la eximente incompleta, que puede concurrir cuando no se dan todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad por causa de anomalía o alteración psíquica, y la atenuante de análoga significación a dicha eximente incompleta que está recogida en el número sexto del mismo artículo 21 del Código Penal. No obstante, podemos establecer como doctrina comúnmente aceptada que para que se pueda apreciar la eximente incompleta es preciso que se den los requisitos esenciales de la eximente plena y que los que falten no sean fundamentales”⁵⁴⁴.

Como ya hemos señalado, la jurisprudencia penal del TS se ha abierto a la posibilidad de sustentar, respecto del Art. 20.3º CP, tanto una interpretación bio-psicológica como una socio-cultural-normativa. Ello explica que la Jurisprudencia de la Sala Segunda, posterior a la reforma de 1983, atinente al caso, no muy copiosa, ha seguido una línea de moderación en lo que concierne a fijar el alcance de la eximente que analizamos. Así, por ej., en STS de 06 de febrero de 2001 (RJ 2001/734) se señala: “La STS de 20/4/87, con cita

⁵⁴³ En igual sentido, STSJ MAD 157/2013 (se rechaza recurso de apelación al jurado por no aportar los hechos concretos en los que se fundamentaría la atenuante Art. 20.3 en relación con el Art. 21 CP); STS de 20 de septiembre de 1999 (RJ 1999/5629) (se rechaza recurso de casación porque la alegación de la atenuante del Art. 21.1º en relación con el Art. 20.3º fue hecha de manera confusa), o bien STS de 29 de junio de 1999 (RJ 1999/4619) (rechaza recurso de casación porque en el proceso no se discutió ni probó los hechos que fundamentarían la eximente o atenuante del Art. 20.3º CP).

⁵⁴⁴ STS de 19 de julio de 2004 (RJ 2004/6039) o STS de 08 de mayo de 2013 (RJ 2013/2415).

de la anterior de 14/3 del mismo año, sienta que la alteración en la percepción estará determinada, en la generalidad de los casos, por un defecto sensorial –sordomudez, ceguera- o por una anomalía cerebral susceptible de malinterpretar los datos suministrados por los sentidos, aunque no pueda descartarse por completo que la incomunicación y consecutiva falta de socialización sea efecto de ciertas y graves anomalías del carácter o de excepcionales circunstancias ambientales capaces de bloquear el proceso de integración del individuo en la sociedad”. En igual sentido, esta sentencia cita las de 9 de febrero de 1998 y la de 24 de febrero de 1999, que resume las anteriores y termina señalando que lo relevante es “centrar el problema de la imputabilidad que cabe atribuir y recaer sobre quien sufre, desde el nacimiento o desde la infancia, alteración de la percepción por tener gravemente alterada la conciencia de la realidad”.

Para ilustrar la exigencia de que debe concurrir el requisito fundamental de la eximente, podemos citar la Sentencia emitida por Audiencia Provincial de Huelva (Sección 19) (Sentencia núm. 33/2004 de 19 octubre de 2004) en que fallando un delito de lesiones, en que se alegaba por la defensa la sordomudez del acusado, razonaba en los siguientes términos:

Considerando: Cuarto.

“El informe emitido por la Médico Forense, constata la realidad de esta alteración en la percepción auditiva y cognitiva del acusado que la padece desde su nacimiento. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo desde la Sentencia de fecha 14-3-1987 en que se planteó, el dilema de si esta causa de inimputabilidad exigía una previa limitación física o biológica o era suficiente una limitación de la percepción de la realidad derivada de su contorno social desfavorable..., llegó a la conclusión de que la deficiencia sensorial, presupuesto biológico, resulta imprescindible, como elemento previo, pero requiere, a su vez, que ello origine en el individuo una alteración grave de la conciencia de la realidad. Y que a diferencia de la enajenación mental, lo relevante de esta circunstancia no es un defecto mental, sino una carencia de aptitudes críticas derivada de la incomunicación con el contorno social, sin que se hayan puesto en marcha los oportunos procedimientos correctores o rehabilitadores...La grave alteración de la conciencia de la realidad, en términos generales, no es sino profunda desfiguración interpuesta en el conocimiento reflexivo de las cosas, que equivale, en el contexto de esta eximente, a erróneo o

distorsionado conocimiento de los elementos de la cultura que reglan la interacción social: valores, normas y pautas de comportamiento vigentes”.

En esta oportunidad, la Audiencia estimó que cuando una persona sufre en su conciencia un déficit de esta naturaleza, con tal intensidad que, no habiéndole sido transmitido un marco de referencia ético-cultural, no ha llegado a ser, desde este trascendental punto de vista, un verdadero miembro del grupo social al que teóricamente pertenece, puede decirse que existe en él una grave alteración de la conciencia de la realidad. Ahora bien, para que la misma produzca su efecto típicamente exonerador, ha de tener su causa en una precoz situación de aislamiento que la norma define y caracteriza como alteración en la percepción y estará determinada en la generalidad de los casos de sordomudez, ceguera- o por una anomalía cerebral susceptible de malinterpretar los datos suministrados por los sentidos, aunque no pueda descartarse por completo que la incomunicación y consecutiva falta de socialización sean efecto de ciertas y graves anomalías del carácter o de excepcionales circunstancias ambientales capaces de bloquear el proceso de integración del individuo en la sociedad.

En relación al caso que juzga, la Audiencia señala: “En el caso que enjuicamos, estamos ante un sordomudo de nacimiento, que tiene, un coeficiente intelectual más bien bajo, como explicó en términos coloquiales la Sra. Médico Forense en el acto el Juicio Oral, que ha recibido escasa instrucción y que se ha desarrollado intelectual y socialmente en un ambiente cultural bajo. El aislamiento que padece el acusado por ese déficit sensorial, le provoca una grave alteración de la conciencia de la realidad que le hace susceptible de malinterpretar los datos suministrados por los demás sentidos y ello se hizo patente en la reacción del acusado frente al dueño de la finca cuando éste le recriminó la aprehensión de los limones y otros frutos, cuyos actos de violencia física resultan tan desproporcionados que evidencia la realidad de ese déficit de la percepción que por ello debe ser tenido en cuenta como eximente incompleta de su responsabilidad criminal de acuerdo con lo previsto en el art. 21. 1 en relación con el 20. 1 del Código Penal”.

En la práctica, la eximente incompleta sobre la base de supuestos de inimputabilidad, es de uso frecuente por parte de la jurisprudencia como lo demuestra la numerosa jurisprudencia al respecto. Para algunos autores, este profuso empleo de la exención incompleta en materia de trastornos mentales, se debe a que la misma es utilizada como “cajón de sastre” en el que se subsumen todos aquellos casos en los que no se conoce con

seguridad la afectación de la capacidad de culpabilidad del imputado, práctica que como denuncia CORDOBA RODA, implicaría la vulneración del *principio in dubio pro reo*⁵⁴⁵.

En el caso de la eximente incompleta de “alteraciones en la percepción” la entidad de los requisitos reunidos deben estar próximos o cercanos a la exención, aunque, la alteración de la conciencia de la realidad no alcanza a ser grave⁵⁴⁶; en caso contrario, sólo procedería estimar una atenuante por analogía⁵⁴⁷. Respecto a las alteraciones en la percepción la ley requiere, a juicio de la doctrina dominante, de un presupuesto bio-psicológico (o socio-cultural) y, además, que resulte afectada la conciencia de la realidad de manera relevante: si el efecto no es grave, habrá una eximente incompleta. En efecto, QUINTANO RIPOLLÉS era de opinión que procedía la eximente incompleta si la sordomudez sobrevenía en el período de “infancia relativa” (16 a 18 años), por analogía con la atenuante 3ª del Art. 9, entonces vigente⁵⁴⁸.

Si bien doctrinaria y conceptualmente es factible configurar, sobre la base del Art. 20.3º CP, la eximente incompleta, la jurisprudencia en la práctica, la ha considerado en un número muy reducido de casos y, de los conocidos, los beneficiados han sido *sordomudos de nacimiento, con escasa instrucción e inmersos en ambientes culturales bajos*. En general, su configuración ha dependido del grado de capacidad de conocimiento y valoración del ilícito por parte del sujeto, y por otra, del nivel de aprendizaje que hubiera recibido para conocer y valorar adecuadamente la ilicitud de su comportamiento.

No obstante, a nuestro juicio, el criterio restrictivo con el cual ha procedido la jurisprudencia exigiendo, preferentemente, una “deficiencia sensorial” (sordomudez), de alguna manera e indirectamente, está relegando la posibilidad de una “deficiencia de socialización-valorativa” olvidando que en STS de 14 de marzo de 1987 (RJ 1987/1838) se había planteado si dicha eximente requería de la previa existencia de una limitación física o biológica siempre y en todo caso o, si por el contrario, también podría acogerse a tal circunstancia quienes padecen la alteración de la percepción derivada de un contorno social desfavorable. “En opinión ciertamente discutible, tal resolución estima que en situaciones extremas puede tal disminución en la percepción partir de planteamientos no creados

⁵⁴⁵ CORDOBA RODA, J. *Las eximentes incompletas en el Código Penal...* op. cit., págs. 49 y 50.

⁵⁴⁶ Todos los autores mencionados en la cita 534 y, además, OCTAVIO DE TOLEDO, E. y HUERTA TOCILDO, S. *Derecho penal: parte general. teoría jurídica del delito...* op. cit., pág. 359; CUELLO CONTRERAS, J. *El Derecho Penal español. V.II*, op. cit. pág. 579.

⁵⁴⁷ BLANCO LOZANO, C. *Derecho penal: parte general*. La Ley, Madrid, 2003, pág. 1082.

⁵⁴⁸ QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Curso de Derecho penal*. T. I. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pág. 331.

voluntariamente, sin origen somático o patológico, porque lo esencial es la “carencia de aptitudes éticas derivada de la incomunicación con el contorno social”. Por otro lado, en STS de fecha 24 de febrero de 1999 (RJ 1999/1270), al fallar un recurso de casación, la Sala en lo Penal señalaba: “Séptimo.- En conclusión, ha de partirse del defecto sensorial (sordomudez, ceguera, etc.) o de una anomalía cerebral susceptible de malinterpretar los datos suministrados por los sentidos. Pero de otro lado no puede descartarse por completo, lo que será cuestión de una prueba más exhaustiva, que la incomunicación y consecutiva falta de socialización sean efecto de graves anomalías del carácter o de excepcionales circunstancias ambientales capaces de bloquear el proceso de integración del sujeto con la sociedad.”

Ahora bien, la pregunta es si aceptar que una “incomunicación y consecutiva falta de socialización sean efecto de excepcionales circunstancias ambientales capaces de bloquear el proceso de integración del sujeto con la sociedad” ¿cumpliría con la exigencia legal positiva de carácter temporal que las “alteraciones en la percepción” existieran desde el nacimiento o desde la infancia? No hay que olvidar que, para la doctrina dominante y la jurisprudencia, un requisito esencial para configurar la eximente incompleta objeto de estudio es: la existencia de alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia⁵⁴⁹. A nuestro entender, desde una interpretación socio-cultural-valorativa de la eximente, se podría sostener que dicha exigencia temporal se cumple cuando estamos en presencia de una persona que desde sus primeros días nació, creció y se desarrolló en un entorno cultural diverso a la de la sociedad española⁵⁵⁰.

3. Eficacia de la eximente incompleta.

La posibilidad de que cuando no concurren todos los requisitos necesarios para la exención de responsabilidad penal pueda atenuarse la misma, como eximente incompleta, con unos efectos específicos en la penalidad previstos en el Art. 68 CP y, además, conforme al Art. 104 CP, es posible la aplicación de medidas de seguridad. En efecto, según lo dispuesto en el Art. 68 CP, la concurrencia de una eximente incompleta obliga al tribunal a

⁵⁴⁹ Por todos, CEREZO MIR., J. *Curso de Derecho Penal español*. T. III., op. cit., pág. 106.

⁵⁵⁰ En este sentido, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., pág. 582. En sentido contrario, CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal español*. T. III., op. cit., pág. 84, nota. 8 por estimar que una interpretación socio-cultural-valorativa implicaría postular una eximente por analogía que no tendría respaldo legal positivo en virtud de lo dispuesto en el Art. 4.3 CP.

imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, aunque, concurra con una circunstancia agravante⁵⁵¹. En cambio, según lo dispuesto por el Art. 66.2ª CP, la concurrencia de una circunstancia atenuante “muy cualificada” no permitiría el efecto antes señalado para la eximente incompleta⁵⁵².

Por otro lado, según lo establecido en el Art. 104 CP⁵⁵³, la configuración de una eximente incompleta sobre la base del Art. 20.3 CP, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente y de ser necesaria, la medida de internamiento en un centro educativo especial o cualquiera otra de las medidas previstas en el apartado tercero del artículo 96. En dicho caso, el internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiera sido declarado responsable, caso en el cual, la autoridad judicial fijará en la sentencia ese límite máximo.

⁵⁵¹ Art. 68 CP: “En los casos previstos en la circunstancia primera del artículo 21, los jueces o tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurran, y las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente código.”

⁵⁵² Art. 66.2ª, “Cuando concurran...una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.”

⁵⁵³ Art. 104 CP: 1. “En los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1º, 2º, y 3º del artículo 20, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los artículos 101, 102, y 103. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la pena prevista por el Código para el delito. Para su aplicación se observará lo dispuesto en el artículo 99”.

II. LA ALTERACIÓN EN LA PERCEPCIÓN COMO ATENUANTE ANALÓGICA.

Art. 21. CP: “Son circunstancias atenuantes:

7ª. Cualquiera otra circunstancia de análoga significación que las anteriores.”

1. Función y fundamento.

Al igual que cualquier atenuante, su función es permitir al tribunal la mejor y posible individualización de la pena y, de esta forma, alcanzar la debida proporcionalidad entre delito y pena⁵⁵⁴. En cuanto a su naturaleza, existen dos posibilidades: o se estima que es una especie de cláusula general de analogía *in bonam partem*⁵⁵⁵ o de cierre⁵⁵⁶, que permitiría considerar cualquier causa de atenuación de la responsabilidad criminal por otros motivos no expresados en el Art. 21 pero con una significación análoga a las restantes circunstancias que le sirven de modelo y límite⁵⁵⁷. La consideración de atenuantes por analogía no plantea, a juicio de un sector de la doctrina, problemas respecto del principio de legalidad porque, en todo caso, se trataría de una analogía *in bonam partem* que no implicaría un detrimento de la seguridad jurídica⁵⁵⁸. No obstante, otro sector de la doctrina cree que no es factible postular la analogía *in bonam partem in genere*⁵⁵⁹ porque no se encuentra prevista en ese carácter en

⁵⁵⁴ Así, SSTS de 22 de febrero de 1988 (RJ 1988/1143); de 20 de febrero de 1989 (RJ 1989/1175); de 13 de junio de 1990 (RJ 1990/4575); de 31 de enero de 2000 (RJ 2000/592). De hecho, el nacimiento de la teoría general de las circunstancias modificativas queda vinculado a la proclamación del principio de igualdad como indiscutible valedor de la individualización de la pena. Cfr., GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Presente y futuro de las circunstancias modificativas”... op. cit., pág. 18. El mismo autor, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*...op. cit., 1988, págs. 7 a 34. ORTS BERENGUER, E. *La atenuante de análoga significación*...op. cit., págs. 28, 30 y 54. JORGE BARREIRO, Alberto, “La motivación en la individualización judicial de la pena”...op. cit., pág. 109. BUSTOS RAMÍREZ, Juan J./ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal*...op. cit., pág. 396. MÁRQUEZ DE PRADO Y NORIEGA, M. B. Dolores, “La atenuante por analogía: una situación incierta”, en: *Poder Judicial*, núm. 33, 2. época, marzo, 1994, pág. 108.

⁵⁵⁵ MARÍN de ESPINOSA CEBALLOS, E., en *Fundamentos de Derecho Penal PG.*, 2010, pág. 449; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. En: *Comentarios al Código penal* (Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal), T. II: Arts. 19 a 23, EDESA, Madrid, 1999, pág. 793; CUELLO CONTRERAS, J./MAPELLI CAFFARENA, B., *Curso de Derecho Penal PG* Tecnos, 2011, pág. 209.

⁵⁵⁶ En este sentido, SSTS de 24 de enero de 1979 (RJ 1979/4927) o de 31 de enero de 2000 (RJ 2000/592).

⁵⁵⁷ CUELLO CONTRERAS, J. *El Derecho Penal español*. V.II, op. cit...pág. 591; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. *Derecho Penal. PG*...op. cit. pág. 884; BACIGALUPO, E. *Derecho Penal. PG*...op. cit. pág. 606; ORTS BERENGUER, E. Atenuante de análoga significación...op. cit., pág. 25; del RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo J., *Atenuantes por analogía. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Requisitos y casuística*. Valencia: Ed. General de Derecho, pág. 27;

⁵⁵⁸ BACIGALUPO, E. *Derecho Penal. P.G.* op. cit., pág. 606; MIR, S. *Derecho penal. P.G.*...op. cit., pág. 628; QUINTERO OLIVARES, G. *Parte General del Derecho Penal*...op. cit. pág.793.

⁵⁵⁹ De esta opinión, RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal*...op. cit., pág. 119. COBO DEL ROSAL, Manuel; BOIX R., Javier, “Garantías constitucionales del Derecho sancionador”...op. cit., págs.

norma alguna. Además, dicha modalidad de analogía perjudicaría las funciones de los principios de legalidad y seguridad jurídica y afectaría al principio de separación de los poderes del Estado.

Por otro lado, y al igual que respecto de la atenuante configurada como eximente incompleta, la controversia surge al momento de determinar el fundamento de las circunstancias atenuantes. En efecto, como ya he señalado, un sector dominante de la doctrina española sostiene que las atenuantes suponen la disminución del injusto⁵⁶⁰, de la culpabilidad⁵⁶¹ o bien es algo mixto⁵⁶². Por el contrario, hay quienes postulan que las atenuantes están desvinculadas del delito, son factores de medición de la pena constituidas por consideraciones de política criminal o de utilidad social⁵⁶³ que se sustentan en criterios de prevención general que no están condicionados por el injusto ni por la culpabilidad, serían criterios plenamente autónomos.

2. Configuración de la atenuante.

La circunstancia atenuante establecida en el Art. 21. 7ª CP sería expresión del aforismo ‘favorilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda’ (debe ampliarse lo favorable y restringirse lo perjudicial). Con este precepto se establece una cláusula legal de analogía

202 y 203. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho Penal. Parte General*, 5. edición, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 129 a 132. VIVES ANTÓN, T. S. En *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. I (Coordinador T. Vives Antón), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 58; MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 91 a 93. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte General*, 2. ed., Civitas, Madrid, 1996, págs. 191 y 192.

⁵⁶⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal*, ...op. cit., págs. 396 y 397; Díez RIPOLLÉS, José Luis. “La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal”...op. cit., págs. 120 y ss., especialmente, págs. 138 y 139, nota núm. 174. El mismo autor, “Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992”...op. cit., pág. 1.

⁵⁶¹ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Individualización judicial de la pena...* op. cit., pág. 184; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., “El principio de culpabilidad en la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo”...op. cit., pág. 79, nota 27. La jurisprudencia más reciente -*cfr.*, por ejemplo, STS de 29 de abril de 1999 (RJ 1999/2898)- hace referencia a este fundamento. Interpreta esta tendencia del TS, BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*...op. cit., pág. 199.

⁵⁶² ALONSO ALAMO, Mercedes. “Circunstancias del delito e inseguridad jurídica”...op. cit., pág. 51. La misma autora, *El sistema de las circunstancias del delito...* op. cit., págs. 342, 370 y 394. SALINERO ALONSO, C., “Naturaleza jurídica, fundamento y comunicabilidad de las circunstancias modificativas”...op. cit., 2001, págs. 1304 y ss. La misma autora, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código penal*...op. cit., págs. 64 a 86; ORTS BERENGUER, Enrique, *La atenuante*...op. cit., págs. 38, 39, 56 a 58; COBO DEL ROSAL, Manuel/ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho Penal. Parte General*...op. cit., pág. 880. También en SSTS de 12 de mayo de 1983 (RJ 1983/832); de 20 de febrero de 1989 (RJ 1989/1157); de 12 de marzo de 1991 (RJ 1991/1453); de 31 de enero de 1995 (RJ 1983/432) y de 31 de enero de 2000 (RJ 1983/592).

⁵⁶³ GONZÁLEZ CUSSAC, José L. Presente y futuro de las circunstancias...op. cit., pág. 15.

beneficiosa para el reo, permitiéndose atenuar la pena en situaciones no previstas en los números anteriores pero similares a las contenidas en ellas⁵⁶⁴.

El legislador crea esta circunstancia al entender que la fórmula casuística empleada por la ley no podía prever todos los supuestos, autorizando con ella su aplicación genérica en situaciones análogas a las previstas. Como señala ORTS BERENGER, "la actual circunstancia 6ª, fue concebida para dotar de la máxima amplitud al catálogo atenuatorio, impidiendo que circunstancias que pudieran rodear al hecho y tuvieran un significado semejante a las expresadas en aquél, sin estar en el, se vieran privadas de eficacia para moderar la responsabilidad criminal"⁵⁶⁵.

La atenuación analógica expresamente contemplada por el legislador penal permite un cierto margen de valoración al intérprete que lo llevará a contrastar las características del caso concreto con un marco valorativo que viene dado por las atenuantes legal y positivamente definidas (interpretación analógica y no un supuesto de analogía *in bonam partem*)⁵⁶⁶ y, de este modo, llegar a la conclusión que dicho caso específico posee una significación jurídico-penal análoga a aquellas⁵⁶⁷.

Considerando el carácter marcadamente limitativo de las causas de inimputabilidad, se debería considerar la posibilidad de aplicar esta atenuante cuando no concurren los presupuestos necesarios para estimarlas como completas o incompletas, en casos de ceguera, de vejez o de gran invalidez, unidos a otras circunstancias que influyen profundamente sobre la personalidad del sujeto⁵⁶⁸. No obstante, la jurisprudencia ha hecho un uso muy restrictivo de esta circunstancia, insistiendo en exigir y buscar una analogía, no con la significación o entidad de las restantes circunstancias, sino con los elementos que las integran. De esta manera no ha sido posible concretar el declarado propósito de la ley de dar cabida a otras circunstancias no previstas entre las anteriores y que se deduzcan no de reglas

⁵⁶⁴ Por todos, MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal...* op. cit., pág. 488; MIR PUIG, S. *Derecho penal*. P. G...op. cit., pág. 628.

⁵⁶⁵ ORTS BERENGER, E. "Art. 20. 6º Código Penal". En: VIVES ANTON y otros. *Comentarios al Código Penal de 1995*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 213.

⁵⁶⁶ COBO DEL ROSAL, M. *Derecho penal: parte general*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 706, en relación con ORTS BERENGER, E. *Atenuante de análoga significación...* op. cit., pág. 225; entendiendo que es un caso de analogía *in bonam partem*, MIR PUIG. *Derecho penal...* op. cit., pág. 628.

⁵⁶⁷ QUINTERO OLIVARES, G. *Parte General del Derecho Penal...* op. cit., pág. 793.

⁵⁶⁸ RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A. *Derecho penal español...* op. cit., pág. 719.

generalizadoras y abstractas, como las precedentemente establecidas, sino de la vida misma, con su absoluta e imprevisible concreción”⁵⁶⁹.

El estudio de la atenuante analógica obliga hacerse cargo de dos interrogantes: la primera, de carácter formal-extensiva: la determinación de cuáles son las circunstancias anteriores a las que se refiere el Art. 21. 7 CP y, en segundo lugar, una de carácter material: determinar en qué supuestos cabe aplicar la atenuación, por análoga significación⁵⁷⁰.

En relación a la primera de ellas, la discusión se ha centrado en dilucidar si el n° 7 del Art. 21 se refiere sólo y exclusivamente a las mencionadas anteriormente en ese precepto ó si se puede hacer extensiva dicha aplicación a las causas que eximen de responsabilidad criminal comprendidas en el artículo anterior (Art. 20) y a las que se refiere el N° 1 del Art. 21. Si atendemos literalmente a lo establecido por el Código Penal en el Art. 21. 7, parece que no existen dudas sobre que con la mención a "las anteriores" el legislador se remite a las demás circunstancias contenidas en el citado artículo. Empero, precisa con agudeza y certeza CASTELLÓ NICÁS, "si el número 1° del artículo 21 habilita la posibilidad de elaborar atenuantes (eximentes incompletas), basadas en la circunstancias que eximen de responsabilidad criminal que contiene el capítulo anterior, y se tiene en cuenta que el número 6° del artículo 21 permite la creación de atenuantes análogas a las de los números precedentes, es evidente que la concreción de una atenuante tal lo puede ser en relación a una eximente incompleta del número 1 del artículo 21, basada, a su vez, en una eximente completa del artículo 20”⁵⁷¹. Sin perjuicio de lo anterior, algunos autores son de opinión que también podría configurarse esta atenuación analógica en relación al parentesco a pesar que ésta última circunstancia se encuentra ubicada en el Art. 23⁵⁷².

En cuanto a la segunda interrogante, se han dado fundamentalmente dos alternativas de interpretación:

i. La configuración de la atenuante analógica debe ser estructurada sobre la base de la similitud con las restantes atenuantes del Art. 21 del CP.: debe existir análoga significación valorativa y no analogía de elementos. De esta forma, para COBO del ROSAL/VIVES ANTÓN

⁵⁶⁹ RODRÍGUEZ DEvesa, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A. *Derecho penal español...* op. cit., pág. 719. BACIGALUPO, E. *Derecho Penal*. P.G. op. cit., pág. 606.

⁵⁷⁰ PÉREZ-CURIEL CECCHINI, J. *Tratamiento penal del drogodependiente: análisis práctico de las eximentes y atenuantes del Código Penal de 1995*. Forum, Oviedo, 1999, pág. 285.

⁵⁷¹ CASTELLÓ NICÁS, N. "Art. 20. 1° Código Penal"...op. cit. pp. 150 y 151.

⁵⁷² En este sentido, CEREZO MÍR, J. *Curso de Derecho Penal español...* op. cit., pág. 157; MIR, S. *Derecho Penal*. P.G. ..op. cit., pág. 629.

la relación de analogía, ha de apoyarse en la respectiva significación de las atenuantes, en general, con la que se invoque, y no atender al mero parecido de elementos y requisitos⁵⁷³. Por ello, un sector de la doctrina, siguiendo al alto Tribunal de Casación, ha sostenido: “la afinidad se ha de observar no desde una perspectiva de contemplación de la similitud externa, formal, morfológica o descriptiva, sino atendiendo al criterio de la semejanza de valor, esto es, a la afinidad de sentido con respecto a las atenuantes legales definidas, sin que por tanto resulte exigible una similitud absoluta”⁵⁷⁴, incluso, “la semejanza de valor podría ampararse no sólo en las restantes atenuantes, sino también en la totalidad del Ordenamiento jurídico-positivo, e incluso en el Derecho natural”⁵⁷⁵. Dentro de esta visión interpretativa, se ha sostenido: “No hace falta, pues, el parecido externo de las circunstancias, sino sólo equivalencia de su *significado*. Y como el significado de las atenuantes es el disminuir el contenido de injusto del hecho, el grado de su imputación personal o la conveniencia de pena, cualquier aminoración de estos aspectos podría considerarse motivadora de la atenuante”. “...debe existir analogía respecto al efecto de modificación de injusto, imputación personal o conveniencia de pena, pero también respecto a la específica razón que constituye el fundamento particular de cada atenuante, lo que no debe llevar hasta exigir la analogía de elementos. Un importante supuesto en que tal fórmula debe permitir la atenuante analógica es el de que, actuando el sujeto movido por la motivación que constituye la esencia de la atenuante, lo haga con error y en realidad no concurren los elementos objetivos que deberían ser la base de la motivación”⁵⁷⁶.

En este contexto, PUENTE SEGURA ha planteado la posibilidad de considerar la atenuante 7ª. del Art. 21 en relación a la eximente objeto de estudio cuando la alteración perceptiva se haya producido con posterioridad a la infancia⁵⁷⁷.

El TS en pocas oportunidades ha estimado esta atenuante por analogía con la causa 3ª. del Art. 20, aunque, referida a casos de sodomudez. En efecto, la STS de 22 de junio de 1989(RJ 1989/3736)), la aplicó como muy cualificada al protagonista de un homicidio, un

⁵⁷³ COBO DEL ROSAL, M. *Derecho penal. P. G...* op. cit., pág. 706. BACIGALUPO, E. *Derecho Penal. P.G.* op. cit., pág. 606; CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal español. T. III...* op. cit., pág. 158; MARÍN DE ESPINOSA C., E.B. en: *Derecho Penal. P.G.* de ZUGALDÍA E., J.M. (Director), op. cit., pág. 884.

⁵⁷⁴ BLANCO LOZANO, C. *Derecho penal. P. G...* op. cit., pág. 1001. STS de 25 de junio de 1985 (RJ 1985/1805).

⁵⁷⁵ BLANCO LOZANO, C. *Derecho penal. P. G...* op. cit., pág. 1102, en relación con: RUIZ VADILLO, E. “La atenuante por analogía en el Código Penal Español según la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. FJ. Nº 310. 1971, pág. 15.

⁵⁷⁶ MIR PUIG, S. *Derecho penal. P.G...* op. cit., pág. 628.

⁵⁷⁷ PUENTE SEGURA, L. *Circunstancias eximentes, atenuantes o agravantes de la responsabilidad criminal*. Colex, Madrid, 1997, pág. 432.

marroquí sordomudo de nacimiento, cuya vida de relación se “reducía a trabajar en un barco con marineros de distintas razas, con el aislamiento que el mar produce, lo que no constituye el ambiente más adecuado para interiorizar los valores individuales y sociales más estimados...”. En otro caso, la STS de 24 de febrero de 1999 (RJ 1999/1270), sobre la base de la proporcionalidad, configuró una atenuante simple relativo a un delito contra la salud pública (tráfico de drogas), cometido por un sordomudo de nacimiento que ignoraba el lenguaje de signos y que, pese a gozar de “un aceptable conocimiento de la realidad que le rodeaba” tenía, no obstante, “levemente afectada su imputabilidad”.

Dentro del contexto interpretativo anterior, y se advierte como posición dominante, lo postulado en varias oportunidades por el Tribunal Supremo cuando ha señalado que pueden ser apreciadas circunstancias atenuantes por analogía: “en primer lugar, aquellas que guarden semejanza con la estructura y características de las cinco restantes del art. 21 del CP; b) en segundo lugar, aquellas que tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas; c) en un tercer apartado, las que guarden relación con circunstancias atenuantes no genéricas, sino específicamente descritas en los tipos penales; d) en cuarto lugar, las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el CP, y que suponga la ratio de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido; e) por último, aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del art. 21 del CP, lo que, en ocasiones, se ha traducido en la consideración de atenuante como efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental, singularmente el de proscripción o interdicción de dilaciones indebidas. Ahora bien, la atenuante de análoga significación no puede alcanzar al supuesto de que falten los requisitos básicos para ser estimada una concreta atenuante, porque equivaldría a crear atenuantes incompletas o a permitir la infracción de la norma, pero tampoco puede exigirse una similitud y una correspondencia absoluta entre la atenuantes analógica y la que sirve de tipo, pues ello equivaldría a hacer inoperante el humanitario y plausible propósito de que hablaba la sentencia 28.1.80 (SSTS 27.3.83; 11.5.92; 5.1.99; 7.1.99; 27.1.2003; 2.4.2004)”⁵⁷⁸.

ii. Un sector jurisprudencial diferente, ha sostenido la exigencia de una similitud formal frente a las anteriores atenuantes, de manera que sólo estima la atenuante analógica

⁵⁷⁸ STS de fecha 20 de junio de 2013 (RJ 2013/3510) o 4 de diciembre de 2012 (RJ 2012/7840).

cuando cualquiera de las legalmente definidas se presente carente de algún requisito. De esta forma, en algunas ocasiones, el TS ha exigido que se determine con precisión a cuál de las circunstancias atenuantes expresadas se hacía referencia para establecer de modo concluyente la semejanza entre ambas⁵⁷⁹. La jurisprudencia, como ha sostenido ORTS BERENGUER, no ha fundamentado la creación de las atenuantes por analogía en su semejante significación, sino en el simple parecido morfológico, y así ha sucedido que ha creado “atenuantes incompletas”⁵⁸⁰, es decir, “el criterio del TS ha consistido en asignar la condición de atenuantes a las descritas en el Art. 21, en sus números precedentes, cuando adolecieran de alguno de sus requisitos o elementos”⁵⁸¹. No ocurriría esto si el Tribunal Supremo atendiera a la semejanza de significación. Entonces, “la atenuante que se estimara, lo sería sobre la base de que “significaba” lo mismo que las anteriores, con independencia de que conllevara o no parte de los requisitos de alguna de aquellas”⁵⁸². De suerte que “para que pueda apreciarse la existencia de una relación de semejanza, es absolutamente imprescindible emparejar la causa de atenuación que se invoca con una concreta de las anteriores, de forma que si no se produce esa ligazón, ni se menciona expresamente, no cabe estimarla como atenuante por analogía”⁵⁸³. La exigencia de una analogía respecto de los elementos de una atenuante concreta, lo que se aprecia si está ausente alguno de sus elementos o requisitos, determina la creación de la figura de “atenuante incompleta” basada en un prisma puramente formal o morfológico con lo cual se termina distorsionando el significado de la atenuante establecida en el Art. 21.7 CP., olvidándose que el criterio analógico debe fundarse en la “significación valorativa” de la atenuante concreta y no en sus elementos meramente formales. Más aún, una apreciación puramente formal, trae como lógica consecuencia que no sería factible configurar una atenuante analógica respecto de

⁵⁷⁹ Principalmente, STS de 10 de febrero de 1997 (RJ 1997/841). En este sentido, STSS de 1 de junio de 1972; de 7 de julio de 1973; de 1 de abril de 1974; STS de 24 de enero de 1979 (RJ 1979/4927); de 28 de febrero de 1979 (RJ 1979/4926); de 12 de noviembre de 1980 (RJ 1980/4345); de 28 de abril de 1982 (RJ 1982/711); de 26 de mayo de 1983 (RJ 1983/859); de 18 de noviembre de 1983 (RJ 1983/579); de 23 de abril de 1985 (RJ 1985/147); de 10 de mayo de 1990 (RJ 1990/3656); de 26 de septiembre de 1990 (RJ 1990/6602); de 20 de mayo de 1991 (RJ 1991/2560); de 9 de julio de 1991 (RJ 1991/3971); de 21 de julio de 1993 (RJ 1993/5559); de 12 de noviembre de 1993 (RJ 1993/7605); de 4 de marzo de 1994 (RJ 1994/1432); de 22 de marzo de 1995 (1995/1703); de 9 de febrero de 1996 (RJ 1996/773), Auto de 11 de junio de 1997. Mantiene este criterio, ALONSO ÁLAMO, Mercedes, *El sistema de las circunstancias...*, págs. 391 y ss., especialmente, pág. 393. Por el contrario, es un criterio criticado por prácticamente la totalidad de la doctrina. *Vid.*, por todos, ORTS BERENGUER, Enrique, *Atenuante...*, págs. 66 a 75.

⁵⁸⁰ Admitiendo, por el contrario, que atenuante analógica es, por definición, atenuante incompleta, GOYENA HUERTA, Jaime. *Las circunstancias atenuantes en el CP de 1995*, AA. VV., Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 161; Díez RIPOLLÉS, José Luis. “Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código penal de 1992”...op. cit., pág. 401.

⁵⁸¹ COBO DEL ROSAL, M. *Derecho penal. P. G...*op. cit., pág. 706.

⁵⁸² ORTS BERENGER, E. *Atenuante de análoga significación...*op. cit., págs. 224-225.

⁵⁸³ *Ibidem.* cit., págs. 104-105.

aquellas que no tuvieren requisitos o elementos porque ello supondría crear una “atenuante incompleta” *extra-legem*⁵⁸⁴.

Por su parte, el TS, en STS de 26 de marzo de 2012 (RJ 2012/2206), citando las de 28 de febrero de 2007 (RJ 2007/145), y 3 de noviembre de 2006 (RJ 2006/1057), señalaba: “para que una atenuación pueda ser estimada como analógica de alguna de las expresamente recogidas en el Código Penal, ha de atenderse a la existencia de una semejanza del sentido intrínseco entre la conducta apreciada y la definida en el texto legal, desdeñando a tal fin meras similitudes formales y utilizándolo como un instrumento para la individualización de las penas, acercándolas así al nivel de culpabilidad que en los delincuentes se aprecie, pero cuidando también de no abrir un indeseable portillo que permita, cuando falten requisitos básicos de una atenuante reconocida expresamente, la creación de atenuantes incompletas que no han merecido ser recogidas legalmente.” En definitiva, dicha Sala estima que pueden ser circunstancias atenuantes por analogía: a) aquellas que guarden semejanza con la estructura y características de las restantes del Art. 21 del CP; b) las que tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser considerados como eximentes incompletas; c) las que guarden relación con circunstancias atenuantes no genéricas, sino específicamente descritas en los tipos penales; d) las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el CP, y que suponga la ratio de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido; e) aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del Art. 21 del CP, lo que, hasta la L.O. 5/2010, se ha traducido en la consideración de atenuante como efecto regulador de la vulneración de un derecho fundamental, singularmente el de proscripción o interdicción de dilaciones indebidas. En todo caso, ha establecido la Sala, la atenuante de análoga significación no puede alcanzar el supuesto de que falten los requisitos básicos para ser estimada una concreta atenuante, aunque, tampoco puede exigirse una similitud y correspondencia absoluta entre la atenuante analógica y la que sirve de tipo, pues ello supondría hacer inoperante el humanitario y plausible propósito (STS de 27 de marzo de

⁵⁸⁴ Así, en este correcto sentido, SSTS de 13 de julio de 1998 (RJ 1998/4684) y de 31 de enero de 2000 (RJ 2000/592). STSS de 3 de febrero de 1995 (RJ 1995/519); y de 31 de enero de 2000 (RJ 2000/592) - Ref. La Ley 4752. *La Ley XXI* núm. 5032, martes, 11 de abril de 2000.

1985 (RJ 1985/1083); STS de 11 de mayo de 1992 (RJ 1992/3695); STS de 3 de febrero de 1995 (RJ 1995/519), y dejarían sin espacio alguno a la analogía⁵⁸⁵.

Para ilustrar un caso de atenuante analógica, sobre la base de la sordomudez, podemos citar la sentencia emitida por la Audiencia Provincial de Murcia N° 259-2-2000 quien conociendo y fallando un delito de robo con fuerza en las cosas señalaba:

Considerando: Tercero. “En la realización del referido delito concurren dos circunstancias modificativas de responsabilidad criminal atenuantes analógicas: una por su sordomudez y otra de drogadicción del artículo 2 1. 6° en relación con el núm. 2 1-1° y con el 20-2° y 3° del Código Penal.”

La primera está acreditada por el hecho incuestionable y palpable de su incapacidad para oír y hablar, se advierte alteración de la percepción desde su nacimiento o desde la infancia, además, precisó la asistencia de un intérprete durante el Juicio Oral. No obstante, la Sala consideró que dicha limitación no le impedía percatarse de la ilicitud de la conducta consistente en apoderarse de materiales ajenos tras escalar una valla metálica y cortar con una sierra un gran pasador que impedía el paso al recinto; ello se desprende del hecho de haber tenido una cierta instrucción según se aprecia con el historial del Servicio Provincial de Orientación Escolar y Vocacional de Murcia emitido cuando tenía 13 años de edad antes de ocurrir los hechos (cuando tenía 21 años) en el que se establecía que su capacidad mental no se encuentra en exceso perturbada, aunque sí por debajo de lo normal, añadiendo que “muestra un cuadro claro de deficiencia físico y mental que junto a la situación inestable de la familia (nomadismo) impiden un adecuado desarrollo del niño tanto en su maduración personal como en sus rendimientos escolares”; igualmente del tipo de delito cometido para los cuales no es preciso una gran elaboración mental, siendo evidente que un sordomudo con 21 años y una pequeña instrucción es capaz de darse cuenta de que no es correcto tomar cosas que no le pertenecen y que se encuentran debidamente protegidas dentro de un recinto por una valla alta con una puerta y un pasador que impedía el paso a las personas que carecían de las correspondientes llaves para poder correr el pasador; finalmente su capacidad para conducir vehículos “permite concluir que sus facultades cognitivas y volitivas no estaban tan alteradas como para no darse cuenta de la realidad que le rodea y de la trascendencia de lo que hacía”.

⁵⁸⁵ En igual sentido, STSS de 20 de junio de 2013 (RJ 2013/3510); de 4 de diciembre de 2012 (RJ 2012/7840); de 02 de noviembre de 2011 (RJ 2011/8023); de 30 de diciembre de 2010 (RJ 2010/7587); de 15 de octubre de 2010 (RJ 2010/5293); de 29 de setiembre de 2010 (2010/5127).

“La constante negativa con la cabeza al largo interrogatorio efectuado por el Ministerio Fiscal y su defensa debidamente traducido al lenguaje de los sordomudos no indica otra cosa que el previo aleccionamiento a que contestara a todo que no, ya que no se entiende como negaba su propia firma y como pudo recogerse su declaración inculpatoria ante la Guardia Civil y el propio instructor cuando estaba acompañado de su madre;...”.

“Todo lo anteriormente expuesto impide apreciar la eximente completa o la incompleta del artículo 20. o del 21.1 del Código Penal tal y como pretende su defensa pues en contra de ello nos encontramos con el informe de la Médico Forense que concluyó que Manuel, a su juicio, tenía una ligera limitación de la imputabilidad que sólo permite aplicar la atenuante analógica de sordomudez citada”.

De los considerandos más relevantes de esta sentencia, es factible constatar que para la Audiencia se configura una atenuante analógica de sordomudez en la medida en que se den los elementos que conforman la inimputabilidad, aunque, no con la intensidad o compromiso de ésta.

Por otro lado, una atenuación analógica, sobre la base socio-cultural (etnia gitana), es la establecida por la Audiencia Provincial de Ávila (Sentencia N° 21/2004 de 27 de enero), al fallar un delito de asesinato con alevosía cuya reflexión fue como sigue:

Sentencia:

Considerando: Octavo. “No obstante la desestimación de las atenuantes propuestas por la defensa, estima la Sala que del conjunto de los datos fácticos que amparan algunas de ellas se puede entender que concurre una circunstancia analógica, que de forma no cualificada, permite apreciar una cierta disminución en la culpabilidad del procesado.” “...Por tal se entiende la combinación por una parte de su escaso nivel formativo, que afecta al intelectual, unido a la peculiaridad cultural de la etnia a la que pertenece, que le puede suponer una apreciación distorsionada de los valores socialmente admitidos, y que disminuya en alguna forma sus mecanismos de inhibición”.

Esta Sala partió del supuesto que el mero hecho de pertenecer a una etnia, cultura o religión distinta a la mayoritaria no supone, por sí mismo, una circunstancia que autorice a dar un diferente trato al sujeto que comete un delito, pues ello implicaría la ruptura de la “unidad del derecho penal”, y un atentado al principio de igualdad, abriendo portillos a la discriminación por motivos culturales, étnicos o religiosos. Por otro lado, el tribunal

reconoce como innegable que, en cada individuo, las creencias y costumbres inculcadas desde la niñez tienen un peso relevante, y que constituyen un sustrato conductual que debe adaptarse en lo esencial a las normas comunes de convivencia. Resulta evidente que esta adaptación a las normas socialmente admitidas en la cultura mayoritaria, son las que fijan tanto los valores constitucionales como de convivencia en nuestro estado y en los de nuestro entorno.

Sobre la base de lo anterior, la Audiencia expresa: “Descendiendo al caso concreto, no cabe duda que el acusado está plenamente integrado en la sociedad, como en general están todos los miembros de la etnia gitana, y por lo tanto no puede por esta vía sostenerse que sus peculiaridades culturales puedan tener relevancia frente a las normas básicas de convivencia social, conocidas de forma necesaria por el procesado. Más concretamente, es patente que matar a otra persona es una conducta inadmisibile (él mismo lo ha admitido en juicio), por lo que no existe razón que lo justifique (y aún sin tener conocimientos profundos al respecto nos atreveríamos a decir que también en la cultura gitana debe ser inadmisibile el asesinato entre sus miembros). Siendo ello cierto, también lo es que esa cultura establece la necesidad de lavar el deshonor sufrido por la agresión a una mujer de la familia, tomando represalias de forma personal. Pues bien, eso tiene un nombre en castellano, y es venganza, venganza que nunca podrá justificar el crimen llevado a cabo.”

Considerando lo anterior, el tribunal estima que la conducta del procesado no es justificable ni puede verse disminuida la reprochabilidad de la acción, aunque, el bajo nivel intelectual y formativo del procesado, hace que tales normas de convivencia no se interioricen de forma tan patente como en el resto de los individuos, dado el sustrato cultural de base al que nos hemos referido que exige la represalia como una acto “social” de dicha etnia; y ello permite que se pueda aplicar como atenuante analógica del art. 21. 7 en relación con el Art. 21.3a y 20. 3º, sin que pueda alcanzar una relevancia superior ante la misma desproporción de la acción del procesado respecto de la ofensa supuestamente sufrida.

Hay que dejar constancia que la jurisprudencia española no la ha acogido en casos de ceguera no acompañada de disminución de las facultades psíquicas del agente⁵⁸⁶.

En definitiva, será el juez quien con la colaboración de los especialistas en Psico(pato)logía deberá decidir, en cada caso y en atención a la afectación de las facultades del sujeto, la aplicación de la eximente completa del art. 20. 1 CP., bien la eximente

⁵⁸⁶ STS de 12 de mayo de 1983 (RJ 1983/832).

incompleta del art. 21. 1 CP o la atenuante analógica del art. 21. 7 CP. Esta última podría p.ej. configurarse en el caso en que la alteración de la percepción apareciera con posterioridad a la infancia⁵⁸⁷.

3. Eficacia de la atenuante de análoga significación.

En algunas ocasiones, el TS, ha estimado que la atenuación de la pena no es la que señala el Art. 68 para las eximentes incompletas (uno o dos grados), sino la que corresponda de acuerdo con las reglas del Art. 66, y esto, porque la circunstancia aplicada no es la del Art.21.1ª, sino la del Art. 21.7ª⁵⁸⁸. Por otro lado, en ciertos casos, el TS se ha mostrado reacio a ponderar a la atenuante analógica como “muy cualificada”⁵⁸⁹, porque la aplicación de esta atenuante exige que guarde similitud con la que se invoca y, la regla general, es que se trata de una atenuante genérica y normal y, si aquella tiene una intensidad análoga a la de la circunstancia del Art. 21.1ª, conduciría a la eximente incompleta y, por lo tanto, sería incomprensible establecer legalmente una categoría intermedia. Para el TS, atenuante muy cualificada, es aquella que alcanza una intensidad superior a la normal de la respectiva circunstancia, teniendo en consideración las condiciones del culpable, antecedentes del hecho y otros factores relacionados al merecimiento de la conducta del inculpado. Tratándose de atenuantes por analogía, dicho Tribunal, ha puesto de relieve su dificultad, pues la analogía supone un término comparativo con otra recogida expresamente en la ley, de tal forma que si esta última (la que sirve de comparación) no puede aplicarse de modo directo, mal podría entenderse la analógica con el carácter de “duplicada”. En todo caso, la jurisprudencia, para reputar una atenuante como “muy cualificada” exige que la sentencia lo declare expresamente o se deduzca de los hechos declarados probados por una menor

⁵⁸⁷ En este sentido, PUENTE SEGURA, Leopoldo, *Circunstancias eximentes...*, pág. 432. DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo J., *Atenuantes por analogía...*, pág. 57. O cuando la perturbación de la conciencia se vea afectada por causa de alteraciones en la percepción de manera apreciable pero no significativa - STS de 1 de diciembre de 1987 (RJ 1987/7699).

⁵⁸⁸ Así, STS de 15 de septiembre de 1986 (RJ 1986/4651); STS de 21 de noviembre de 1986 (RJ 1986/9485); STS de 22 de enero de 1987 (RJ 1987/252); STS de 12 de marzo de 1988 (RJ 1988/1767); STS de 16 de junio de 1989 (RJ 1989/8566); STS de 8 de febrero de 1990 (RJ 1990/1068); STS de 16 de septiembre de 1991 (RJ 1991/11503) y STS de 28 de octubre de 1991 (RJ 1991/17019). En este sentido, ORTS BERENGUER, Enrique, *Atenuante...*, op. cit., pág. 65; CEREZO MIR, José. *Curso...* op. cit., pág. 131, nota 95. RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Juan. “La atenuación incompleta de la responsabilidad criminal”...op. cit., pág. 102. DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo J., *Atenuantes por analogía...* op. cit., págs. 30 a 32; LLORCA ORTEGA, José. *Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995*, 4.B edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 105.

⁵⁸⁹ Así, SSTS de 26 de junio de 1985 (RJ 1985/1162); de 28 de mayo de 1986 (RJ 1986/14137); de 22 de enero de 1987 (RJ 1987/252); de 19 de junio de 1987 (RJ 1987/4278) y de 16 de marzo de 1990 (RJ 1990/13798). En igual sentido, STSS de fecha 29 de enero de 2003 (RJ 2003/493); de fecha 30 de diciembre de 2009 (RJ 2009/7808).

dolosidad o malicia en la subjetividad o por la menor libertad volitiva del sujeto para delinquir⁵⁹⁰. En pocas palabras, el TS ha sostenido en diversas oportunidades que la atenuante analógica es de menor entidad que la eximente incompleta⁵⁹¹.

El razonamiento anterior del TS es discutible porque el Art. 21.7ª habla de “cualquiera otra circunstancia de análoga significación que las anteriores”, está manifestando en forma clara que la diferencia que existe entre esta circunstancia y las que le preceden es cualitativa y no cuantitativa, razón por la cual, no es legítimo excluir la posibilidad de ponderar aquella como muy cualificada. Una vez más, la atenuante analógica es de “análoga significación” y no de “menor significación” que las precedentes en los números anteriores, incluida la eximente incompleta del Art. 21.1ª CP⁵⁹². Ahora bien, calificar a una atenuante como “muy cualificada” dependerá de la mayor o menor intensidad de sus elementos básicos tales como propósito, intención o motivo de la conducta o la consideración del desvalor de acción y el de resultado⁵⁹³.

⁵⁹⁰ STS de fecha 07 de octubre de 2008 (RJ 2008/5041).

⁵⁹¹ STSS de 28 de mayo de 1986 (RJ 1986/2829) o de 23 de septiembre de 1986 (RJ 1986/4823).

⁵⁹² Así, STSS de 22 de enero de 1987 (RJ 1987/14655); de 23 de enero de 1987 (RJ 1987/14746); de 30 de abril de 1987 (RJ 1987/3050); de 6 de julio de 1987 (RJ 1987/4748); de 14 de octubre de 1987 (RJ 1987/6395); de 7 de abril de 1988 (RJ 1988/2513); de 1 de febrero de 1989 (RJ 1989/555); de 22 de junio de 1989 (RJ 1989/3736); de 27 de marzo de 1989 (RJ 1989/12257); de 8 de febrero de 1990 (RJ 1990/14890); de 13 de junio de 1990 (RJ 1990/4575); de 13 de febrero de 1992 (RJ 1992/15015); de 22 de junio de 1992 (RJ 1992/4981); de 15 de septiembre de 1992 (RJ 1992/6824); de 5 de noviembre de 1992 (RJ 1992/8241); de 28 de febrero de 1994 (RJ 1994/1320); de 20 de diciembre de 1996 (RJ 1996/7441); de 10 de febrero de 1997 (RJ 1997/841); de 30 de julio de 1997 (RJ 1997/5334); de 18 de diciembre de 1997 (RJ 1997/7793); de 25 de noviembre de 1998 (RJ 1998/7044); de 19 de julio de 2007 (RJ 2007/5052); de 26 de julio de 2010 (RJ 2010/4211); de 26 de marzo de 2013 (RJ 2013/1401) o de 20 de junio de 2013 (RJ 2013/3510).

⁵⁹³ Así STSS de 7 de abril de 1981 (RJ 1981/4597); de 20 de septiembre de 1988 (RJ 1988/6349); de 2 de noviembre de 1990 (RJ 1990/7864); de 23 de noviembre de 1993 (RJ 1993/7922); de 22 de noviembre de 1995 (RJ 1995/5892); de 11 de septiembre de 1996 (RJ 1996/4775); de 10 de marzo de 2010 (RJ 2010/2119); de 22 de junio de 2010 (RJ 2010/4208); de 20 de marzo de 2013 (RJ 2013/1392) o de 11 de junio de 2013 (RJ 2013/3257).

III. SITUACIONES ESPECIALES.

Si bien en páginas anteriores hemos dado algunos elementos de juicio para formular una respuesta, en esta oportunidad, la decantaremos en definitiva.

1. Autor con imposibilidad para reconocer el carácter ilícito del hecho: ¿inimputabilidad o error de prohibición invencible?

Una respuesta posible sería: sobre la base de una “interpretación bio-psicológica” de las causales de inimputabilidad, si tras esa “imposibilidad” existe un trastorno bio-psíquico (anomalía, alteración, sordomudez o ceguera) dicha imposibilidad se debería subsumir en una causal de inimputabilidad. En caso contrario, si el autor es una persona normal y, por ello, imputable, entonces, se debería canalizar dicha imposibilidad como un error invencible sobre la prohibición.

En cambio, si se adhiere a una “interpretación valorativa-socio-cultural” del Art. 20.3 CP, aquel criterio diferenciador no sería factible porque, en este contexto interpretativo, el sujeto no padece ningún tipo de perturbación bio-psicológica. En consecuencia, la única forma de poder establecer un criterio diferenciador sería, a nuestro juicio, sobre la naturaleza del tipo de error. De esta manera, y consecuentes con la dimensión intelectual-valorativa del concepto de imputabilidad que he postulado, si la persona ignora la existencia de la norma (error de prohibición directo o abstracto condicionado socio-culturalmente), estaríamos en presencia de un caso de inimputabilidad; en cambio, si el sujeto conoce la norma, por eso es imputable, pero su imposibilidad ha sido reconocer que la conducta por él realizada es una modalidad de ataque a esa norma y al bien jurídico tutelado (error de prohibición indirecto o concreto), entonces, se habría configurado un caso de error de prohibición invencible.

Quienes sostienen una interpretación normativa-socio-cultural del Art. 20.3 CP y postulan que la imputabilidad se debe establecer siempre en relación a un hecho concreto y no de manera abstracta, lamentablemente, quedan atrapados por ese postulado y no pueden formular un criterio razonable y claro de discriminación. En efecto, si la imputabilidad como la conciencia de lo ilícito está referida al hecho típico concreto, entonces, toda ausencia de conciencia de lo ilícito es constitutiva de inimputabilidad o de error sobre la prohibición. Sólo quienes acepten que la conciencia de lo ilícito que el legislador penal presume a partir

de la mayoría de edad, es de carácter genérico y que se limita a lo esencial, nuclear o básico de lo ilícito, pueden, sin incurrir en contradicciones, diferenciar nítidamente cuándo la conciencia de lo ilícito compromete a la imputabilidad y cuándo no.

2. Autor imputable con dificultad para reconocer el carácter ilícito del hecho: ¿eximente incompleta, atenuante analógica o error de prohibición?

En primer lugar, toda vez que se parte de la base que el autor es imputable, es preciso determinar si la dificultad es de tal envergadura que constituye una auténtica “imposibilidad”, caso en el cual, estaríamos frente a un caso de error sobre la prohibición invencible (Art. 14, 3 CP) y, sobre esa base, ante una eximente de responsabilidad penal.

Si la dificultad es sólo eso, mera dificultad y no imposibilidad, habría terreno propicio para levantar una eximente incompleta o un error sobre la prohibición vencible y, en ambos casos, el autor podría beneficiarse de una atenuación semejante de su responsabilidad penal (disminución en uno o dos grados de la pena señalada por la ley al delito)⁵⁹⁴. En este escenario, la pregunta es decisiva: ¿cuál de las circunstancias atenuantes debe operar? Se podría sostener, desde una interpretación bio-psicológica de las causales de inimputabilidad, que si la dificultad se basa en la concurrencia de un estado o condición de sordomudez o ceguera, se debería configurar una eximente incompleta desplazando con ello la posibilidad de un error vencible de prohibición. Si se busca una solución desde la perspectiva normativa-socio-cultural del Art. 20.3 CP y en donde “las alteraciones en la percepción” no suponen un compromiso bio-funcional del sistema perceptivo (sordomudez o ceguera), entonces, el criterio discriminador debe acudir a otro factor diferenciador. A nuestro entender, una respuesta objetiva y razonable sería atender al tipo de dificultad para tener conciencia sobre la prohibición que se ha gestado en el autor. Si la dificultad está referida a la existencia de la norma (error abstracto o directo) podemos afirmar que dicha dificultad es base para conformar una eximente incompleta vinculada al Art. 20.3 CP. En cambio, si la dificultad tuvo que ver con la conciencia de la ilicitud de la conducta típica por

⁵⁹⁴ Art. 14. 3 CP: “...Si el error fuere vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.” Art. 68 CP: “En los casos previstos en la circunstancia primera del artículo 21, los Jueces o Tribunales podrán imponer, razonándolo en la sentencia, la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurran, las circunstancias personales del autor y, en su caso, el resto de las circunstancias atenuantes o agravantes.”

él realizada (error indirecto o concreto), dicha dificultad puede ser constitutiva de un error vencible sobre la prohibición contemplado en el Art. 14.3 CP.

El problema de cómo discriminar si el autor imputable incurre en una eximente incompleta o en un error evitable sobre la prohibición nos refuerza la convicción en el sentido que el contenido de la dimensión valorativa de la imputabilidad es de carácter genérico y no concreto. Si el sujeto es imputable es porque alguna idea sobre la ilicitud de la conducta posee, idea que a nuestro entender es de tipo genérico, básico o nuclear, aunque, nunca total o completo; de no ser así, sería inimputable. Ahora bien, por tratarse de un autor imputable y, en esa condición, tener una idea genérica o esencial de lo ilícito de su conducta, es factible que él pueda incurrir en un caso de error sobre la prohibición del comportamiento concreto por él realizado y que podrá ser vencible o invencible. En otras palabras, la conciencia de lo ilícito siempre está referida al hecho típico concreto o específico. Mientras la dimensión valorativa de la imputabilidad y que se presume por el legislador penal se limita a lo nuclear o esencial de la prohibición, la conciencia de lo ilícito supone una conciencia que se extiende a lo largo y a lo ancho de la prohibición, se proyecta a toda la magnitud del hecho típico.

¿Eximente incompleta o atenuante analógica? Desde nuestra óptica, la respuesta viene dada por la mayor o menor dificultad que presentó el sujeto imputable para llegar a tener conciencia del carácter ilícito del hecho por el protagonizado. Si la dificultad el juez o tribunal la estima mayor, sobre la base de los requisitos concurrentes, será acreedor a una eximente incompleta; en caso contrario, la dificultad será enjuiciada de menor y, por eso mismo, dará lugar a una atenuante analógica.

Un autor imputable: ¿puede ser beneficiado por una eximente incompleta fundada en el Art. 20.3 CP. y, además, por un error sobre la prohibición? La doctrina que postula que la dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad siempre debe estar referida al “hecho concreto”, al igual que la conciencia de lo ilícito como elemento distinto de la culpabilidad, dicha concepción, a nuestro parecer, se encuentra en un callejón sin salida. Si el objeto y contenido de valoración en ambos factores es el mismo o idéntico ¿cómo diferenciar una causal de inimputabilidad de un error de prohibición? Por otro lado, si el sujeto es imputable y ello implica que tiene conciencia plena del carácter ilícito de la conducta típica realizada ¿cómo podría protagonizar un error sobre la prohibición que es precisamente la negación de la conciencia de lo ilícito de la imputabilidad?

En cambio, si sostenemos que la dimensión valorativa de la imputabilidad dice relación sólo con lo básico o nuclear de la prohibición del hecho típico y la conciencia de lo ilícito con el hecho típico concreto, entonces, sí es factible postular que un autor imputable puede incurrir en un error sobre la prohibición (inevitable o evitable). En esta concepción, toda vez que la imputabilidad sólo dice relación con lo nuclear o esencial de la prohibición (y nunca en su plenitud), la conciencia de la ilicitud, como elemento distinto de la culpabilidad, se estructura sobre la base de la imputabilidad, aunque, lo propio y exclusivo de ella es que está referida a la conducta típica concreta y específica realizada por el sujeto imputable. Es perfectamente factible que alguien que conoce lo nuclear de la ilicitud de un hecho ignore lo específico o concreto de la ilicitud de aquel hecho. No obstante, surge una nueva interrogante: de otorgarse conjuntamente la eximente incompleta (o atenuante analógica) y un error de prohibición vencible ¿no se estará considerando dos veces el desconocimiento sobre el carácter ilícito de un mismo hecho? Si consideramos que el conocimiento (o ignorancia) del carácter ilícito del hecho es el mismo como parte de la imputabilidad o como elemento independiente de la culpabilidad, deberíamos concluir que de otorgarse las dos causales de atenuación, éstas se basarían en un mismo desconocimiento valorativo. En cambio, si aceptamos que la dimensión valorativa de la imputabilidad sólo está referida a la conciencia general o nuclear de lo ilícito del hecho, al otorgarse la eximente incompleta lo que se está afirmando es que el autor o protagonista del hecho ilícito es imputable, es decir, sólo se afirma que conocía el carácter ilícito general del hecho, aunque para ello, tuvo un cierto y relevante grado de dificultad, razón por la cual, se le compensa ese especial esfuerzo con dicha atenuación. Por otro lado, el error de prohibición gira sobre la conciencia de lo ilícito pero esta vez sobre la conducta típica concreta realizada por el sujeto. En otras palabras, la conciencia sobre el carácter ilícito se mueve en dos niveles separados, aunque complementarios: uno general y uno concreto o específico y, en donde el segundo, supone al primero. Si esto es así, lo ganado en el primer nivel (eximente incompleta) ¿sólo compensa lo propio de ese primer nivel o, además, la dificultad propia del segundo nivel (error de prohibición)? Si los contenidos de la conciencia de lo ilícito como parte integrante de la imputabilidad y como elemento separado e integrante de la culpabilidad son diferentes, aunque, vinculados, pareciera que no son susceptibles de considerarse como si fueren uno y el mismo. Si admitimos que hay dos niveles para apreciar y constatar la conciencia de lo ilícito, lo que se establezca en el primer nivel (nivel general) no puede comprometer anticipadamente lo que pueda ocurrir en el segundo nivel (nivel concreto) de lo ilícito. No hay que olvidar que si bien el autor ha logrado configurar una

eximente incompleta (o atenuante analógica), dicho sujeto ha sido enjuiciado, en el primer nivel de la culpabilidad, como imputable. Ahora bien, quien ya tuvo dificultades para llegar a conocer lo ilícito general del hecho prohibido, lo más probable es que experimente una dificultad semejante en relación al ilícito concreto y propio de una determinada conducta típica, razón por la que no habría que extrañarse que, dicho sujeto pudiera configurar un error sobre la prohibición vencible o invencible dependiendo del caso. Negar esta posibilidad supone sostener que un sujeto imputable que ha configurado a su favor una eximente incompleta (o atenuante analógica) no puede incurrir en un error sobre la prohibición o, si ello fuere factible, no recibirá ningún efecto en su favor. Esto implicaría negar la realidad y oponerse a la normativa legal positiva establecida expresamente por el legislador penal.

**CAPÍTULO CUARTO: EFECTOS DE LA
EXIMIENTE “ALTERACIONES EN LA
PERCEPCIÓN (MEDIDAS DE
SEGURIDAD Y RESPONSABILIDAD
CIVIL)**

I. DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD SUSCEPTIBLES DE APLICACIÓN EN EL CASO DE LA EXIMENTE “ALTERACIONES DE LA PERCEPCIÓN”.

1. Introducción.

En forma sumaria, como introducción al sistema de medidas de seguridad en el Código penal español, es preciso destacar que ellas se encuentran reguladas sobre la base de ciertos principios y garantías, tales como: legalidad (Art.1. 1º, para la pena, 1. 2º, para la medida), prohibición de retroactividad (Art.2. 1º y 2º, respectivamente), garantía jurisdiccional (Art.3.1), garantía de ejecución (Art.3.2), etc.”⁵⁹⁵.

Las medidas de seguridad, al igual que las penas, se configuran como consecuencias penales proporcionadas al hecho antijurídico y este último constituye un presupuesto necesario tanto de la pena como de la medida de seguridad. El legislador ha optado por un sistema de equiparación de unas y otras consecuencias, que se someten a un mismo esquema garantista⁵⁹⁶. En cuanto al sistema de relaciones entre pena y medida de seguridad, el Código vigente opta por un modelo dualista flexible, de fuerte inspiración vicarial en el momento de la ejecución de las consecuencias (penas o medidas) privativas de libertad, que hace de la inimputabilidad o semi-imputabilidad presupuesto indispensable para la aplicación de una medida de seguridad.

No se puede ni se debe confundir el presupuesto legal de las medidas (post-delictuales) –la exigencia de la previa comisión de un delito- con el fundamento y fin de las medidas: la peligrosidad del autor. El que la idea de proporcionalidad referida no a la peligrosidad del autor sino a la mayor o menos gravedad del delito cometido es objeto de discusión en la doctrina⁵⁹⁷.

⁵⁹⁵ MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. PG* 8ª ed...op. cit. pág.588-589; CUELLO CONTRERAS, J. *El Derecho Penal español. V. 3ª ed.,op. cit.,* pág. 151; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al Derecho Penal*. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005, pág. 389. Reconocimiento expreso en este sentido, la STS de 14 de marzo de 2002 (RJ 2002\3736).

⁵⁹⁶ Sobre el problema, QUINTERO OLIVARES, G. *Parte General del Derecho penal*. 4ed...op. cit. pág.732; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. “Estados peligrosos y medidas de seguridad” en *Derecho Penal. PG. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (Directo) 2ª ed. ...op. cit. pág. 165*; GONZÁLES RUS, Juan José. En: *Comentarios al Código Penal* (dirigidos por COBO DEL ROSAL). Tomo I. Edersa, Madrid, 1999, págs. 210 y ss.

⁵⁹⁷ JORGE BARREIRO, A. “Sub Título IV”. En: *Comentarios al Código penal*. Rodríguez Mourullo (Director)/Jorge Barreiro (Coordinador), Civitas, Madrid, 1997, pág. 297.

En el sentido del texto: SANZ MORÁN, AGUADO CORREA, CEREZO MIR, CHOCLÁN MONTALVO, GRACIA MARTÍN, JORGE BARRERO, LASCURAÍN SÁNCHEZ, LUZÓN PEÑA, MANZANARES SAMANIEGO, MAZA MARTÍN, PORTERO GARCÍA, ROBLEDÓ VILLAR, RODRÍGUEZ MOURULLO, SIERRA LÓPEZ, SILVA SÁNCHEZ, y URRUELA

El CP limita la duración de la aplicación de las medidas de seguridad privativas de libertad, en inimputables y semi-imputables, al tiempo que habría durado la pena privativa de libertad si el sujeto hubiese sido declarado responsable, lo cual puede determinar, por regla general, resultados insatisfactorios desde un punto de vista estrictamente clínico o terapéutico. En efecto, el sujeto peligroso que ha delinquido puede requerir un tratamiento que exija su internamiento, aunque el concreto hecho delictivo por él cometido no se castigue en el Código con pena privativa de libertad. Esta última exigencia de naturaleza normativa, se configura legalmente prescindiendo de las exigencias preventivo/especiales (clínicas o terapéuticas) convirtiéndose en un obstáculo insalvable para que el peligroso sea sometido al tratamiento médicamente prescrito. Lo mismo ocurre, a juicio de GARCÍA PABLOS, con la segunda restricción legal. “Si el fundamento de las medidas reside en la necesidad de satisfacer exigencias de prevención especial frente a la peligrosidad de ciertas personas que han delinquido, no sólo la naturaleza de aquellas, sino su duración, debe vincularse más a prescripciones clínicas, terapéuticas, que a criterios normativos, referidos al hecho delictivo perpetrado. También aquí puede plantearse un antagonismo

MORA.

A favor de la solución adoptada por el Código Penal español: AYALA GARCÍA, CUERDA ARNAU, GARCÍA ARÁN, GONZÁLEZ RUS, MUÑOZ CONDE, OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, POLAINO NAVARRETE y POLAINO ORTIS, QUINTERO OLIVARES, DEL ROSAL BLASCO, VIVES ANTÓN y ZUGALDÍA ESPINAR. Ver nota de SANZ MORÁN, A. *Las medidas de seguridad y de corrección en el Código penal*. RDP, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 181, nota 52. En relación a la proporcionalidad, es útil recordar la STS de 12 de noviembre de 2001 (RJ 2002/11241): "las medidas de seguridad no pueden tener una duración mayor que la que pudiera ser impuesta de no mediar la eximente declarada concurrente, pero la extensión de ese límite se corresponde con la pena que en abstracto fuera aplicable al hecho cometido. A este límite de duración se refieren los Arts. 101 a 104 del Código Penal. Los Arts. 101, 102 y 103 dicen que «el internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiera sido declarado responsable»; mientras que el 104 dice que «no podrá exceder de la pena prevista por el código para el delito». Por sus términos literales este artículo 104 se refiere a la pena en abstracto prevista en la ley. Por el contrario los Arts. 101, 102 y 103 parecen aludir a la pena concreta que tendría que haberse impuesto en el caso de que no se hubiera aplicado la eximente. Entendemos que los términos del Art.104, antes referidos, señalan un límite máximo para la medida de seguridad, que coincidirá con el límite máximo de la pena señalada para el delito de que se trate. Adviértase que la norma general del Art. 6.2 CP habla de este límite máximo con referencia a la «pena abstractamente aplicable al hecho cometido» Por ello, esta Sala no ha estimado necesaria, tanto en los casos de eximente completa como en los de incompleta, que el Juzgado o Tribunal determine en concreto en su sentencia que sanción habría fijado teniendo en cuenta todos los elementos que el Código Penal pone a su disposición para la individualización de la pena. Ha de calcularse, pues, ese límite máximo de la duración de la medida de seguridad por el límite máximo de la pena a imponer, no por la pena concreta con que se hubiera sancionado de no existir esa eximente. Por eso el órgano jurisdiccional que impone una medida de seguridad consistente en privación de libertad solo ha de tener en cuenta ese máximo legal posible de duración de la pena si no hubiera habido eximente, y no tiene obligación de determinar en concreto cuál habría sido esa pena de no haber concurrido la eximente".

Este principio de proporcionalidad, concretado en el criterio temporal que vincula la duración de la medida a la que hubiera tenido la pena, ha sido criticado por importantes autores llegando a considerar HIGUERA GUIMERÁ que "tanto el límite de la pena «concreta» como el límite de la pena en «abstracto» que se deducen del Código penal no son convincentes y son totalmente erróneos, confusos y perturbadores, puesto que el único límite de las medidas de seguridad es el que «sea necesario para hacer frente a la peligrosidad criminal del sujeto».

irreconciliable entre las exigencias médicas del tratamiento prescrito, y las limitaciones temporales inexorables que el Código vigente impone y que prevalecen”⁵⁹⁸.

Para GARCÍA PABLOS, el que sólo puedan aplicarse a sujetos inimputables o semiimputables “no tiene fácil justificación teórica ni político-criminal, porque excluye a sujetos imputables que han delinquido y muestran un evidente pronóstico de peligrosidad criminal”⁵⁹⁹.

Todas las medidas de seguridad tienen una duración legalmente determinada (Art. 105 respecto a las no privativas de libertad); responden a la idea de proporcionalidad antes expuesta; sólo pueden imponerse si son necesarias para hacer frente a la peligrosidad del sujeto; y se someten a un flexible régimen de suspensión y sustitución al que se hará referencia (Art. 97). Pero las privativas de libertad cuentan con un régimen legal específico y diferenciado, tanto se impongan a inimputables como a semi-imputables. Dicho régimen, muy restrictivo, pretende limitar la aplicación de estas medidas a los casos más graves. Que la imposición de las mismas no sea imperativa, sino facultativa y no basten para acordar aquella los requisitos que con carácter genérico exige el artículo 95.4. y, además, establecer un límite temporal máximo a su duración, que en ningún caso pueda rebasar la de la pena impuesta al delito cometido⁶⁰⁰.

Se consagra en el artículo 95.2 CP el principio de subsidiariedad o excepcionalidad, expresión del principio de proporcionalidad, restringiendo la imposición de estas medidas a los supuestos más graves, a los delitos castigados con pena privativa de libertad.

Las medidas privativas de libertad son de naturaleza facultativa, de acuerdo a los artículos 101.1 y siguientes, su imposición queda a criterio del Tribunal. “Es propósito claro del Código evitar una aplicación mecánica, automaticista, de estas medidas, que se conformara con la concurrencia en el caso de los requisitos o presupuestos genéricos del artículo 95. Precisamente por ello, y siguiendo el mandato del artículo 6.2 (‘ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor’), los artículos 101.1, 102.1 y

⁵⁹⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Introducción al Derecho Penal...* op. cit., pág. 391.

⁵⁹⁹ *Ibidem.* cit., pág. 392;

⁶⁰⁰ *Ibidem.* cit., pág. 394; QUINTERO OLIVARES, G. *Parte General del Derecho Penal.* ...op. cit. pág. 732; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal.PG...* op. cit. págs. 592-593; MIR PUIG, S. *Derecho Penal. PG...* op. cit. pág. 801; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. “Estados peligrosos y medidas de seguridad” en *Derecho Penal. PG.* Zugaldía Espinar, J.M. *Derecho Penal. PG. (Director)*, 2ª ed...op. cit. pág.169.

103 autorizan la medida de internamiento del inimputable exclusivamente ‘si fuere necesaria’⁶⁰¹.

Para FONSECA MORALES, el límite establecido por el Art. 6. 2 plantea un serio problema en relación con aquellos sujetos que siguen siendo peligrosos una vez transcurrido el periodo de duración de la medida de seguridad, pero también es preciso reconocer que con esta limitación temporal establecida en el actual Código Penal se evita, como pasaba con el anterior Código, la absoluta arbitrariedad e indefensión que se escondía bajo la comprensión de la medida como un expediente con el que aislar indefinidamente al sujeto de la sociedad, en lugar de intentar conseguir con ella su curación⁶⁰².

El propósito del legislador de determinar el contenido y duración de las medidas de seguridad, de poner un límite objetivo y preciso, de condicionar la imposición de las mismas a su estricta necesidad parece muy positivo. Sin embargo, el modo y la forma de materializarlo no convence a un sector de la doctrina porque la proporcionalidad entre hecho realizado y consecuencia jurídica es privativa de la pena y no puede extrapolarse a la medida, sin confundir ambas.

Para GARCÍA PABLOS de MOLINA, al legislador le preocupa, ante todo, establecer ‘límites’ seguros y efectivos a las medidas de seguridad, tradicionalmente sumidas en un régimen de indeterminación de peligrosa tendencia expansiva. Y que la gravedad de la pena señalada al hecho cometido ofrece un criterio más cierto y riguroso que el siempre subjetivo y circunstancial pronóstico de peligrosidad. “Pero el déficit empírico-científico del juicio de peligrosidad –como el éxito o fracaso del tratamiento- constituye y ha constituido siempre el ‘talón de Aquiles’ de las medidas de seguridad, el calvario de la ‘prevención especial’, sin que por ellos se haya renunciado a las medidas de seguridad. Sustituir ahora el criterio de la peligrosidad del autor, por el de la gravedad del hecho cometido, en el momento de normar el régimen de las medidas representa una inquietante carga de profundidad contra éstas, y contra la propia distinción entre pena y medida”⁶⁰³.

⁶⁰¹ *Ibidem.* cit., pág. 394.

⁶⁰² FONSECA MORALES, G.M. *Exención y Atenuación de la responsabilidad criminal por anomalía o alteración psíquica...* op. cit., pág. 164;

⁶⁰³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Introducción al Derecho Penal...* op. cit., pág. 396.

2. Destinatarios de las medidas de seguridad.

Como es sabido, el CP español establece en el Art. 6 las condiciones y requisitos básicos de las medidas de seguridad y, en su Título IV del Libro I, la regulación de dichas medidas (Art. 95 a 108).

Son sujetos destinatarios o idóneos a los que procede imponer una medida de seguridad los siguientes:

i. Sujetos inimputables de un hecho injusto típico y criminalmente peligrosos: los contemplados en el Art. 20. 1º, 2º y 3º del CP y a cuya situación se refieren los Arts. 101, 102 y 103 del mismo CP.⁶⁰⁴

ii. Sujetos semi-imputables de un hecho injusto típico y criminalmente peligrosos: los contemplados en el Art. 20. 1º, 2º y 3º del CP y a cuya situación se refiere el Art. 104 (en tanto eximente incompleta) del mismo CP. Toda vez que en este supuesto se impondrá una pena y una medida de seguridad privativa de libertad, el Art. 99 establece que “el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vez alzada la medida de seguridad, el juez o tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquella, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 96. 3”. En palabras de POLAINO NAVARRETE, el sistema español sería una especie de moderno sistema dualista: “supone que la clave de la armónica aplicación de ambas sanciones penales radica en el sistema ‘*vicarial*’ o ‘*substitutivo*’, según el cual la *medida* podrá *substituir a la pena* en la imposición de las consecuencias aplicables a la realización del comportamiento descrito en los tipos legales de *forma vicarial*, con arreglo a la cual la aplicación de medidas *se computa* en la penalidad total y excluye el tanto correspondiente a la pena a que se ha hecho acreedor el autor de la realización delictiva”⁶⁰⁵.

⁶⁰⁴ A modo de ejemplo, STS de 4 de mayo de 2010 (RJ2010/3250); STS de 2 de febrero de 2011 (RJ 2011/691); STS de 3 de marzo de 2012 (RJ2012/1391) o STS de 26 de abril de 2013 (RJ 2013/2735).

⁶⁰⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Instituciones de Derecho penal*....op. cit., pág. 197. MIR PUIG, S. *Derecho Penal.PG*...op. cit. pág. 794; QUINTERO OLIVARES, G. *Parte General del Derecho Penal*...op. cit. pág. 124; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. PG*....op. cit. pág. 591.

3. Presupuestos para la aplicación de medidas de seguridad.

El Derecho Penal del siglo veinte y uno es un Derecho Penal del hecho y no de autor: *‘cogitationis poenam nemo patitur’*. Hoy en día, lo que el Derecho penal español acepta son las medidas de seguridad “post-delictuales” las que para ser aplicadas demandan, imperativamente, ciertos presupuestos o requisitos:

3.1. Presupuesto fáctico-normativo: el hecho injusto típico⁶⁰⁶.

Para el legislador penal, presupuesto y fundamento de la aplicación de una medida de seguridad es, necesaria e inevitablemente, la realización previa de un hecho injusto típico. El Art. 6. 1 es claro al señalar un doble requisito normativo: que la medida de seguridad demanda una *“peligrosidad criminal exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito”*. Ahora bien, como precisa POLAINO NAVARRETE: *“no hay peligrosidad criminal relevante sin previo injusto típico”*⁶⁰⁷.

Por otro lado, la exigencia de la realización de un injusto típico precedente por parte del sujeto (criminalmente peligroso) desempeña una función como criterio delimitador entre las medidas administrativas y las medidas de seguridad jurídico-penales. Además, la naturaleza de las medidas de seguridad, ponen entre paréntesis la idea del “principio de culpabilidad” como principio básico del Derecho penal moderno. En efecto, las medidas de seguridad hacen la excepción al principio de culpabilidad, ya que la peligrosidad del autor (como fundamento de la medida) hace las veces de culpabilidad (como fundamento de la pena).

3.2. Presupuesto fáctico-valorativo de la medida de seguridad: la *“peligrosidad criminal”*.

⁶⁰⁶ Por todos, CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal español*. 5ª ed...op cit. pág. 35 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G. *Parte General del Derecho Penal*. 4ª ed...op. cit. pág. 125; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal*. PG. 8ª ed...op. cit. pág. 588; MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias Jurídicas del delito*. 5ª ed...op. cit. pág. 372; A modo de ejemplo, STS de 18 de octubre de 2004 (RJ 2004/6552); STS de 15 de junio de 2005 (RJ 2005/3854); STS de 14 de junio de 2006 (RJ 2006/4065); STS de 18 de julio de 2007 (RJ 2007/5283); STS de 22 de octubre de 2008 (RJ 2008/6104); STS de 11 de junio de 2009 (RJ 2009/3925); STS de 4 de mayo de 2010 (RJ 2010/3250); STS de 28 de enero de 2010 (RJ 2010/636) o STS de 26 de abril de 2013 (RJ 2013/2735).

⁶⁰⁷ *Ibidem*. cit., pág. 367.

Sin perjuicio del tenor de la ley (Art. 95.1. 2 del CP de 1995) puede concebirse el juicio de peligrosidad criminal del sujeto como probabilidad de realización de nuevos delitos en el futuro. La peligrosidad criminal presupone la comisión de un injusto típico. El injusto típico comprende la ejecución del acto típico de manera antijurídica, sin causal de justificación que lo justifique, y en donde su protagonista es una persona inimputable o semi-inimputable.

La “peligrosidad” supone una prognosis, una anticipación de futuro, que pretende construir un pronóstico previo a un tratamiento adecuado que necesita un buen diagnóstico. Es aquí donde será necesaria la intervención de un especialista, perfecto conocedor de la materia, para que aporte al juez los informes que sean necesarios para el ulterior juicio de peligrosidad.

Para la doctrina criminológica, el pronóstico de peligrosidad es algo inseguro porque no se estructura en datos objetivos de orden científico y menos aún en análisis probabilísticos⁶⁰⁸. Para su determinación se utilizan actualmente varios métodos susceptibles de ser abarcados en dos grandes categorías: clínicos y estadísticos. Los primeros relativamente subjetivos, incluyen entrevistas, observación de comportamiento y el uso de inventarios o escalas. Los segundos, por su parte, son más objetivos y explícitos no requiriendo ningún juicio de valor por el evaluador⁶⁰⁹. Entre los elementos valorados por dichos métodos a la hora de determinar la peligrosidad encontramos fundamentalmente la nocividad, motivación por la norma o intimidabilidad y subcultura.

Tratándose de una medida de seguridad prevista en el ámbito de la eximente de alteración de la percepción, dicha medida posee una finalidad curativa, apoyadas en la idea de que la peligrosidad es susceptible de terapia o cuanto menos de tratamiento Así lo recoge la STS de 14 de marzo de 2002 (RJ 2002/13736) al indicar: "Por ello, junto al principio de legalidad, tanto en la aplicación como en la ejecución de las medidas de seguridad, y de otros principios que se deducen de la propia literalidad de los preceptos que integran el Título IV del Libro II del Texto legal y otras normas conexas, tales como, el de

⁶⁰⁸ CUELLO CONTRERAS, J. *El Derecho Penal español*. V.I., 3ª Ed...op. cit. pág. 153; ESBEC RODRÍGUEZ, Enrique. "Violencia y trastorno mental". En: *Cuadernos de Derecho Judicial. Psiquiatría criminal y comportamientos violentos*. Nº VIII. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, págs. 120 y 121.

⁶⁰⁹ *Ibidem*. cit., pág. 121. En igual sentido, CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal español*. 5ª ed...op. cit. págs.36-37; MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*...op. cit. pág. 374. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. "Estados peligrosos y medidas de seguridad" en *Derecho Penal*. PG. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (Director) 2ª ed...op. cit. pág. 166; ORTS BERENGUER, Enrique. *Compendio de Derecho Penal*...op. cit., pág. 497.

jurisdiccionalidad, tanto en la aplicación como en la ejecución de la medida (arts.3. 1 y 2, 95. 1 y 97 CP), el de proporcionalidad en relación con la gravedad del hecho cometido y de su sanción punitiva (arts. 6. 2, 95. 2, 101. 1 inciso 2º, 102. 1 inciso 2º, 103. 1 inciso 2º y 104 inciso 2º CP) o el de obligatoriedad del cumplimiento de la medida impuesta (arts. 100 y 468 CP), adquiere un carácter también esencial, sino incluso prioritario, el de la finalidad terapéutica de la intervención penal para el supuesto del sujeto inimputable, que late como fundamento y objetivo último de este instrumento legal, vinculado a la pena en su función de reinserción social por mandato del artículo 25 de la Constitución Española").

4. Medidas de seguridad susceptibles de aplicación en el caso de configurarse la eximente “alteraciones en la percepción” del Art. 20. 3º CP.

De conformidad a lo dispuesto en el Art. 103 del CP, si se declara exento de responsabilidad sobre la base de la eximente “alteraciones en la percepción”, el Juez o Tribunal sentenciador “puede aplicar”, si fuere necesaria, la medida de internamiento en un centro educativo especial, el cual, no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiere sido declarado responsable. Lamentablemente, no existe jurisprudencia sobre el particular porque los centros educativos especiales para adultos a los que se refiere el Art. 103, no han sido creados. Aplicada la medida de internamiento, el sometido a ella no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador. Por otro lado, el Art. 98 CP establece que, cuando se trate de una medida de seguridad privativa de libertad o de una medida de vigilancia, el Juez de Vigilancia está obligado a formular, al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida ante el Juez o Tribunal sentenciador, obligación que, tratándose de un internamiento en un centro educativo, deberá hacerse al terminar cada curso o grado de enseñanza.

Además, el tribunal puede aplicar, si lo estima necesario, cualquier otra de las medidas no privativas de libertad previstas en el apartado 3 del Art. 96 CP, a saber:

“1. La inhabilitación profesional.

2. La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España.

3. La libertad vigilada.

4. La custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia Penitenciaria y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.

5. La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

6. La privación del derecho a la tenencia y porte de armas”.

Por su parte, el Art. 105 señala que cuando se imponga una medida privativa de libertad (v.gr. internamiento en un centro educativo) podrá imponer una o más medidas dentro de un determinado tiempo. De esta forma, si aplica como medida la libertad vigilada o custodia familiar, no podrá ser por un tiempo superior a 5 años; en cambio, podrán aplicarse por un tiempo de hasta 10 años, la libertad vigilada en los casos en que expresamente lo disponga el CP, o la privación del derecho a la tenencia y porte de armas o la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

Cuando la pena que se hubiera podido imponer por el delito cometido no fuera privativa de libertad, el juez o Tribunal solo podrá aplicar las medidas de seguridad no privativas- de libertad contempladas en el art. 96.3 CP. Extremo éste que, según HIGUERA GUIMERA, no parece acertado pues un sujeto puede ser sumamente peligroso aun cuando la pena del hecho delictivo perpetrado no sea privativa de libertad. Por lo que debería hacerse extensible también a estos casos la aplicación de la medida de internamiento⁶¹⁰.

5. Alteraciones de la percepción como eximente incompleta.

Tratándose- de un supuesto de eximente incompleta, por disposición del art. 104, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, la medida de internamiento prevista en el Art. 101,102 y 103 la que se utilizará como un instrumento complementario a la anterior. Dicha medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la pena prevista por el Código para el delito.

⁶¹⁰ HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe. "El sistema de medidas y el erróneo criterio en la formulación del principio de proporcionalidad en el Código Penal de 1995", 2002, pág. 1078.

6. Concurrencia de pena y medida de seguridad.

Si se trata de un caso en el que concurre una pena y una medida de seguridad, el Art. 104 remite para su aplicación a lo dispuesto en el Art. 99, según el cual, el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vez alzada la medida de seguridad, el juez o tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el Art. 108.

En algunas ocasiones, la jurisprudencia ha aplicado la medida de seguridad de tratamiento ambulatorio o sumisión a tratamiento externo en centro médico adecuado a su enfermedad, retraso mental crónico moderado⁶¹¹, leves⁶¹², un trastorno de la sensopercepción, desde la infancia, unido a un retraso mental leve⁶¹³, trastorno de la personalidad⁶¹⁴ y trastorno de la personalidad asociado a abuso de alcohol y deterioro cognitivo propio de su situación de marginalidad, unido a alteración de la realidad que le hace actuar en función de dicha alteración⁶¹⁵, o bien la medida de *sometimiento a programas* de tipo formativo, cultural, educativo profesional, de educación sexual y otros similares, tal como la medida de asistencia a terapia ocupacional en un supuesto de retraso mental leve moderado⁶¹⁶.

7. Observaciones críticas al sistema de medidas.

En términos generales, la doctrina suele formular ciertas críticas al sistema de medidas de seguridad en el sistema penal español, a saber:

a) Hay una gran escasez de recursos en relación a la necesidad y adecuación de los establecimientos de tipo psiquiátrico, educativo y de deshabitación, así como de los de carácter socio-sanitario (en relación con la asistencia psiquiátrica extra-hospitalaria) o de

⁶¹¹ SAP de Valencia de 4 de mayo de 2005 (SUR 2005/163880).

⁶¹² STS de 25 de febrero de 2002 (RJ 2002/3365).

⁶¹³ SAP de Murcia de 12 de marzo de 1997 (ARP 1998/1658).

⁶¹⁴ STS de 8 de abril de 1992 (RJ 1992/3129).

⁶¹⁵ SAP de Madrid de 18 de mayo de 2004 (JUR 2004/233382).

⁶¹⁶ SAP de Madrid de 16 de mayo de 1997 (ARP 1997/2060).

formación sexual prácticamente inexistentes⁶¹⁷. A lo anterior, cabe recordar que es especialmente lamentable la no existencia de establecimientos educativos para adultos a los que se refiere el Art. 103 CP.

b) Se ha constatado que las medidas privativas de libertad no son eficaces si no conllevan otra alternativa terapéutica, pues es una realidad que en la mayoría de los casos, los sujetos peligrosos una vez cumplidas las mismas, siguen siéndolo⁶¹⁸.

c) Es discutible que la aplicación de las medidas de seguridad procedan solamente a los hechos previstos como delitos y no a las faltas, lo que parece censurable en cuanto que también los sujetos que cometen faltas pueden ser peligrosos criminales⁶¹⁹.

d) De igual manera, es discutible la limitación en la aplicación de las mismas solo a los supuestos de exención completa o incompleta. No se ve la razón por la que no se puedan imponer en casos de un sujeto responsable penalmente.

e) El paralelismo que establece el Título Preliminar del Código entre pena y medida implica, sin embargo, una confusión conceptual que olvida la distinta naturaleza, estructura y función de una y otra. Esto se constata cuando el artículo 6.2 del mismo, primero, y otros preceptos concordantes, después, establecen como límite máximo de duración de la medida el de la pena del delito correspondiente (artículos 101.1, 102.1, 103.1 y 104). "Poner fin al régimen de indeterminación de las medidas es un objetivo loable. Limitar con mayor precisión posible la duración de estas consecuencias penales, lógicamente también. Pero no, hacerlo desconectando la duración y vicisitudes de la medida de seguridad de la peligrosidad del sujeto que es el criterio rector y propio fundamento de las medidas de seguridad"⁶²⁰.

⁶¹⁷ CARRASCO GÓMEZ, J. J. y MAZA MARTÍN, J. M. *Manual de psiquiatría legal y forense*...op. cit., pág. 501. También HIGUERA GUIMERA ha denunciado esta escasez de medios en relación a los Establecimiento psiquiátricos penitenciarios (HIGUERA GUIMERA, J. F. *Penados con deficiencias psíquicas en establecimientos <<no psiquiátricos>> penitenciarios*. 2006, pág. 835).

⁶¹⁸ TEROL LEVY, Odette. "Medidas de seguridad en delitos violentos. Programas de intervención en delitos sexuales". En: *Cuadernos de Derecho Judicial. Psiquiatría criminal y comportamientos violentos*. Nº VIII. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pág. 197.

⁶¹⁹ CEREZO MIR, J. *Medidas de seguridad aplicables a las personas exentas de responsabilidad penal por padecer una anomalía o alteración psíquica*...op. cit., págs. 929 y 930; HIGUERA GUIMERA, J. F. "El sistema de medidas y el erróneo criterio en la formulación del principio de proporcionalidad en el Código Penal de 1995". 2002, pág. 1080 y MATEO AYALA, E. *La medida de seguridad de internamiento psiquiátrico. Su ejecución y control*. 2004, pág. 55.

⁶²⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Introducción al Derecho Penal*...op. cit., pág. 390.

8. Situación en Chile.

En primer término, cabe señalar que el CP chileno se basó en el CP español de 1848/1850 y, hasta el día de hoy, las causales de inimputabilidad, sin considerar la menor edad, son: “la locura o demencia y el trastorno mental transitorio”. En consecuencia, no existe una eximente expresa igual o semejante a la contemplada en el Art. 20.3 del CP español sobre “Alteraciones en la percepción” o referida a la situación de un sordomudo o ciego y que, por esa especial condición, sufra una especie de aislamiento socio-cultural que le incapacite para conocer el carácter ilícito de un hecho o autodeterminarse conforme a dicho conocimiento. Por lo tanto, si el inculpado es un sordomudo o ciego y su carencia es de tal gravedad que anule los elementos que integran la imputabilidad penal (comprensión de lo ilícito o autodeterminación) la doctrina estima que se lo debe homologar a un caso de oligofrenia o retardo mental grave y, en ese supuesto, subsumirlo como una modalidad de locura o demencia (Art. 10 N° 1 CP chileno), o bien, configurar en torno a él un caso de error de prohibición (aplicación analógica del Art. 10 N° 1 CP chileno)⁶²¹.

8.1. Tratamiento legal de las Medidas de Seguridad en el Código Procesal Penal Chileno.

8.1.1. Marco normativo.

Para la doctrina nacional, de manera unánime, en Chile rige un sistema que establece dos formas de reacción frente a la criminalidad: penas y medidas de seguridad⁶²².

Las medidas de seguridad se encuentran actualmente normadas en el Código Procesal Penal, careciendo de regulación constitucional, lo que hace especialmente complejo abordar su problemática ya que no se han establecido garantías mínimas a su respecto. “*Dado que nuestra Constitución Política no hace referencia a las medidas de seguridad, ni siquiera resulta clara su admisibilidad como un mecanismo de privación o restricción de derechos*”⁶²³, a diferencia de lo que se ha establecido por el legislador respecto de las penas en el Art. 19 N° 3 incisos 7° y 8°.

⁶²¹ CURY, Enrique. *Derecho Penal*. P. G. Ed. PUC., Santiago, 2009, pág. 448; POLITOFF, S./MATUS, J.P./RAMÍREZ, M.C. *Lecciones de Derecho penal chileno*. P. G. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pág. 315.

⁶²² FALCONE, Diego. *Una mirada crítica a la regulación de las medidas de seguridad en Chile*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° XXIX, año 2007, Valparaíso, Chile, pág. 235.

⁶²³ *Ibidem*. cit., pág. 248.

El Código Procesal Penal no define conceptualmente qué debemos entender por medida de seguridad, sino, sólo se limita a mencionarlas el Art. 457.

8.1.2. Fundamento y procedencia.

Artículos 455 y 460 Código Procesal Penal

El fundamento establecido por el legislador para efectos de determinar si procede la aplicación de medidas de seguridad respecto de un individuo enajenado mental es la “peligrosidad”. Dicha circunstancia debe reunir dos características de acuerdo a lo establecido en el Art. 455 del Código Procesal Penal. Debe tratarse de una peligrosidad “post delictual”, esto implica que para su aplicación se requiere la comisión previa de un hecho típico y antijurídico, y en segundo lugar, deben existir antecedentes calificados que permitan presumir que atentará contra sí mismo o terceros. Se hace presente que esta presunción no implica el establecimiento de una peligrosidad criminal, toda vez que la frase empleada por el legislador es tan amplia que bien podría ser que el peligro fuera de perpetrar un hecho socialmente intolerable, aunque, no delictivo.

En cuanto a su procedencia, junto a lo dispuesto por el Art. 455 ya referido, el Art. 460 del Código Procesal Penal establece los requisitos que, en efectos prácticos, se exigen al Ministerio Público para que solicite la imposición de una medida de seguridad, esto es, debe haber concluido su investigación y estimar concurrente la eximente de responsabilidad criminal contemplada en el Art. 10 N° 1.

8.1.3. Clases de medidas de seguridad, recinto en que deben aplicarse.

El Art. 457 del Código Procesal Penal establece: “*Podrán imponerse al enajenado mental, según la gravedad del caso, la internación en un establecimiento psiquiátrico o su custodia y tratamiento*”.

Junto con mencionarlas, establece la prohibición de llevar a cabo la medida en establecimientos carcelarios y la obligación de trasladar a la persona contra quien se aplican, a una institución especializada para realizar su custodia, tratamiento o internación u hospital público más cercano en caso de no existir centros especializados en salud mental.

La sentencia que determina su aplicación, debe indicar la forma y condiciones en que se llevará a cabo la medida.

Imputado enajenado mental

Artículos 458, 459, 465 y 482 Código Procesal Penal

El Art. 458 establece que si durante el curso del procedimiento aparecieren antecedentes que permitieren presumir la inimputabilidad por enajenación mental del imputado, el Ministerio Público o el Juez de Garantía, de oficio o a petición de parte, solicitará el informe psiquiátrico correspondiente, explicitando la conducta punible que se investiga en relación a éste. El juez ordenará la suspensión del procedimiento hasta tanto no se remitiere el informe requerido, sin perjuicio de continuarse respecto de los demás coimputados, si los hubiere.

El Art. 459 establece para este caso, que el ejercicio de los derechos del imputado se realizará a través de un curador ad litem que se designará al efecto.

Tratándose de un imputado que cae en enajenación mental durante el procedimiento, el Juez de Garantía decretará, previo informe psiquiátrico, el sobreseimiento temporal o definitivo según sea el caso, siempre y cuando no procediere la terminación del procedimiento por otra causal o de acuerdo a lo establecido en el Art. 455, sea procedente la aplicación de una medida de seguridad.

En caso de estar un individuo imputable condenado por un delito, y cae en enajenación mental después de dictada la sentencia, el tribunal oyendo al fiscal y al defensor, declarará el no cumplimiento de la sanción y dispondrá la aplicación de una medida de seguridad en caso que procediere.

8.1.4. Internación provisional del imputado enajenado mental.

Artículo 464 Código Procesal Penal

Tratándose de un imputado respecto de quien se dan las circunstancias que el Art. 140 del Código Procesal Penal establece para determinar la procedencia de la medida cautelar de prisión preventiva, -esto es, habiéndose establecido la existencia del ilícito, existiendo presunciones fundadas de participación y necesidad de cautela-, no concurriendo las causales que el Art. 141 establece para improcedencia de la misma y junto con eso, existiendo un informe médico psiquiátrico que indique que sufre de una grave alteración o insuficiencia de sus facultades mentales que hagan presumible que puede atentar contra sí o contra terceros, el Juez de Garantía o el Tribunal Oral según corresponda, a petición de cualquiera de los intervinientes, podrá ordenar la internación provisional del imputado en un establecimiento asistencial.

8.1.5. Duración de la medida impuesta.

Artículo 481 Código Procesal Penal

El legislador establece un límite máximo de duración de la medida, no así un límite mínimo, toda vez que en el artículo 481 del Código Procesal Penal enmarca temporalmente la aplicación de la misma de acuerdo a dos criterios:

- i. Mientras subsistan las condiciones que las hubieren hecho necesarias.
- ii. En ningún caso, extendiéndose más allá del tiempo de pena mínima probable que pudo habersele aplicado al imputado en caso de ser condenado, esto es, el tiempo mínimo de privación de libertad que la ley contempla para el hecho típico y antijurídico cometido.

Esta postura que toma el legislador chileno respecto a la duración de las medidas de seguridad vale contrastarla con el fundamento que tiene respecto de la aplicación de las mismas, vale decir, la peligrosidad. Toda vez que, con el ánimo de cautelar garantías y derechos del individuo que sufre de enajenación mental, circunscribe temporalmente el límite máximo de aplicación de la medida a un criterio de proporcionalidad respecto del hecho cometido, sin atender ni hacer mención a la subsistencia o no de la peligrosidad una vez transcurrido dicho período, lo que atendiendo a criterios de prevención especial pura parece al menos discutible.

8.1.6. Control de ejecución de las medidas de seguridad.

Artículo 481 Código Procesal Penal

Se establece la obligación del centro asistencial bajo cuyo cuidado o custodia se encuentra el sujeto, de informar semestralmente la evaluación de su condición al Ministerio Público, curador y familiares, quienes pueden solicitar al juez de Garantía la suspensión o modificación de la medida.

Se establece la obligación del Ministerio Público de inspeccionar cada seis meses los establecimientos psiquiátricos o instituciones donde se encuentren internados o cumpliendo tratamiento enajenados mentales, debiendo informar al Juez de Garantía y solicitar medidas de protección en caso de vulneración de derechos.

El Juez de Garantía, recibidos los antecedentes, deberá adoptar las medidas urgentes que procedan y citar al Ministerio Público y curador a una audiencia para debatir la continuidad o modificación de la misma.

II. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO.

1. Introducción.

De todo delito o falta surge la obligación de reparar los daños y perjuicios causados (art. 109 CP).

Las normas sobre responsabilidad civil *ex delicto* se ubican en el CP y, a pesar del tenor literal del art. 1902 CC. (“Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del CP.”), éstas tienen naturaleza civil. Las razones que llevan a la doctrina mayoritaria a realizar esta afirmación, son⁶²⁴:

i. La pena es una sanción condicionada al hecho del culpable, razón por la cual, tiene un carácter personalísimo. La sanción civil, en cambio, consiste en la reparación, cuantificable en términos económicos, de un daño, y es transmisible a terceros. Por lo mismo, cobra en este terreno relevancia especial la distinción entre sujeto pasivo del delito y perjudicado. Este último puede hacer valer su pretensión reparatoria aunque no ostente la condición de sujeto pasivo.

⁶²⁴ MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., 2011, págs.. 458-459; MAPELLI CAFFARENA, B./TERRADILLOS BASOCO, J. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3ª ed., 1996, págs. 235 y ss.; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal*. PG. 8ª ed. .op. cit. págs.. 609-612; QUINTERO OLIVARES, G. *Parte General del Derecho Penal*. 4ª ed...op. cit. págs. 735-737; en el mismo sentido, ALASTUEY DOBÓN. En: GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 1998, págs. 397 y ss., quien señala, además, los siguientes argumentos en favor de la naturaleza civil de este tipo de responsabilidad: a) La obligación de resarcir el daño es una “obligación civil”, por mucho que el CC. en su art. 1902 se remita al CP en su tratamiento; b) La responsabilidad civil *ex delicto* constituye una parte de la responsabilidad civil extracontractual y se caracteriza por que el acto ilícito que la genera es constitutivo de delito, siendo éste el elemento diferenciador; c) Las diferencias entre la responsabilidad civil *ex delicto* y el resto de la responsabilidad civil extracontractual son sólo de tratamiento procesal, dado que la primera puede ejercitarse en el proceso penal, junto con la acción penal (arts. 100 y ss LECrim); d) El carácter civil de este tipo de responsabilidad se pone de manifiesto en la necesidad de acudir constantemente al CC para colmar lagunas que presenta la regulación del CP en esta materia; cfr. también, GONZÁLEZ RUS, J. J. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP) 1979, págs. 302 y ss.; MORILLAS CUEVA, L. Teoría de las consecuencias jurídicas del delito, Madrid, Tecnos, 1991, págs. 142-143; GARCÍA VICENTE, F. La responsabilidad civil en el nuevo Código Penal. En: *Actualidad Penal* (APen) 1996-2, pág. 646; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual, 1997, págs. 22 y ss.; SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, J. La reparación del daño *ex delicto*, 1997, págs. 5 y ss.; a favor sin embargo de considerar que la responsabilidad civil derivada de delito tiene naturaleza penal MOLINA BLÁZQUEZ, C. La aplicación de la pena, 1996, pág. 93, puesto que entiende que la tendencia debe ser que la reparación sea una respuesta al delito junto con las demás consecuencias previstas en el CP. Para ello, acude a argumentos tales como que el CP 1995 incluye como circunstancia atenuante el hecho de “haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o a disminuir sus efectos” (art. 21.5ª), que se exige la satisfacción de las responsabilidades civiles como requisito para la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad o que el Juez o Tribunal debe tener en cuenta los esfuerzos del condenado para reparar el daño causado en la sustitución de penas de prisión inferior a un año por arresto de fin de semana (art. 88.1º).

ii. La pena tiene una valoración retributiva y/o preventiva que determina su graduación. La responsabilidad civil, en cambio, -aunque de hecho pueda cumplir una función inhibitoria semejante a la pena- apunta a objetivos compensatorios.

iii. La pena se dirige a la tutela de un interés público o social en cuyo logro aparece comprometido el Estado; la sanción civil, en cambio, a un interés privado, frente al que el particular puede ejercer o hacer dejación de sus derechos, ya que la acción civil participa del carácter dispositivo de las acciones reguladas en la LEC. La renuncia es posible siempre que, según lo previsto en el art. 6.2 CC., no sea contraria al interés o al orden público ni perjudique a terceros.

iv. La responsabilidad civil derivada del delito no se determina según la gravedad del hecho, sino considerando los efectos producidos por éste.

v. La acción penal no se extingue por renuncia del ofendido, la acción civil, en cambio, puede ser renunciada por quien tenga derecho a ejercerla. La acción civil puede ser ejercida conjuntamente en el mismo proceso penal. No obstante, el Art. 109.2 CP permite al perjudicado ejercer la acción civil ante la jurisdicción civil.

2. Contenido de la responsabilidad civil proveniente del delito.

El art. 109 CP obliga a la reparación de daños y perjuicios causados por el delito. En el mismo sentido, el art. 116 declara la responsabilidad civil de los criminalmente responsables “si del hecho se derivaren daños o perjuicios”. El art. 100 LECrim. establece que “de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de daños y perjuicios causados por el hecho punible”.

No todos los hechos generadores de responsabilidad penal producen obligación indemnizatoria o resarcitoria. Esto es lo que normalmente ocurre en los casos de tentativa o en los delitos de peligro. También al contrario, existen supuestos donde no existe responsabilidad penal y sin embargo existe responsabilidad civil (p.ej. causas de inimputabilidad o algunas causas de justificación)⁶²⁵.

⁶²⁵ MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ªed., págs.. 478-479; MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, J. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., 1996, pág. 238; véase tb.

Las tres formas que puede revestir la responsabilidad penal derivada de delito son la restitución, la reparación y la indemnización.

a) Restitución⁶²⁶: Supone devolver la misma cosa al estado en que se encontraba antes de la comisión del delito. La restitución, con abono de deterioros y menoscabos, tiene un carácter preferencial en relación con las otras modalidades. Sólo cuando no fuere posible por deterioro irreversible o pérdida será pertinente la reparación. Así, a tenor del art. 111.1 CP, la restitución procederá aún cuando la cosa se hallare en poder de un tercero que la haya adquirido legalmente y de buena fe, quedando a salvo su derecho a repetir y, en su caso, a ser indemnizado por el responsable de la infracción criminal. Añade el párrafo siguiente que, esta disposición no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos en las leyes para hacerla irreivindicable.

Si la cosa ha sufrido daños, procederá acompañar la restitución con la reparación del menoscabo o deterioro, aun del ocasionado por fuerza mayor (art. 433 y 357 CC).

b) Reparación del daño⁶²⁷: Consiste en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, que el Juez o Tribunal establecerá, atendiendo a la naturaleza del daño y a las condiciones personales y patrimoniales del civilmente responsable. También determinará el Tribunal si las obligaciones han de ser cumplidas personalmente por el obligado o si pueden ser ejecutadas a su costa.

c) Indemnización de perjuicios⁶²⁸: El deber de indemnizar exige probar la existencia de unos daños, la cuantía de éstos y la relación de causalidad entre el delito y los daños. La

MORILLAS CUEVA, L. *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito...* op. cit., pág. 143.

⁶²⁶ MORILLAS CUEVA, L. *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., págs. 170 y ss.; GARCÍA VICENTE, F. APen 1996-2, pp. 648 ss.; MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed. págs. 466-469; MAPELLI CAFFARENA, B./TERRADILLOS BASOCO, J. *Las consecuencias jurídicas del delito...* op. cit., pág. 239; COBO DEL ROSAL, Manuel (Director.Coordinador). *Sinopsis de Derecho Penal...* op. cit., págs. 293-295; ORTS BERENQUER, Enrique. *Compendio de Derecho Penal*. PG: 3ª ed. 2011. Ed. TIRANT LO BLANCH., págs. 487-490; MOLINA BLÁZQUEZ, C. *La aplicación de la pena...* op. cit., págs. 94-95; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*. 1997, págs. 67 y ss.; SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, *La reparación del daño ex delicto*, 1997, págs. 121 y ss.; ALASTUEY DOBÓN, en: GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito...* op. cit., págs. 408 y ss.

⁶²⁷ MORILLAS CUEVA, L. *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito...* op. cit., pág. 172; MAPELLI CAFFARENA, B./TERRADILLOS BASOCO, J. *Las consecuencias jurídicas del delito...* op. cit., pág. 240; MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed. pág., 469-470; QUINTERO OLIVARES, G. *Parte General del Derecho Penal*. 4ª ed...op. cit. pág. 741; MOLINA BLÁZQUEZ, C. *La aplicación de la pena...* op. cit., pág. 95; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, 1997, págs. 73 y ss.; SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, J. *La reparación del daño ex delicto...* op. cit., págs. 31 y ss., 49 y ss.; ALASTUEY DOBÓN, en: GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito...* op. cit., págs. 410 y ss.

⁶²⁸ MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del delito...* op. cit., págs., 470-472; MORILLAS

indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieran causado al agraviado, sino también los que su hubieren irrogado por razón del delito a su familia o a un tercero (art. 113 CP). Ni en el ámbito del Derecho privado ni en el penal ha sido posible fijar las diferencias sustanciales entre reparación de daños e indemnización de perjuicios. No obstante, el criterio diferenciador más aceptado es el que entiende que la reparación va referida a las cosas y la indemnización a las personas. Ahora bien, los destinatarios de la indemnización (Art. 113 CP) son el agraviado (que no siempre coincide con el perjudicado), sus familiares o terceros.

La determinación de la cuantía a la que ha de ascender la indemnización, es facultad del Tribunal, pero se requiere la fundamentación de las bases sobre las que la ha determinado (art. 115 CP). Es un factor relevante para determinar la responsabilidad civil, la denominada “compensación de culpas” (Art. 114 CP), en la que cabe considerar si la víctima contribuyó o no a la producción del daño o perjuicio.

La tarea más compleja es la valoración de los daños morales. Se plantean dos cuestiones: cómo cuantificar el perjuicio en términos económicos y cómo hacerlo sin caer en el riesgo de convertir esta indemnización en una inmoral monetarización de bienes personalísimos. Así, en los supuestos donde el delito redunda negativamente en la posición profesional o en las perspectivas económicas de las víctimas es más sencillo concretar monetariamente los perjuicios morales. No obstante, suele ser generalizada la postura de tomar como referencia a efectos de concreción del daño moral criterios tales como los sufrimientos, la aflicción, el resentimiento, el ansia, etc.

CUEVA, L. Teoría de las consecuencias jurídicas del delito...op. cit., págs. 172 y ss.; GARCÍA VICENTE, F. A Pen 1996-2, pág. 650; MAPELLI CAFARENA, B./TERRADILLOS BASOCO, J. *Las consecuencias jurídicas del delito*...op. cit., págs. 240-241; MOLINA BLÁZQUEZ, C. *La aplicación de la pena*...op. cit., pág. 95; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*...op. cit., págs. 102 y ss.; ALASTUEY DOBÓN, en: GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 1998, págs. 412 y ss.

3. Personas civilmente responsables.

3.1. Responsabilidad civil ex delicto.

El art. 116.1 CP señala que todos los criminalmente responsables lo serán también civilmente si del hecho se hubieren derivado daños o perjuicios materiales o morales⁶²⁹. Si son varios, los Jueces o Tribunales señalarán la cuota de la que deba responder cada uno.

La obligación de restituir, reparar el daño e indemnizar los perjuicios se transmite a los herederos del responsable, de la misma forma que la acción de repetir se transmite a los herederos del perjudicado⁶³⁰.

En los casos en que concurren varios intervinientes, se establece un sistema mixto de solidaridad y subsidiariedad. Así, el art. 116.2 establece que autores y cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables. Para garantizar y facilitar la satisfacción de las obligaciones se dispone una responsabilidad solidaria que permite al acreedor dirigirse contra cualquiera de los deudores o contra todos ellos simultáneamente exigiendo el pago íntegro de la obligación. La obligación solidaria existe aun cuando los delincuentes sean juzgados por el mismo delito en distintos procesos.

De conformidad al Art. 116.2 CP si uno de los responsables no pudiera satisfacer sus obligaciones se harán efectivas éstas, en primer lugar, en los bienes de los autores, y después en los de los cómplices. Queda siempre a salvo el derecho de quien se hizo cargo de las obligaciones ajenas de repetir contra los demás exigiéndoles las cuotas correspondientes⁶³¹.

3.2. Responsabilidad civil extra delicto.

El principio general en esta materia es: la responsabilidad civil *ex delicto* supone la previa declaración de responsabilidad criminal. Sin embargo, existen supuestos en que puede declararse aquélla sin la concurrencia de ésta. Bien porque el autor de los hechos está

⁶²⁹ STS de fecha 26 de junio de 2013 (RJ 2013/3696).

⁶³⁰ MORILLAS CUEVA, L. *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, 1991, págs. 175 y ss. MAPELLI CAFFARENA, B. Las consecuencias jurídicas del delito...op. cit.. STSS de 27 de junio de 2012 (RJ 2012/4942) y STS de 11 de mayo de 2012 (RJ 2012/3899).

⁶³¹ MAPELLI CAFFARENA, B./TERRADILLOS BASOCO, J. *Las consecuencias jurídicas del delito*...op. cit., pág. 243; MOLINA BLÁZQUEZ, C. *La aplicación de la pena*...op. cit., pág. 96; ALASTUEY DOBÓN, en: GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*...op. cit., pág. 419.

amparado por una causa eximente, bien porque los sujetos civilmente responsables lo sean en razón de hechos delictivos ajenos⁶³². En efecto, es factible sostener que la responsabilidad civil proveniente de un hecho delictivo presenta dos características: a) la responsabilidad civil derivada de un delito, se encuentra asociada al “daño causado” por el delito (Art. 109 CP) o derivado de éste (Art. 116 CP), razón por la cual, puede entenderse como un caso de responsabilidad civil extracontractual y, b) para que surja una responsabilidad civil “derivada de un delito” no se requiere que el daño causado lo sea jurídico-penalmente típico. En consecuencia, puede originarse responsabilidad civil tanto de un delito de resultado como de uno de mera actividad o de peligro⁶³³. En algunos casos el TS ha extendido los daños a aquellos que no se han derivado en modo alguno de la conducta delictiva⁶³⁴. Más aún, se ha sostenido que para que un tribunal penal condene a un sujeto a título de responsabilidad civil derivada de delito “ni siquiera hace falta que se condene a nadie por delito alguno”⁶³⁵. En efecto, la excusa absolutoria de parentesco en los delitos patrimoniales no violentos ni intimidatorios (Art. 268 CP) no es impedimento a que tenga lugar, en el proceso penal, el pronunciamiento indemnizatorio, ni tampoco es preciso, la culpabilidad del sujeto activo (Art. 118.2ª CP)⁶³⁶. De igual manera, tampoco es preciso la concurrencia de la antijuridicidad penal del comportamiento p. ej. en el caso de un estado de necesidad agresivo. En pocas palabras, bastaría para configurar la responsabilidad civil derivada de un delito la mera existencia del tipo objetivo del delito de que se trate, al que eventualmente “se añadiría la ausencia de justificación objetiva del comportamiento”⁶³⁷.

El art. 118 contempla un primer grupo de casos. Así, la exención de responsabilidad criminal declarada en el art. 14 y en los números 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del art. 20 CP, no comprende la de la responsabilidad civil.

⁶³² MAPELLI CAFARENA, B. /TERRADILLOS BASOCO, J. *Las consecuencias jurídicas del delito...* op. cit., pág. 243; MONTÉS PENADÉS, en: VIVES ANTÓN, T.S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, I, 1996, págs. 638 y ss.; SUÁREZ GONZÁLEZ, C. en: RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código Penal*, 1997, págs. 350 y ss.; véase también, MORILLAS CUEVA, L. *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, 1991, págs. 149 y ss.; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, 1997, págs. 60 y ss.

⁶³³ STS de 19 de marzo de 1994 (RJ 1994/1880), en la que se condena a indemnizar a la víctima por los daños a la salud que se derivaron de amenazas (depresión) y cuya concreción no es elemento típico de dicho delito.

⁶³⁴ STS de 15 de febrero (RJ 2001/1056) o STS de 19 de marzo de 1994 (RJ 1994/1880) en que al condenado por delito de amenazas, se le condena a indemnizar a la víctima por el daño a la salud derivado de aquellas, lo cual, no es elemento típico de aquel delito.

⁶³⁵ SILVA SÁNCHEZ, J. M. ¿“Ex delicto”? “Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal”. InDret, Barcelona, Julio de 2001, www.indret.com, pág. 6.

⁶³⁶ MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del delito...* op. cit., pág. 458.

⁶³⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.M. ¿“Ex delicto”? “Aspectos de la llamada “responsabilidad civil”...op. cit., pág. 7.

Cuando la exención se deba a alteración de la conciencia de la realidad, en los términos del art. 20.3º, son también responsables civiles, en la medida que equitativamente determinen Jueces y Tribunales, los que tengan a los autores “bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte”⁶³⁸.

Un segundo grupo de casos lo integran supuestos en que la responsabilidad criminal existe, y el responsable criminalmente lo es también civilmente, pero en su defecto las obligaciones resarcitorias pueden recaer en otros sujetos.

Así, a tenor de lo dispuesto en el art. 120, son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente⁶³⁹:

i. Los padres o tutores por los daños y perjuicios causados por los delitos o faltas cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que hubiere por su parte culpa o negligencia.

3.3. Otros supuestos.

Sin embargo, hay casos en los que no coincide la responsabilidad penal con la civil; al respecto, como veremos a continuación, puede distinguirse entre: supuestos en los que no existe responsabilidad penal y supuestos de responsable civil distinto y subsidiario del responsable penal.

3.3.1. Responsabilidad civil en el caso de determinadas eximentes.

El art. 118 CP contiene las siguientes reglas destinadas a cubrir la responsabilidad civil en casos de inimputabilidad, estado de necesidad, miedo insuperable y error⁶⁴⁰. Se trata de casos en que, por tales motivos, no hay responsabilidad penal. Otros casos de ausencia de

⁶³⁸ A este respecto, GARCÍA VICENTE, F. APen 1996-2, págs. 655-656; MAPELLI CAFARENA, B./TERRADILLOS BASOCO, J. *Las consecuencias jurídicas del delito...* op. cit., pág. 244; MOLINA BLÁZQUEZ, C. *La aplicación de la pena...* op. cit. págs. 98 y ss.; ALASTUEY DOBÓN, en: GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito...* op. cit., págs. 424 y ss.

⁶³⁹ MOLINA BLÁZQUEZ, C. *La aplicación de la pena...* op. cit., pág. 102; MONTÉS PENADÉS, en: VIVES ANTÓN, T.S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995, I*, 1996, págs. 638 y ss.

⁶⁴⁰ SSTS de 8 de marzo de 1984 (RJ 1984/1719), 26 de diciembre de 1989 (RJ 1989/9782), 28 de mayo de 2002 (RJ 2002/6407), 28 de mayo de 2003 (RJ 2003/4279) y 22 de abril de 2004 (RJ 2004/3992).

responsabilidad penal no dan lugar en cambio a responsabilidad civil (así, cuando se obra en legítima defensa, del art. 20.4.^a CP).

En los casos de realización del hecho típico por quien padece una *enajenación mental o alteración en la percepción* desde el nacimiento o la infancia (art. 20.1 y 3 CP), son responsables civiles quienes los tuvieron bajo su potestad o guarda siempre que hubiere por su parte culpa o negligencia. Se trata de supuestos de la denominada «*culpa in vigilando*» atribuible a quien es responsable del inimputable, pero que debe ser demostrada y no presumirse. Esta responsabilidad civil de quien tiene la guarda del sujeto inimputable es compatible con la que pueda tener por sus propios hechos si son calificables autónomamente como hechos delictivos, por ejemplo, por omisión, comisión por omisión⁶⁴¹.

3.4. Responsables civiles principales y subsidiarios.

Los arts. 120 y 121 del CP establecen supuestos de responsabilidad civil subsidiaria que recae sobre determinadas personas en defecto del responsable penal. Para ello es necesario que el responsable penal no pueda hacer efectiva la responsabilidad civil p. ej. por razones de insolvencia, y que se dé una relación entre la persona que se halla obligada subsidiariamente y el delito cometido o a su autor.

Los requisitos de la responsabilidad civil subsidiaria son: 1) que entre el responsable civil subsidiario y el responsable penal (responsable civil directo) exista una relación jurídica o de hecho, en virtud de la cual, el responsable criminal se halle bajo dependencia, onerosa o gratuita, duradera o circunstancial, de su principal, o que la actividad que realizó el responsable civil directo lo sea con el asentimiento del responsable civil subsidiario y 2) que el delito que genera una y otra responsabilidad civil se halle dentro del ejercicio de las funciones encomendadas al infractor⁶⁴².

En el art. 120 CP se recogen hasta cinco situaciones de responsabilidad civil subsidiaria, aunque, la que para efectos de nuestra investigación la relevante es la de los

⁶⁴¹ STS de 02 de junio de 2013 (RJ 2013/3472); STS 237/2010; STS 822/2005.

⁶⁴² SSTs de 8 de febrero de 1990 (RJ 1990/1940), 29 de mayo de 2000 (RJ 2000/5230), 22 de septiembre de 2000 (RJ 2000/8070), 13 de diciembre de 2001 (RJ 2001/1180), 15 de febrero de 2002 (RJ 2002/3573), 29 de julio de 2002 (RJ 2002/6357), 24 de septiembre de 2002 (RJ 2002/8590), 14 de octubre de 2002 (RJ 2002/6709), 14 de marzo de 2003 (RJ 2003/2263), 29 de mayo de 2003 (RJ 2003/4412), 22 de octubre de 2004 (RJ 2005/782), 2 de noviembre de 2004 (RJ 2004/8091), 13 de diciembre de 2005 (RJ 2005/10172) y 9 de febrero de 2007 (RJ 2007/800).

padres o tutores, por los delitos o faltas cometidos por los sometidos a su patria potestad o tutela, siempre que por su parte haya habido culpa o negligencia⁶⁴³.

La acción para exigir la responsabilidad civil en el procedimiento regulado en la LO 5/2000, se ejercitará por el Ministerio Fiscal. Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él, de los daños y perjuicios causados, sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos.

4. Cumplimiento.

Los artículos 125 y 126 CP están dedicados «al cumplimiento de la responsabilidad civil y demás responsabilidades pecuniarias».

El art. 125 prevé la posibilidad de un pago fraccionado, cuando los bienes del responsable civil no sean suficientes para satisfacer de una vez todas las responsabilidades pecuniarias.

Por su parte, el art. 126 CP establece un orden de prelación para el pago de las responsabilidades pecuniarias cuando los bienes del penado (o del responsable civil subsidiario) no puedan cubrir todas. La imputación de los pagos se hará en el siguiente orden: 1º reparación e indemnización; 2º indemnización al Estado por los gastos; 3º costas acusación; 4º otras costas; y 5º la multa.

Si el delito fuera de los perseguibles a instancia de parte, en segundo lugar en el orden de pagos irían las costas de la acusación y en tercer lugar la indemnización al Estado.

⁶⁴³ Art. 120.1º CP y SSTS de 26 de marzo de 1999 (RJ 1999/2054), 13 de septiembre de 2002 (RJ 2002/8828) y 11 de mayo de 2005 (RJ 2005/7578).

**CAPÍTULO QUINTO: LA ALTERACIÓN
EN LA PERCEPCIÓN COMO CAUSAL
DE INIMPUTABILIDAD EN EL
DERECHO COMPARADO: ALEMANIA,
ITALIA, FRANCIA, PERÚ Y CHILE**

En el presente capítulo, se examinará si en los sistemas penales de Alemania, Italia, Francia, así como, en los de Perú y Chile, la alteración en la percepción ha sido considerada de manera expresa como causal de inimputabilidad y, de no existir una consagración legal positiva, de qué manera los casos que la doctrina y jurisprudencia española subsumen en aquella causal, son resueltos en dichos sistemas.

Tanto el sistema penal alemán, italiano como el francés, en cuanto al planteamiento de la inimputabilidad a consecuencia de trastornos psíquicos responden al método mixto, al exigir, todos ellos, un presupuesto bio-psiquiátrico y un efectos psicológico-jurídico semejante.

I. EL SISTEMA PENAL ALEMÁN.

Inimputabilidad por trastorno psíquico:

“Se comporta de manera no culpable quien, al tiempo de cometer el hecho típico, y a causa de un trastorno psico-patológico, alteración profunda de la conciencia, oligofrenia o de otra anomalía psíquica grave, es incapaz de comprender la antijuridicidad del hecho típico o de actuar de acuerdo a esta comprensión” (§20 del StGB.).

El sistema adoptado por el StGB, en cuanto al planteamiento de la imputabilidad, una vez constatado el antecedente biológico o psiquiátrico, esto es, la concurrencia de determinadas hipótesis psicopatológicas, se centra en ponderar, la capacidad de comprender o de valorar la antijuridicidad de los hechos realizados o de comportarse conforme a esa comprensión.

El StGB en materia de inimputabilidad utiliza el método mixto biológico-psicológico, se compone esta fórmula, por una parte, por un presupuesto biológico, definido mediante una secuenciada enumeración de términos o giros relacionados con la Psiquiatría: trastorno psíquico patológico, trastorno profundo de la conciencia, debilidad mental, anomalía mental grave; y de otro, por un factor psicológico que hace referencia a un déficit de la capacidad valorativa y de autodeterminación.

1. El presupuesto bio-psicopatológico.

Admite cuatro categorías:

1.1. Trastorno psico-patológico.

Esta categoría supone una causa corporal-orgánica demostrable. Según la opinión de la doctrina, podemos subsumir en esta categoría, entre otras, las psicosis endógenas y exógenas o las epilepsias.

Según ROXIN⁶⁴⁴, dentro de esta causal de inimputabilidad podemos mencionar a la embriaguez, por tratarse de una intoxicación corporal. No obstante, esta idea es contraria a la tradicional que califica la embriaguez como trastorno de conciencia.

En este terreno, se puede advertir una doble acepción de ‘trastorno patológico’ una en Psiquiatría y otra en Derecho y, es este último ámbito, donde dicha acepción es más amplia que la primera, al incluir también, aquellas perturbaciones psíquicas (psicosis endógenas) cuya etiología morbosa no ha sido cabalmente demostrada, acreditada de modo incontrovertible por la Psiquiatría⁶⁴⁵.

1.2. Alteración profunda de la conciencia.

Se han identificado como aquellos estados que, determinados sólo psíquicamente (se da una turbación o alteración de la mencionada facultad psíquica), o a los que se adiciona un factor ‘constelar’, no están sin embargo morbosa o patológicamente condicionados⁶⁴⁶. Quedarían englobadas en ella, las modificaciones de la misma (la conciencia) debidas a sopor, fatiga, agotamiento, acciones bajo hipnosis o en estados post-hipnóticos, así como determinadas formas de estado pasional⁶⁴⁷.

MAURACH/ZIPF⁶⁴⁸ consideran que el límite entre estos y los trastornos psico-patológicos es vago, y que podría darse una simultaneidad, una coexistencia entre ambas alternativas, especialmente en el ámbito del alcoholismo.

⁶⁴⁴ ROXIN, C. *Derecho penal...* op. cit., pág. 827.

⁶⁴⁵ JESCHECK, H. H./ WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal...* op. cit., pág. 470.

⁶⁴⁶ *Ibidem*, cit., pág. 471.

⁶⁴⁷ ROXIN, C. *Derecho penal...* op. cit., pág. 828; JAKOBS, G. *Derecho penal...* op. cit., pág. 638.

⁶⁴⁸ MAURACH, R./ZIPF, H. *Derecho Penal...* op. cit., pág. 614.

La ‘alteración profunda de la conciencia’ abarca también aquellos casos (de alteración de esta facultad psíquica) directamente vinculados al consumo de estupefacientes. Por el contrario, resulta inidóneo a tal efecto locacional la categoría del ‘trastorno psicopatológico’, ello no obstante, al cariz de tal condicionamiento psíquico, adjetivado de patológico, por la presencia de una intoxicación⁶⁴⁹.

También aquí podría estar ubicado el estado pasional, aunque gozará sólo de relevancia práctica en su grado intenso, dando lugar a verdaderos estados de absoluta inimputabilidad (...) por razones de prevención general, viene exigiéndose para su apreciación por parte de la moderna jurisprudencia, la no provocación culpable del estado de inimputabilidad, evitando así arbitrarias manipulaciones de la eximente⁶⁵⁰.

La expresa alusión que hace la Ley al adjetivo ‘profunda’ en referencia a la locución ‘alteración de la conciencia’, ha suscitado un reclamo doctrinal acerca de cómo o qué debe entenderse por tal calificativo. Así, es compartida la opinión de que por ‘profundo’ ha de considerarse toda aquella turbación, alteración o perturbación de dicha facultad psíquica que sobrepase el grado considerado como normal⁶⁵¹.

1.3. Oligofrenia.

En tercer lugar, siguiendo el secuenciado orden del presupuesto biológico del § 20, se incluye la ‘oligofrenia’, categoría que acogerá las diferentes formas y grados conocidos de retraso mental.

Se conviene en diferenciar entre los déficit de la inteligencia, cuyo génesis considera desconocido, o sin causa patológica constatable, y aquellas de etiología orgánicamente demostrable, susceptibles de emplazar, no en la categoría de los estados de retraso mental, sino en la de los trastornos psicopatológicos anteriormente tratada, por considerar que la constatación de procesos morbosos (orgánico-cerebral, traumatismos, lesiones) en los mismos, así lo acreditan o justifican⁶⁵².

⁶⁴⁹ ROXIN, C. *Derecho penal*...op. cit., pág. 829; JESCHECK, H.H./WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal*...op. cit., pág. 472.

⁶⁵⁰ MAURACH, R./ZIPF, H. *Derecho Penal*...op. cit., pág. 615; JAKOBS, G. *Derecho penal*...op. cit., pág. 640.

⁶⁵¹ JESCHECK, H. H./WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal*. 1993, pág. 472; ROXIN, C. *Derecho penal*...op. cit., pág. 829.

⁶⁵² ROXIN, C. *Derecho penal*...op. cit., pág. 833; JAKOBS, G. *Derecho penal*...op. cit., págs. 633 y 636.

La sola presencia de una base somática en el retraso mental, no debería llevar a la consideración que dicha oligofrenia, patológicamente condicionada, debe ser estimada como ‘trastorno psico-patológico’, lo que de otro modo, resultaría un desatinado ensanchamiento de esta categoría biológica.

1.4. Otra anomalía psíquica grave.

Esta causal ha sido introducida específicamente en la legislación vigente, para atribuir eficacia exculpatoria en el juicio de imputabilidad a aquellas desviaciones del ser psíquico que, con ausencia de un proceso morboso, justifican la presencia de reacciones anormales, aunque dentro de lo explicable o comprensible. Hace referencia esta categoría a las psicopatías, neurosis y trastornos del impulso sexual⁶⁵³.

No hay consenso doctrinal en cuanto a qué se entiende por ‘grave’. En efecto, podría pensarse que el calificativo legal se debe predicar de la anomalía psíquica propiamente tal, o bien, que dicho calificativo viene determinado por el efecto psicológico-jurídico asociado a aquella anomalía.

El § 20 a la concurrencia de un presupuesto bio-psicopatológico exige, para configurar la eximente de responsabilidad penal, “la incapacidad para comprender lo injusto del hecho o de obrar conforme a esa comprensión”. Conforme al contenido de la regulación legal, será suficiente para que quede excluida la imputabilidad, la ausencia bien de la capacidad valorativa o de la de autodeterminación, no siendo necesaria la concurrencia de ambas. No obstante, ausente la capacidad valorativa, la de autodeterminación o volitiva estará viciada en su origen, es decir, no podrá hablarse de una voluntad orientada.

En relación al factor intelectual-valorativo, y con idéntico resultado de exclusión de la culpabilidad, un sector de la doctrina ha postulado la posibilidad de refundirlo con la regulación del error de prohibición, configurándose aquél, como una hipótesis de éste.

Ante la propuesta de unificar ambas regulaciones, tanto MAURACH/ZIPF⁶⁵⁴ como JAKOBS, plantean su improcedencia, toda vez que el § 20 no sólo conlleva la exclusión de la

⁶⁵³ ROXIN, C. *Derecho penal...* op. cit., pág. 835; JAKOBS, G. *Derecho penal...* op. cit., pág. 641; MAURACH, R./ZIPF, H. *Derecho Penal...* op. cit., pág. 616.

⁶⁵⁴ MAURACH., R./ZIPF, H. *Derecho Penal...* op. cit., pág. 618; JAKOBS, G. *Derecho penal...* op. cit., pág. 632; ROXIN, C. *Derecho penal...* op. cit., pág. 826.

culpabilidad, sino también es imprescindible para determinar la aplicación de medidas de seguridad.

1.5. La capacidad de culpabilidad disminuida según el § 21 del StGB.

Esta disposición contempla aquellos supuestos de imputabilidad notablemente disminuida a causa de trastornos psíquicos, partiendo de la base que el presupuesto bio-psicopatológico es alguno de los establecidos por el § 20, consistiendo el elemento psicológico en una significativa limitación de las ya señaladas facultades valorativa y/o volitiva.

La opción del StGB por destacar de modo especial el elemento psicológico, lo ha sido en detrimento del factor biológico, respecto del cual ninguna matización hace en cuanto a la idoneidad o no de determinadas causales, siendo tratado de forma residual por remisión al factor biológico del § 20. Esta previsión legal del § 21 StGB, puede resultar no plenamente satisfactoria, dado que la forma o grado de desarrollo de los diferentes estados o procesos que integran los datos psico-biológicos de la eximente incompleta, no siempre será cuantitativa ni cualitativamente idéntico, al menos desde una perspectiva médico-psiquiátrica, al rigor o severidad exigido para los trastornos que sirven de sustrato a la eximente completa, correspondiendo por tanto, a la doctrina, mediante una labor interpretativa, determinar, con base en las causales del presupuesto psiquiátrico del § 20 StGB, las hipótesis susceptibles de considerar en el § 21 StGB, así como su forma y grado de severidad. De este modo, ya por su forma bien por su grado de desarrollo, el presupuesto bio-psicopatológico estará definido por causales sui generis, y de difícil o imperfecta ubicación en el § 20.

En definitiva, si bien la definición del estado de semi-imputabilidad (haciendo una interpretación literal y estricta del § 21) va a depender directamente del factor psicológico, la intensidad de éste, estará condicionado por el grado de severidad de las causales bio-psicopatológicas, por lo que indudablemente a dicho presupuesto, deberá de reconocérsele su peso específico en la determinación del estado de semi-imputabilidad.

2. Comentario al sistema de inimputabilidad postulado por el Código Penal alemán.

En la actualidad, el § 20 del CP alemán no contempla expresamente la situación del sordomudo como lo hiciera el antiguo § 55 que establecía: “el sordomudo no es punible si ha quedado retrasado en su desarrollo intelectual y es incapaz, por consiguiente, de comprender la ilicitud del hecho o de actuar según esta comprensión”. En consecuencia, la única posibilidad de configurar respecto de él una causal de inimputabilidad sería la de subsumir dicho caso, dentro del §20, §21 en la medida que concurra un grave estado carencial de carácter psíquico⁶⁵⁵. Es preciso recordar que para la doctrina imperante, bajo el §55, sordomudo era quien había perdido desde el nacimiento o en la infancia, la facultad de oír y de hablar⁶⁵⁶. En consecuencia, de seguir una interpretación bio-psicológica del Art. 20.3 CP español y entender que es una disposición que pretende solucionar la situación del sordomudo, es preciso reconocer que el sistema alemán ya no lo considera directamente y que su situación sólo podrá ser relevante si puede ser considerada como “anomalía psíquica grave”. Desde mi personal punto de vista, es preciso dejar en claro que esta solución para la sordomudez la deja condicionada a la presencia en el sujeto de la concurrencia de una anomalía psíquica grave porque aquel estado, por sí sólo, no constituye una auténtica “anomalía psíquica grave”.

Si se opta por la interpretación socio-cultural-valorativa del Art. 20.3 CP español, claramente, dicha interpretación no tendría acogida en el actual §20 del CP alemán porque no existe dicha causal. Más aún, ya en la época del §55, la doctrina al referirse al sordomudo, manifestaban que dicha disposición no se podía aplicar a otros defectos físicos⁶⁵⁷ y, algunos autores, se preguntaban si sería factible aplicar por analogía dicha disposición a ciegos, ciegos sordos, sujetos gravemente inválidos o a personas pertenecientes a poblaciones primitivas directamente trasplantados a la civilización⁶⁵⁸. Ante esta interrogante, la doctrina dominante terminaba inclinándose por la negativa considerando el carácter terminante de la regulación legal. En todo caso, la doctrina estimaba que para estos otros supuestos la salida podría encontrarse en el ámbito del potencial conocimiento

⁶⁵⁵ JESCHECK, H.H./WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal. P.G...* op. cit., pág. 469, nota 20.

⁶⁵⁶ MEZGER, E. *Derecho penal. Libro es Estudio...* op. cit., pág. 206.

⁶⁵⁷ *Ibidem* cit., pág. 469.

⁶⁵⁸ MAURACH, R. *Tratado de Derecho Penal. T.II.* Ed. Ariel, Barcelona, 1962, Pág. 109.

del injusto⁶⁵⁹. En este sentido es tajante JAKOBS cuando, al tratar del error sobre los fundamentos, expresa: “si al autor le falta la consciencia de la antijuridicidad en una infracción situada en el núcleo de las normas centrales,...la inevitabilidad de este error sólo cabe concebirla en personas pertenecientes a otras culturas. Si el autor ha supuesto que por principio...el homicidio, las lesiones o los daños están permitidos, es aceptable sólo si el autor muestra como estado psíquico una socialización extraña (socialización “exótica”), al igual que en el §20 StGB debe concurrir determinado estado psíquico”⁶⁶⁰.

II. EL SISTEMA PENAL ITALIANO.

Código Rocco de 1930

Artículo 85: *“Nadie puede ser castigado por un hecho previsto en la ley penal como delito si, en el momento en que lo ha cometido, no era imputable. Es imputable quien tiene la capacidad de entender y de querer”*.

Artículo 96: *“No es imputable el sordomudo que, en el momento en el que ha cometido el hecho, no tenía, a causa de su enfermedad, la capacidad de entender o de querer. Si la capacidad de entender o de querer estaba severamente disminuida, pero no excluida, la pena se disminuye”*.⁶⁶¹

El Código Rocco del año 1930 fue influenciado por la corriente totalitarista imperante en Italia, lo que se reflejó en las disposiciones referidas al tratamiento de los inimputables y a la presunción de peligrosidad que se estableció en relación a los sujetos no imputables por causa de trastornos psíquicos.

El legislador penal italiano hasta la década de los setenta aceptó, que el ámbito de libertad del hombre, sufriera un menoscabo como consecuencia de ciertos enfoques científicos (psicología profunda, sociología radical, biología y fisiología del sistema

⁶⁵⁹ MEZGER, E. *Derecho penal*. Libro de Estudio...op. cit., pág. 469; MAURACH, R. *Tratado de Derecho Penal*. T. II...op. cit., pág. 109.

⁶⁶⁰ JAKOBS, G. *Derecho Penal*. P.G....op. cit., págs. 659-660.

⁶⁶¹ Los Arts. 85 y 96 son los únicos relevantes para nuestro trabajo. Sin perjuicio de lo anterior y, a mayor abundamiento, se puede tener presente el Art. 88 que señala: *“No es imputable el que, en el momento en que ha cometido el hecho, se hallaba, por causa de enfermedad, en tal estado de mente que excluía la capacidad de entender o de querer”*.

nervioso, medicina psiquiátrica) que derivó en una especie de “patologización del Derecho penal”. Posteriormente, se cambió de orientación hacia una recuperación del principio de responsabilidad individual, contra el tratamiento indeterminado y a favor de una penal determinada. MANTOVANI⁶⁶², plantea la imposibilidad de demostrar la capacidad individual de actuar de otro modo en el caso concreto, por lo que la libertad vendrá recabada en negativo, deducida de la capacidad de autodeterminación del género humano y presumiéndola presente en el sujeto.

En definitiva, y en cualquier caso, nos encontraríamos ante un concepto negativo de imputabilidad. Es decir, deducido de la propia afirmación de las causas de exclusión de la responsabilidad penal.⁶⁶³

1. El concepto de imputabilidad del Código Penal Italiano.

El concepto de imputabilidad en Código Penal Italiano está contenido en el artículo 85 y, se fundamenta sobre dos presupuestos: la capacidad de entender y de querer, doble capacidad que deberá subsistir en el momento de la comisión del hecho que constituye delito. Las causas de exclusión de la imputabilidad no son taxativas (edad, enfermedad mental, sordomudez), de modo que la capacidad de entender y de querer puede estar igualmente excluida por otros motivos no regulados, como los supuestos de sujetos que, no siendo enfermos mentales, presentan un deficitario desarrollo intelectual, como consecuencia, por ejemplo, del aislamiento socio-cultural, u otros supuestos.

La ausencia de imputabilidad (capacidad de culpabilidad) estará presente, o si se prefiere, la imputabilidad no se dará, aunque solo falte una sola capacidad (bien la intelectual o la volitiva). No obstante, como advierten acertadamente FIANDACA/MUSCO⁶⁶⁴, la previsión legislativa separada, de la capacidad de entender y de querer, ha suscitado reservas desde la óptica de los modernos conocimientos psicológicos, toda vez que la psique es una entidad fundamentalmente unitaria de modo que sus diversas funciones se relacionan influenciándose recíprocamente; y, de otra, que sus funciones psíquicas a los efectos de la imputabilidad no se pueden reducir a la esfera intelectual y volitiva, dado que el comportamiento del ser humano está condicionado también por los sentimientos y afectos.

⁶⁶² MANTOVANI. *Diritto penale. Parte generale...* op. cit., pág. 614.

⁶⁶³ FIANDACA/MUSCO. *Diritto penale, Parte Generale*. Zanichelli Editore, Bologna, 1995, pág. 288.

⁶⁶⁴ *Ibidem*. cit., pág. 288.

Capacidad de entender. Según FIANDACA/MUSCO⁶⁶⁵, es la aptitud para orientarse en el mundo exterior, según una percepción no distorsionada de la realidad, y, por lo tanto, como la capacidad de comprender el significado del propio comportamiento y de valorar sus posibles repercusiones positivas o negativas sobre terceros.

Capacidad de querer. Según BERTOLINO⁶⁶⁶, es la aptitud de una persona para determinarse de modo autónomo, con posibilidad de optar por la conducta adaptada al motivo que aparece más razonable y, por consiguiente, de resistir a los estímulos de los acontecimientos externos, es decir, la facultad de querer lo que se juzga que debe hacerse.

Esta capacidad, que presupone necesariamente la capacidad de entender el significado de los propios actos, consistirá en el poder de controlar los impulsos a obrar y de determinarse según la motivación que aparece más razonable o preferible sobre la base de una concepción de valor: es decir, es la aptitud de optar de modo consciente entre motivaciones antagónicas.

2. Comentario al sistema de inimputabilidad postulado por el Código Penal italiano.

Si comparamos el contenido, sentido y alcance que la doctrina italiana ha otorgado al concepto de imputabilidad, es preciso reconocer que las expresiones puramente gramaticales empleadas “capacidad de entender y querer” suponen, para la doctrina y jurisprudencia de ese país, no sólo que el sujeto perciba sin distorsiones la realidad sino, además, su implicancia valorativa, con lo cual, y, por esto último, se asemeja al concepto de imputabilidad con el que trabaja la doctrina española. Ahora bien, el que el legislador italiano hable, al tratar de esta causal de inimputabilidad, de “sordomudo”, clara e inequívocamente, está demandando que el sujeto tenga una afectación bio-psicológica, la cual no podría ser reemplazada por una limitación socio-cultural carente de aquél fundamento. Ahora bien, toda vez que el Art.85 CP italiano señala que “*Es imputable quien tiene la capacidad de entender y de querer*”, y, al mismo tiempo, ha establecido que la inimputabilidad debe tener “*por causa de enfermedad, en tal estado de mente que excluya la capacidad de entender o de querer*”, dicha declaración normativa no permitiría configurar

⁶⁶⁵ *Ibidem*. cit., págs. 288 y 289.

⁶⁶⁶ BERTOLINO, Marta. *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*. Dott. A Guiffre Editores, Milán, 1999, págs. 382 y 383.

una causal de inimputabilidad en aquellos casos en los que, no existiendo un presupuesto bio-psicológico (enfermedad) pero sí una carencia de índole socio-cultural, el sujeto que la padece está incapacitado de “entender y querer”.

El Código penal italiano distingue, en el ámbito de la inimputabilidad, entre “Vizio total y parcial di Mente”, como fundamento de una eximente o atenuante de la responsabilidad penal. No obstante, toda vez que estamos trabajando con el Art. 20.3º del CP español, estas categorías no son relevantes, razón por la cual, no las abordaremos.

III. EL SISTEMA PENAL FRANCÉS.

En el CP francés, las causas de inimputabilidad y semi-imputabilidad son tratadas en el Capítulo II, Título II del Libro II, junto con la fuerza irresistible, categoría jurídica de naturaleza absolutamente distinta por configurar una causal de ausencia de acción. El trastorno psíquico o neuropsíquico se ubica en el artículo 122-1 y la fuerza irresistible en el artículo 122-2.

1. Inimputabilidad por trastorno mental según el Art. 122-1, párrafo primero del Código penal.

De manera semejante a lo establecido en el StGB y en el Código penal Rocco de 1930, la circunstancia eximente del Código penal francés, a consecuencia de la presencia de trastornos mentales, está asociada al método mixto o psiquiátrico-psicológico, al estar conformada aquella (circunstancia eximente), por dos presupuestos o elementos, bio-psicopatológico el primero y psicológico el segundo.

Artículo 122-1, párrafo primero:

No es penalmente responsable la persona que se hallaba aquejada, en el momento de los hechos, de un trastorno psíquico o neuropsíquico que haya abolido su discernimiento o el control de sus actos.

Para que opere la exención de responsabilidad deberán darse dos requisitos, el primero, la simultaneidad entre el trastorno y el momento de los hechos, que a su vez va a

tener dos sentidos: uno temporal y otro causal. El temporal significa que el trastorno debe ser coetáneo a la acción, lo que supondrá que es irrelevante, para estos efectos, si tiene lugar con posterioridad. El causal, que el trastorno sea origen del hecho delictivo cometido debiendo, en caso contrario, subsistir la responsabilidad⁶⁶⁷. La segunda condición consistirá en que el trastorno haya abolido el discernimiento o el control de los actos (efectos psicológicos). Esto último, ha llevado a un sector doctrinal a exigir que el trastorno sea grave o severo⁶⁶⁸.

El presupuesto biológico. El Código habla de ‘trastorno psíquico o neuropsíquico’, términos más adecuados que el antiguo vocablo ‘démence’. Las nuevas expresiones, a juicio de DESPORTES/LE GUNEHEC⁶⁶⁹, se ajustan a los datos actuales de la ciencia psiquiátrica. La nueva fórmula está dotada de amplitud y de una mayor precisión de la que carecía la voz ‘démence’ del Código Napoleón considerando, de este modo, a todas las formas de trastornos mentales conocidas, cualquiera sea su etiología y naturaleza. Estos autores, si bien parten de una fórmula abierta en la que se pueden ubicar todos los desórdenes mentales psiquiátricamente conocidos, atienden a tal efecto, a su etiología y así incluyen: la enfermedad cuyo origen radique en un traumatismo psíquico o en una lesión orgánica, ya congénita o accidental, así como un trastorno no patológico, como el sonambulismo natural o hipnótico, incluso aquel trastorno debido al consumo de alcohol o estupefacientes. Además, la nueva terminología evita el error, en la interpretación de la norma, de entender del tenor literal anterior que la concurrencia de “démence” hacía desaparecer la infracción penal, o bien, que sólo se podía aplicar a los delitos y no a las faltas⁶⁷⁰.

STEFANI/LAVASSEUR/BOULOC⁶⁷¹ han precisado el alcance de estos nuevos términos y, en su opinión, comprenden todas aquellas formas de alienación mental que arrebatan al individuo el control de sus actos en el mismo momento en el que los comete, aplicándose a las perturbaciones de la inteligencia, tanto congénitas (debilidad mental, idiota, imbecil) como adquiridas por efecto de una enfermedad (parálisis general, demencia precoz), contemplando no sólo la locura general, sino también aquella que puede ser especial o localizada. En opinión de estos autores sólo se comprenden las enfermedades de la inteligencia y la voluntad.

⁶⁶⁷ DESPORTES y LE GUNEHEC. *Le Nouveau Droit pénal*. Tomo 1. Ed. Economica, Paris, 1994, pág. 461.

⁶⁶⁸ PRADEL, Jean. *Droit Pénal*. Tomo 1. Ed. Cujas, Paris, 1996, págs. 558 y 559.

⁶⁶⁹ DESPORTES y LE GUNEHEC. *Le Nouveau Droit pénal*...op. cit., págs. 459 y 460.

⁶⁷⁰ STEFANI, LEVASSEUR y BOULOC. *Droit pénal général*. Ed. Dalloz, Paris, 1994, pág. 320.

⁶⁷¹ *Ibidem*. cit., págs. 321 y 322.

El presupuesto psicológico. Conforme al método psiquiátrico-psicológico, además del factor o presupuesto bio-psicopatológico, se exige un segundo elemento o requisito de carácter psicológico y que en este Código penal, sobre la base de la clásica concepción liberoarbitrista de la imputabilidad, hace referencia a la capacidad intelectual y volitiva: “...que haya abolido su discernimiento o el control de sus actos”.

DESSPORTES/LE GUNEHEC⁶⁷² plantean al respecto la necesidad de que el trastorno mental haya suprimido el discernimiento de la persona o el control de sus actos, es decir, que el sujeto se encuentre privado de la capacidad de comprender o de controlar sus actos conforme a ese entendimiento.

2. Comentario al sistema de inimputabilidad postulado por el Código Penal francés.

La imputabilidad estará ausente cuando la base bio-psicopatológica alcance tal grado de compromiso o severidad, que al autor no le sea posible o no esté en condiciones de comprender el carácter ilícito de su conducta o bien pierda la capacidad de actuar conforme a tal comprensión. Así, conforme al CP, será suficiente una carencia en alternancia, bien de la capacidad de discernir, ya de dirigir los actos conforme a esa comprensión, para que esté ausente lo específico de la imputabilidad. “Ahora bien, ausente la capacidad de discernimiento, no existirá la libre determinación de voluntad, que aparecerá viciada en su origen. La mención en el Código a la capacidad de discernir permitirá hacer referencia no sólo a la inteligencia, sino también a otras facultades como por ejemplo, al pensamiento, percepción, memoria, etc., que pueden aparecer igualmente afectados⁶⁷³.”

El legislador penal francés configura la inimputabilidad sobre la base de un “trastorno psíquico o neuropsíquico” que, a quien lo padece, “haya abolido su discernimiento o el control de sus actos”. Dichos términos, son amplios como lo han hecho presente los juristas franceses, razón por la cual y, de acoger una interpretación bio-psicológica del Art. 20.3 CP español, es factible considerar que la hipótesis legislada en la norma española podría ser subsumida en el tenor literal francés. Si aceptamos la propuesta

⁶⁷² DESSPORTES y LE GUNEHEC. *Le Nouveau Droit pénal...* op. cit., pág. 460.

⁶⁷³ MATEO AYALA, Eladio. *La eximente de anomalía o alteración psíquica en el Derecho penal comparado*. Editorial Dykinson. 2007, pág. 97.

de DESPORTES/LE GUNHEC⁶⁷⁴ en el sentido que las nuevas expresiones, “*trastorno psíquico o neuropsíquico*” dan cabida a todos los desórdenes mentales psiquiátricamente conocidos, ...así como un trastorno no patológico, como el sonambulismo natural o hipnótico, entonces, la pertenencia a un ámbito normativo-socio-cultural diferente al español, desde el nacimiento o desde la infancia, no constituiría impedimento para incorporarlo como una causal de inimputabilidad como modalidad de “trastorno psíquico o neuropsíquico”.

3. La capacidad de culpabilidad disminuida según el Art. 122-2, párrafo segundo del Código Penal.

Artículo 122-1, párrafo segundo

La persona que se hallaba aquejada, en el momento de los hechos, de un trastorno psíquico o neuropsíquico que hubiera alterado su discernimiento u obstaculizado el control de sus actos, es responsable criminalmente; sin embargo, la jurisdicción tendrá en cuenta esa circunstancia a la hora de determinar la pena y de fijar su régimen.

Se trata de una persona imputable a quien le supone un mayor grado de exigencia, mantener un mismo nivel de capacidad de comprensión y de inhibición, que a las llamadas personas normales. La disposición legal consagrada en el segundo párrafo del artículo 122-1 no ha logrado en realidad eliminar los difíciles problemas de delimitación (empírica) existentes entre los estadios correspondientes a los semiimputables y los inimputables, aunque sí ha venido a colmar una de las principales lagunas del antiguo artículo 64, contemplando la situación de las personas aquejadas de un trastorno psíquico o neuropsíquico que haya alterado su discernimiento u obstaculizado el control de sus actos sin llegar a suprimir su libre capacidad de autodeterminación.

En cuanto a los fundamentos biológicos de la imputabilidad disminuida, parte el Código de una identidad entre éstos y los previstos para el supuesto de inimputabilidad, habiendo sido la doctrina la que ha llevado a efecto una labor de precisión de las diferentes

⁶⁷⁴ DESPORTES y LE GUNHEC. *Le Nouveau Droit pénal...* op. cit., págs 459 y 460.

causales psicopatológicas que potencialmente y de modo habitual, pueden configurar el presupuesto biológico de esta circunstancia de disminución de la imputabilidad.

Según PRADEL⁶⁷⁵, el fundamento fáctico de esta atenuante, lo constituyen los estados próximos al trastorno psíquico, neuropsíquico y la demencia tales como, los trastornos ocasionales de la personalidad, el sonambulismo, o las intoxicaciones voluntarias. STEFANI/LAVASSEUR/BOULOC⁶⁷⁶ distinguen una zona intermedia entre los trastornos mentales que suprimen el discernimiento y aquellos que conllevan una plena lucidez. En ella estarían incorporados, a juicio de los autores, aquellos trastornos en los que el discernimiento o el control de los impulsos no están abolidos sino simplemente alterados. Así, entre los supuestos de alteración del discernimiento, estarían los casos de deficiencia mental, los “semi-locos”, los anormales mentales (paralíticos generales, sordomudos, epilépticos, histéricos), para quienes se hablaría de semi-responsabilidad. Por otra parte, entre las enfermedades de la voluntad, señalan los autores la neurastenia y la psicastenia que, como enfermedades de la voluntad, suprimen esta facultad psíquica, no afectando ni a la inteligencia ni al razonamiento, pudiendo ser también intermitentes o específicas, como sucede en la cleptomanía, piromanía (trastornos del control de los impulsos) que no tienen forzosamente el efecto de hacer desaparecer la responsabilidad penal.

4. Las consecuencias jurídicas de la ausencia o disminución de la imputabilidad.

En el Ordenamiento jurídico francés, a diferencia del italiano, alemán, y español, sólo se contempla la eventual imposición de medidas de seguridad en los supuestos de inimputabilidad a consecuencia de trastornos psíquicos o neuropsíquicos. No obstante, esta posibilidad no está prevista para los casos de semiimputabilidad. Por lo tanto, cuando es declarada la irresponsabilidad penal de una persona conforme al artículo 122-1 del Código penal, deberá quedar en libertad. En la medida que dicha persona represente algún peligro para sí mismo y para terceros, podrá ser acreedor de medidas de seguridad.

La medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico es de duración indeterminada, debiendo mantenerse mientras el afectado tenga la misma probabilidad de perpetrar en el futuro una conducta socialmente dañina.

⁶⁷⁵ PRADEL, Jean. *Droit Pénal...* op. cit., págs. 560 y ss.

⁶⁷⁶ STEFANI, LEVASSEUR y BOULOC. *Droit pénal général...* op. cit., págs. 324 y 325.

La existencia de las medidas de seguridad nace de la necesidad, según la doctrina, de proteger a la sociedad contra los individuos a los que no es factible reprocharles una culpabilidad y sancionarlos penalmente; estando orientadas exclusivamente hacia el futuro, no teniendo como meta la intimidación ni el castigo, sino exclusivamente la prevención, que se llevaría a cabo mediante la readaptación social del delincuente. De esta manera, se descartan las medidas de seguridad *ante delictum*, y se consideran las causas físicas, psicológicas y sociales de la inadaptación del sujeto. De este modo, la medida de seguridad atenderá exclusivamente a la readaptación social de la persona.

A juicio de STEFANI, G. /LEVASSEUR, G. /BOULOC, B.,⁶⁷⁷ las principales características de las medidas de seguridad son tres: la ausencia de prevención general, la duración indeterminada de las mismas y su carácter revisable.

IV. EL SISTEMA PENAL PERUANO.

De conformidad al Art. 20. 1 del actual CP de Perú, la doctrina peruana sostiene que la imputabilidad supone la concurrencia de dos elementos: la capacidad de comprender el carácter delictuoso de su acto y la capacidad de determinarse según esta comprensión y, además, dicha disposición legal reconoce expresamente como causal de inimputabilidad a quien sufre “alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad”⁶⁷⁸.

Artículo 20º.- “Está exento de responsabilidad penal:

1. El que por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión”.

⁶⁷⁷ *Ibidem. cit.*, págs. 370 y ss.

⁶⁷⁸ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. P. G.* Ed. Jurídica GRILEY, Lima, 2006, pág. 595.

1. Alteraciones en la percepción.

Esta causa de la inculpabilidad se ha entendido como la carencia o imperfección de los sentidos. En un principio, dicha limitación se limitó al habla y a la audición, aunque, “ahora se admite la alteración de todos los sentidos”⁶⁷⁹ Estas deficiencias impiden, si no son compensadas por una instrucción y educación adecuadas, que la persona tenga un percepción correcta de la realidad. Ello genera que se encuentre incapacitada para comprender la significación social y jurídica de sus actos o para determinarse conforme a dicha comprensión. La doctrina y jurisprudencia peruana citan el caso de una persona sordomuda no educada que puede ser comparada a un débil mental por no haber desarrollado normalmente su inteligencia.

Si se entiende así la “alteración de la percepción”, la doctrina se ha preguntado si, a pesar de la fórmula general de “anomalía psíquica”, era necesario hacer mención expresa de ella en el Código Penal como una causa de inimputabilidad. Si se considera que no basta la alteración de la percepción por defecto de los sentidos, sino que es indispensable que este defecto afecte gravemente el concepto de la realidad de la persona, habría que aceptar que este efecto es de orden psicológico. Se trataría entonces de una deficiencia personal que impide hacerse una idea correcta de la realidad, en particular del comportamiento que se ejecuta, y que constituye una especie de anomalía psíquica (*lato sensu*). En el Anteproyecto 2004, Art. 20 inc. 1, los redactores se han limitado a suprimir la frase “que afectan gravemente su concepto de la realidad”.⁶⁸⁰ De manera lapidaria, los autores explican que la “objección reside en la implicancia de entenderse una realidad inequívoca más en una realidad valorativa, aunque no resulta suficiente”⁶⁸¹.

En resumen, en la perspectiva de la ley, hay que distinguir tres elementos: primero, la existencia de una alteración de la percepción; segundo, la afectación grave del concepto de la realidad; y, tercero, la falta de la capacidad de comprender el carácter ilícito del acto o de determinarse.

⁶⁷⁹ *Ibidem*. cit., pág. 606.

⁶⁸⁰ VILLAVICENCIO TERREROS, F. *Derecho Penal. P. G.*...op. cit., pág. 606; GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. P. G.* Ed. Jurídica GRIJLEY, Lima, 2008, pág. 528.

⁶⁸¹ HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. P. G. I*, 3ªed. Ed. Jurídica GRIJLEY, Lima, 2005, pág. 633.

2. Comentario al sentido y alcance de la causal de inimputabilidad del código penal peruano sobre “alteraciones en la percepción”.

Del tenor literal del código penal peruano “*sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad,...*” podemos sostener que dicho texto permitiría subsumir tanto la interpretación bio-psicológica como la socio-cultural formuladas por la doctrina española para el Art. 20.3 del CP español.

3. Carencia socio-cultural del pueblo indígena.

En general, los países del Cono Sur que no han modificado su legislación penal en la última década, carecen de un tratamiento especial respecto de una realidad socio-cultural distinta, como podría ser la indígena que no ha sido incorporada a la cultura dominante. En el caso de Chile, el pueblo mapuche ha sido penetrado por la cultura dominante del pueblo chileno y, si bien, aún conservan sus tradiciones, en modo alguno, es una cultura que se aparte ostensiblemente de los principios y valores del pueblo chileno no indígena. En cambio, la situación es muy distinta en otros países del Cono Sur tal como Perú o Bolivia y en donde el legislador penal, consciente de esa situación, ha tenido la inteligencia de legislar especialmente sobre aquella diversidad cultural. Por ello, nos ha parecido oportuno mostrar, aunque sea brevemente, la realidad de uno de estos países: Perú.

Artículo 15.- “Error de comprensión culturalmente condicionado

El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad”.

Entre todos los antecedentes de la regla contenida en el Art. 15, hay que mencionar principalmente el Proyecto venezolano de 1948 (Art. 14) que señala: “*el juez podrá declarar inimputable al indígena que cometa un... delito, teniendo en cuenta su incapacidad para comprender o querer, derivada de su inadaptación cultural*”. El Proyecto boliviano de 1964 también preveía la exclusión de la responsabilidad de los indígenas, pero de manera diferente. Disponía que “*el error esencial será también excluyente de culpabilidad, así como el error o la ignorancia de derecho, con particular referencia al indígena*”. El legislador peruano de 1924 escogió la solución, criticada con razón, de considerar como

inimputables o imputables relativos a los indígenas o selváticos, en la medida en que previó para ellos la substitución de la pena por una medida de seguridad.

Dada la influencia que parece haber ejercido ZAFFARONI sobre algunos de los que intervinieron en las diferentes fases del proceso de reforma, hay que recordar una propuesta elaborada bajo su dirección. Mediante esta propuesta se recomendaba “que se elaboren conceptos doctrinarios que permitan concluir en la inculpabilidad de cualquier persona que, debido a las pautas de su propio grupo cultural, no pueda ajustar su conducta a las pautas jurídicas o culturales dominantes”⁶⁸². Esto llevó a que los autores de la Exposición de motivos del Proyecto de 1990 declararan “que el proyecto de la Comisión Revisora ha dado acogida a una forma especial de error conocida en la doctrina como error de comprensión culturalmente condicionado”⁶⁸³. Pero, a pesar de esta declaración de intención, el Art. 15 parece afiliarse más a la concepción admitida en el proyecto venezolano, que prevé una causa de inimputabilidad, que a la del Código boliviano, que prevé una circunstancia de inculpabilidad. En cuanto a la propuesta de ZAFFARONI, hay que notar que, aunque habla de inculpabilidad, se refiere a la incapacidad (no poder) de obrar según pautas jurídicas o culturales diferentes a las de su propio grupo o lo que es lo mismo, a la inimputabilidad. Esta ambigüedad podría explicar que, al redactarse el Art.15, se haya escogido la estructura del Art. 20, inc. 1 (inimputabilidad) y se haya empleado la expresión “sin poder comprender...”.

Esta manera de elaborar el Art. 15 demuestra que no se reflexionó sobre la oportunidad y necesidad de incorporar una disposición de esta naturaleza en la ley, ni sobre los efectos de su aplicación. A pesar de las buenas intenciones de sus autores, resulta en efecto incorrecto calificar la exención de responsabilidad penal prevista en el Art. 15 de “error de comprensión condicionado culturalmente”.

El Art. 15 del Código peruano subordina la incapacidad de darse cuenta que tal comportamiento contradice el orden jurídico (basado en un conjunto de valores culturales determinados) o de determinarse conforme a esta apreciación, al hecho de que el agente pertenezca a una cultura diferente (cultura que no prevé la norma violada o que prevé una norma contraria por valorar de manera diferente el comportamiento en cuestión).

⁶⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (Editor) *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina* (informe final). Documento final del Programa de investigación desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1982-1986), Buenos Aires, DEPALMA, 1986, pág. 58.

⁶⁸³ HURTADO POZO, J. *Manual de Derecho Penal. P. G. I...* op. cit., pág. 637.

Esta incapacidad no se debe, como en el caso de la inimputabilidad del Art. 20, inc. 1, a una anomalía síquica, a una alteración grave de la conciencia o a alteraciones de la percepción que afectan gravemente el concepto que tiene el autor de la realidad. En lugar de estas circunstancias, el Art. 15 menciona la “cultura” o las “costumbres” del autor. Éstas deben ser la causa de la incapacidad del sujeto activo para comprender el carácter delictuoso de su acto o de determinarse conforme a esta apreciación. Sus patrones culturales, diferentes de los que forman la base del CP, “afectan gravemente su concepto de la realidad”, a tal extremo que no puede ser tratado de la misma manera que quien se haya integrado a la cultura dominante.

Según el texto del Art. 15, elaborado de acuerdo con el Art. 20, inc. 1 (inimputabilidad), el problema no reside en el hecho de que una persona plenamente capaz (tanto síquica como culturalmente) crea por error que actúa conforme al orden jurídico, sino que, más bien dicha persona no posee las condiciones personales necesarias para actuar conforme al Derecho. En otras palabras, aun cuando el agente no sepa que comete un hecho antijurídico, se le exime de pena no porque obre bajo la influencia de un “error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal” (Art. 14, pf. 2), sino porque está en la imposibilidad de comportarse conforme a cánones socio-culturales que le son ajenos⁶⁸⁴.

Para comprender esta solución adoptada frente al problema planteado por la aplicación de un sistema penal (expresión de una cultura) a personas de culturas diversas, hay que tener en cuenta las diversas perspectivas desde las que ésta ha sido definida, según la importancia dada a cada uno de sus elementos o a los fines tanto teóricos o prácticos perseguidos al elaborar la definición. El término “cultura” debe ser entendido como un sistema de normas de comportamiento que condicionan la manera correcta según la cual las personas deben reaccionar en una situación determinada. Este sistema hace de un conjunto de individuos un grupo organizado, otorgándoles beneficios e imponiéndoles múltiples obligaciones. Los individuos ven restringidas, en definitiva, sus libertades en beneficio del bien común.

Desde el día de su nacimiento en un grupo social determinado, el individuo comienza un proceso de adaptación al sistema cultural mediante la imitación y el aprendizaje. De esta manera interioriza modelos culturales y da forma o moldea su personalidad. El individuo

⁶⁸⁴ HURTADO POZO, J. *Manual de Derecho Penal. P. G. I.*...op. cit., pág. 639.

adquiere la capacidad de comportarse conforme a las pautas culturales de su grupo social. Este proceso de formación de la personalidad es, en definitiva, el de la integración de la experiencia al individuo y de sus cualidades constitucionales que terminan por formar un todo funcional ajustado mutuamente. Los casos comprendidos en el Art. 15 son aquellos en los que se presenta un conflicto cultural, lo que supone la presencia de diversos sistemas de valores. Por un lado, se encuentra la cultura en la que el autor del delito ha formado su personalidad y, por otro, la cultura cuyos valores son consagrados por la ley que aplica el representante del grupo social dominante.

El conflicto puede ser absoluto, v.gr., cuando se trata de un caso que implica al miembro de una tribu de la Amazonía que no ha tenido contacto alguno con la cultura de raigambre europea y cristiana del Perú oficial. Según sus pautas culturales era necesario matar al brujo del grupo (delito de homicidio según el Código Penal peruano) porque éste era considerado como responsable de la epidemia que diezmaba la tribu. Culturalmente se trata, por consiguiente, de un acto valorado de manera positiva, ya que era el medio por el que el grupo social creía poder salvarse. El autor de este comportamiento ha actuado conforme a las pautas culturales que ha asimilado en su mundo cultural. Este proceso ha condicionado la formación de su personalidad y, como conjunto de pautas culturales, ha canalizado sus reacciones frente a las situaciones materiales y personales concretas. En razón, justamente, a su peculiar personalidad, será considerado como un sujeto incapaz de comprender el carácter delictuoso de su acto o de determinarse de acuerdo a esta apreciación.

La aplicación del Art. 15 dependerá, por consiguiente, del grado de integración de la persona que ha cometido el acto considerado como delito por el Código Penal (sistema cultural oficial). En el caso de relaciones sexuales con una menor de edad según la tradición del “servinacuy”⁶⁸⁵, esta disposición se aplicará si se trata de un indígena sin, o con esporádicos, contactos con la cultura predominante, y si el hecho tiene lugar en el seno de su comunidad. Pero no si se trata de un inmigrante andino que habita en una barriada de Lima y que se encuentra relativamente bien integrado en el sistema oficial, porque su personalidad, formada al comienzo en el seno de su medio cultural y completada por sus vivencias en el medio cultural dominante, no puede ser considerada como la causa de su

⁶⁸⁵ “servinacuy”, matrimonio de prueba que se origina en el incario entre varones de 16 y mujeres de 14 años, normalmente se desarrollaba en casa de los padres del novio por un período entre seis meses a tres años y si a juicio de los involucrados la experiencia había sido buena, formalizaban el matrimonio; de lo contrario, la mujer era devuelta a su casa sin que haya existido nunca vínculo esponsal entre la pareja.

incapacidad de comprender el carácter delictuoso del acto precitado o de determinarse según esta apreciación. Esto no impide que, a pesar de sus capacidades personales, pueda haberse equivocado sobre el carácter prohibido de las relaciones sexuales con menores de edad. En este caso, se le aplicará el Art. 14 que prevé el error de prohibición. Esta es la solución que ha permitido y permitirá tener en cuenta las diferencias culturales existentes entre todas las personas sometidas a nuestro sistema penal.

La reticencia que puede existir en considerar la circunstancia regulada en el Art. 15 como una causa de inimputabilidad es de orden ideológico. En efecto, esto resulta de la manera tradicional y discriminatoria como han sido y son tratados los indígenas y los pobladores de la selva. Marginados social y culturalmente, despreciados por considerárseles racialmente inferiores e intelectualmente disminuidos, su tratamiento legal ha seguido dos direcciones extremas. En primer lugar, han sido ignorados como realidad étnica y cultural, pero así mismo fueron considerados de manera abstracta como miembros libres e iguales de la nueva República. Por esta razón, en el Código Penal de 1863 no se consideraba de forma alguna su situación particular. Y, en segundo lugar, tomando en cuenta sus rasgos particulares, fueron clasificados conforme a un criterio etnocentrista y sometidos a un Derecho penal considerado como un instrumento civilizador. Por esto, en el Código Penal de 1924 eran sometidos a medidas de seguridad en lugar de ser castigados según la pena prevista para el delito que habían cometido.

No obstante, dicha reticencia no es justificada si se considera el marco constitucional vigente. En efecto, según el Art. 2, inc. 19, de la Constitución de Perú, toda persona tiene “*derecho a su identidad étnica y cultural*”. Este artículo dispone además que “*el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación*”. Además, según el Art. 17, pf. 4, *in fine*, de la Constitución, el Estado “*fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional*”. En este contexto, no puede estimarse peyorativo el hecho de considerar como inimputable (incapaz de culpabilidad) a un individuo a causa de las circunstancias individuales que le son propias. Sobre todo si se tiene en cuenta que toda persona, incluso la inimputable, es tomada en consideración por lo dispuesto en el Art., 1 de la Constitución: “*la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*”⁶⁸⁶.

⁶⁸⁶ HURTADO POZO, J. *Manual de Derecho Penal. P. G. I...* op. cit., pág. 642.

4. Comentario al Art. 15 del Código Penal peruano.

Del tenor literal del Art. 15 CP peruano: *“El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad”*, se desprende, de manera inequívoca, que la ley penal ha establecido la disposición en comento, no necesariamente pensando en los indígenas que han nacido y desarrollado en una cultura distinta a la del pueblo peruano no-indígena que poseen principios y valores diferentes a la cultura dominante, razón por la cual, no parece justo hacerles responsables penalmente por lo que son, sienten y creen. En efecto, protagonistas de esta eximente de responsabilidad bien podrían ser personas pertenecientes a una cultura africana u oriental. No obstante, en la práctica, tanto la doctrina como la jurisprudencia peruana han estimado aplicable dicha disposición al pueblo peruano indígena. En consideración a lo anterior, la causal de inimputabilidad establecida en el Art. 20.1° del CP peruano por *“sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión;”* a juicio de la doctrina y jurisprudencia peruana, está pensada para un ciudadano peruano o extranjero perteneciente a la cultura continental dominante no-indígena.

V. SISTEMA PENAL CHILENO.

1. Imputabilidad/Inimputabilidad en el sistema penal chileno.

Tal como manifestamos al tratar de las Medidas de Seguridad y examinar la situación en Chile, cabe recordar que el CP chileno se basó en el código penal español de 1848/1850 y, hasta el día de hoy, las causales de inimputabilidad, sin considerar la menor edad, son: la locura o demencia y el trastorno mental transitorio. En consecuencia, no existe una eximente expresa igual o semejante a la contemplada en el Art. 20.3 del CP español sobre *“Alteraciones en la percepción”* o referida a la situación de un sordomudo o ciego y que, por esa especial condición, sufra una especie de aislamiento socio-cultural que le incapacite para conocer el carácter ilícito de un hecho o autodeterminarse conforme a dicho conocimiento. Por lo tanto, si el inculpaado es un sordomudo o ciego y su carencia es de tal gravedad la

doctrina estima que, si el caso concreto lo permite, se lo podría homologar a un caso de oligofrenia o retardo mental grave y, en ese supuesto, subsumirlo como una modalidad de locura o demencia (Art. 10 N° 1 CP chileno), o bien, configurar en torno a él un caso de error de prohibición (aplicación analógica del Art. 10 N° 1 CP chileno)⁶⁸⁷. Consultada la jurisprudencia penal publicada en los últimos 50 años, no se menciona ningún caso de sordomudez o ceguera que se haya subsumido como causal de inimputabilidad.

2. Comentario al tratamiento doctrinario que en Chile se ha hecho del sordomudo.

En primer término, es difícil aceptar que el perfil de un sordomudo sea intrínsecamente semejante al de un retardado mental u oligofrénico. En efecto, la estructura psíquica de un retardo mental implica, necesariamente, una alteración patológica; no así, en cambio, la de un sordomudo. En este último caso, la limitación o carencia viene dada o causada por un menoscabo o detrimento de la estructura morfo-fisiológica del sujeto (no psíquica). La posible semejanza del retardo mental con la sordomudez podría encontrarse en los efectos que ambas dolencias suponen para quien las padece: percepción incompleta y distorsionada de la realidad. Consecuente con lo señalado, no parece lógico ni razonable subsumir un caso de sordomudez como un supuesto de locura o demencia, hipótesis ambas, que implican la existencia de una enfermedad, trastorno, anomalía o perturbación psíquica de índole patológica.

En segundo lugar, si de lo que se trata es de hacer Justicia a un sordomudo que por su dolencia tiene una visión incompleta y distorsionada de la realidad pareciera más razonable tratar de configurar, según el caso, un error de tipo o de prohibición.

VI. COMENTARIO GENERAL A LOS SISTEMAS PENALES DE LOS PAÍSES TRATADOS.

No cabe duda que todos los países cuyo sistema penal hemos abordado (Alemania, Italia, Francia, España, Perú y Chile) han optado por una tipificación de la inimputabilidad

⁶⁸⁷ CURY, Enrique. *Derecho Penal...*op. cit., 2009, pág. 434; POLITOFF, S./MATUS, J.P./RAMÍREZ, M.C. *Lecciones de Derecho penal chileno...*op. cit., pág. 315.

sobre la base de un método mixto. En efecto, todos ellos, aunque con variación lingüística, exigen un presupuesto bio-psiquiátrico y un efecto psicológico-jurídico. En cuanto al concepto de imputabilidad, los países antes mencionados, con la excepción del sistema italiano, trabajan con un concepto semejante en el que se puede reconocer dos dimensiones: una intelectual-valorativa (capacidad de reconocer el carácter ilícito del hecho) y una volitiva o conativa (capacidad de autodeterminación conforme a Derecho, sentido o valor). Por su parte, el Código Rocco postula un concepto de imputabilidad sobre base de una capacidad de entender y de querer, capacidades psicológicas que permiten la crítica formulada ya por la doctrina en el sentido que si se encuentran ausentes, lo afectado sería la conducta como primer elemento del delito y no la culpabilidad.

“Alteraciones en la percepción”, como causal de inimputabilidad, no ha sido recogida de manera expresa por el legislador penal alemán, italiano, francés o chileno. En consideración a lo anterior, y toda vez que dichas legislaciones demandan un presupuesto bio-psiquiátrico (“anomalía psíquica grave”, enfermedad”, “trastorno psíquico o neuro-psíquico”, o bien “locura o demencia”), la sordomudez o ceguera, por sí solas, son perturbaciones o alteraciones imposibles de subsumir en aquellas categorías, razón por la cual, la única manera de encontrar alguna solución para quien padece aquellas limitaciones bio-psicológicas es tratar de configurar en torno a ellas una especie de “error de tipo o de prohibición”. Por su parte, el legislador peruano en el Art. 20 CP menciona como causal de inculpabilidad, las “alteraciones de la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad,...”, donde la doctrina subsume a los sordomudos, los ciego-sordos o los ciego-mudos y, para un sector de ella, dicha disposición podría extenderse para abarcar una interpretación socio-cultural semejante a la postulada por parte de la doctrina española. Tratándose de personas provenientes de otra cultura y que, por ello, tengan principios y valores ajenos a la cultura europeo-continental, en el sistema penal peruano, para la opinión dominante su situación puede ser canalizada en el ámbito del error de prohibición o bien acogerse a la eximente contemplada en el Art. 15 CP estructurada sobre la base de una estructura socio-cultural diversa.

PRINCIPALES CONCLUSIONES DE LA TESIS

1. *Lege lata*, la comunidad jurídica internacional y las constituciones políticas de los Estados pertenecientes al sistema jurídico europeo-continental o anglo americano han asumido y consagrado como presupuesto normativo internacional y constitucional, la concepción antropológica del hombre como ser libre y digno y, consecuente con ello, le reconocen su capacidad para autodeterminarse en su vida de relación conforme o contra el Derecho. Por lo tanto, sostener que el fundamento material de la culpabilidad es la libertad de voluntad, no es una opción puramente doctrinaria de naturaleza filosófica, ética o religiosa, sino una concepción antropológica del hombre hecha suya por el constituyente y el legislador, nacional e internacional y, por ello, exigencia legal positiva a la que no puede sustraerse el legislador, la doctrina o la jurisprudencia.

2. El libre albedrío no es un dato empírico que el juez deba comprobar siempre, sino es un “presupuesto antropológico-valorativo general del sistema” que permite convertir a la reacción penal en un reproche personal. Planteadas así las cosas, lo que debe demostrarse, en casos excepcionales, es la negación de dicho presupuesto en aquellas situaciones en las cuales la ley admite que aquella facultad está ausente (hipótesis de inimputabilidad).

3. La culpabilidad tiene dos fundamentos: uno material y otro normativo. El material es la capacidad que toda persona tiene de obrar libremente conforme (o contra) Derecho, sentido o valor. El normativo, en cambio, es el derecho que tiene la sociedad para imponer a los ciudadanos el deber de aplicar en su vida de relación un grado o nivel de esfuerzo o sacrificio acorde a un patrón objetivo, el de un hombre medio, razonable y prudente y, en modo alguno, superior; a no ser, que sobre él pese un deber especial de compromiso ante el Derecho (v.gr. el deber de un policía, militar o bombero).

4. Si el Derecho penal quiere estructurar una teoría del delito sobre la actuación humana no puede omitir sino debe, necesariamente, respetar la visión antropológica que

inspira a la Constitución Política del país la que, en el sistema europeo-continental, es la de un hombre libre, digno y, por ello, responsable.

5. Todas las causales de inculpabilidad (incluidas las denominadas de “disculpa”) demanda que la capacidad de obrar de otra manera esté grave o seriamente afectada (fundamento material) y, por eso mismo, la sociedad no puede exigir a su protagonista que actué conforme a Derecho (fundamento normativo).

6. Un número de autores calificados consideran que la “imputabilidad” no sería sino “capacidad para motivarse por los mandatos normativos” (MUÑOZ CONDE) o “capacidad de motivación por la norma penal” (GÓMEZ BENÍTEZ) y, precisando o concretando dicha capacidad, se afirma: “la capacidad de motivación en sentido estricto requiere que el autor haya podido comprender la desaprobación jurídico-penal del hecho y haya podido comportarse de acuerdo a esa comprensión” (BACIGALUPO). Quienes acuden a la motivación, en reemplazo, de la “capacidad de actuar de otra manera o libertad de voluntad”, señalan que el hecho delictivo puede ser imputado a su autor si éste tenía “capacidad personal de evitar el hecho” (MIR PUIG)⁶⁸⁸, “culpable es el autor que ha podido actuar de otro modo por haber sido accesible al mandato normativo (porque le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma)” (ZUGALDÍA), lo que a nuestro entender implica “capacidad personal de actuar de otra manera”. En pocas palabras, acudir a la “motivación” como vía de escape de la “libertad de voluntad”, a la postre, termina siendo un rodeo para llegar al mismo punto de partida: la libertad de voluntad.

7. El legislador penal español ha determinado, de manera expresa e inequívoca, aunque, indirecta, el concepto y contenido de la imputabilidad penal en el artículo 20.1 y 2: “comprensión de la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”. En consecuencia, todas aquellas doctrinas que pretenden postular un concepto o contenido distinto (v.gr. sobre la base de la motivación) carecen de un fundamento legal positivo, deben ser estimadas como propuestas doctrinarias de *lege ferenda* y, mientras no se modifique el tenor literal del Art. 20.1 y 2 CP, estarán condicionadas a dicho tenor literal, el cual es una expresión clara de una concepción antropológica del hombre como ser libre.

8. La imputabilidad, bien como presupuesto o elemento de la culpabilidad, posee un elemento o dimensión “intelectual-valorativa”: capacidad del titular para comprender la

⁶⁸⁸ MIR PUIG, S. *Derecho Penal...* op. cit., pág. 539.

“ilicitud del hecho”. Lo propio y característico de esta dimensión de la imputabilidad es ser una capacidad valorativa, capacidad de “valorar o enjuiciar un hecho como lícito o ilícito”.

9. Lo propio y característico de esta dimensión de la imputabilidad es la capacidad (valorativa) que tendría el sujeto para “reconocer valorativamente” como lícito o ilícito hechos en la vida de relación. De igual manera, la dimensión volitiva o conativa de la imputabilidad, se expresa en la capacidad que toda persona normal o común y corriente posee para autodeterminarse conforme a Derecho, sentido o valor. En consecuencia, para ser imputable es preciso disponer de ambas dimensiones (intelectual-valorativa y conativa de autodeterminación conforme a Derecho); por ello, la inimputabilidad se configurará de existir un compromiso serio o grave de cualquiera de aquellas dimensiones o de ambas.

10. La imputabilidad penal es una capacidad “general” en el sentido que la persona la posee en forma “estable y de manera permanente” y, por ello, el legislador penal la presume de la generalidad de las personas a partir de cierta edad. En efecto, el legislador penal presume que dicha capacidad la posee toda persona que ha tenido un desarrollado bio-psico-social normal, al igual que la capacidad política, civil o laboral.

11. La imputabilidad, en cuanto capacidad general, se posee en un marco espacio-temporal de carácter permanente; en cambio, el marco o contexto espacio-temporal en el que se configuran las causales de inimputabilidad es siempre acotado al escenario donde tuvo lugar la perpetración del hecho(s) delictivo(s) concreto o determinado. Por ello, toda vez que la culpabilidad penal siempre está referida a un hecho delictivo concreto, la inimputabilidad puede ser de carácter más o menos permanente o transitorio; en cambio, la imputabilidad, en cuanto estado o condición presumido por el legislador penal, es permanente y, por esto, de carácter general.

12. Una persona imputable es capaz de reconocer, en términos generales, el carácter ilícito esencial, básico o nuclear de un comportamiento o hecho (v.gr. el apoderarse de cosas ajenas sin la voluntad del dueño es ilegal, norma que inspira a los delitos contra la propiedad o la satisfacción del impulso sexual sin contar con el consentimiento con quien se pretende es ilegal).

13. La imputabilidad supone un “reconocimiento valorativo” de carácter general, básico y común a un grupo o área de delitos, razón por la que se puede presumir con fundamento real y objetivo. En consecuencia, una persona bien puede ser imputable en un

determinado campo v.gr. delitos contra la vida o contra la propiedad y no serlo en otro v.gr. delitos laborales o tributarios. En cambio, partir del supuesto como lo hace la doctrina dominante, que toda persona mayor de cierta edad es imputable respecto de cualquier clase de delito, en cuanto hecho típico e injusto en concreto, a no ser que acredite una causal de inimputabilidad, nos parece una pretensión no-razonable y carente de fundamento empírico.

14. La valoración del hecho típico en concreto, es decir la comprensión de su prohibición se puede escindir en dos niveles: uno básico o general y otro específico o concreto. A la imputabilidad pertenece el nivel básico o general y que concurre cuando el sujeto tiene conciencia de la norma penal que subyace a todos los tipos de una determinada área: conciencia del injusto legal básico, general y común de un determinado ámbito. El segundo nivel, de naturaleza concreta o específica, está referido al hecho típico perpetrado por el sujeto y que implica una determinada modalidad de ataque al bien jurídico protegido (v.gr. apropiación indebida si se trata de un delito contra la propiedad, o de un acoso sexual si estamos frente a un delito sexual). Este segundo nivel de conciencia de lo injusto no pertenece a la imputabilidad sino al elemento conciencia de lo injusto en la sistemática finalista o bien al dolo en la concepción neo-causalista.

15. La imputabilidad, en cuanto “capacidad”, exige una conciencia real o efectiva sobre la ilicitud de contenido latente, por ello a nuestro entender, es una “conciencia valorativa implícita”. Otra cosa será el nivel, grado o profundidad de dicha conciencia (plena o parcial, general o específica).

16. Referir la imputabilidad al hecho típico concreto, al igual que el segundo elemento de la culpabilidad, la comprensión de la ilicitud sería la misma en ambos y el contenido del segundo elemento se anticiparía en el examen de aquella, dejándolo vacío. Si admitimos la división de la comprensión de lo prohibido en dos niveles: uno general o básico y otro específico o concreto, la afirmación del primer nivel (perteneciente a la imputabilidad) no desaparece si no se logra configurar el segundo nivel (perteneciente al segundo elemento de la culpabilidad).

17. Quien no tiene la capacidad de comprender el injusto material básico, general y común a un determinado ámbito jurídico-penal y, por ello, presente en cada hecho punible que lo integra, “no puede comprender la ilicitud del hecho”, y por lo tanto, no es necesario investigar en mayor profundidad si, además, el autor tenía la capacidad de comprender el

injusto material especial, específico o concreto del comportamiento por él perpetrado como modalidad de ataque al bien jurídico tutelado.

18. Si aceptamos que la imputabilidad está referida al hecho típico concreto, de seguirse la sistemática neo-causalista, se estaría presumiendo el obrar típico doloso el que sólo podría ser desvirtuado configurando un error de tipo o de prohibición. Presumir la conciencia valorativa de un hecho típico concreto supone, necesariamente, dar por establecido el conocimiento previo del hecho típico; de no ser así, ¿sobre qué estaría recayendo dicha valoración? Más aún, de conformidad a la doctrina mayoritaria que criticamos, acreditado v.gr. un error de prohibición inevitable, el sujeto que incurre en dicho error, carecería de responsabilidad penal no por ausencia de dolo (concepción causal) o de conciencia de lo injusto (concepción final) sino por “inimputabilidad”. En efecto, si la presunción de imputabilidad está referida al hecho típico concreto, la existencia y prueba de un error de prohibición inevitable, lo que está probando es que dicho sujeto, en el caso concreto por el que se lo procesa, la presunción de imputabilidad carecía de fundamento objetivo, es decir, el sujeto no era imputable.

19. Es razonable que el legislador presuma que toda persona mayor de 18 años tiene una capacidad general, a nivel abstracto, para reconocer y valorar el hecho ilícito-base de un determinado ámbito penal, en el sentido antes indicado. Lo que no es razonable presumir es que toda persona mayor de 18 años puede “reconocer y valorar” como ilícito todos y cada uno de los comportamientos típicos existentes en los diversos campos del sistema penal. Será en el examen del segundo elemento de la culpabilidad (dolo o conciencia de lo injusto, según la doctrina que se postule) donde se pondrá a prueba si aquel conocimiento general presumido puede hacerse extensivo a la figura delictiva concreta por la que se está enjuiciando al inculpado.

20. Algo semejante ocurre con la dimensión volitiva que integra la imputabilidad. El legislador penal puede presumir, con fundamento objetivo, que una persona mayor de 18 años tiene una capacidad general para autodeterminarse. Es en el estudio del tercer elemento de la culpabilidad, el contexto situacional normal (o exigibilidad), donde la interrogante a dilucidar será determinar si aquella capacidad general que la ley penal presume, el inculpado podía o no haberla ejercido en la situación concreta por él vivida v.gr. por sufrir una amenaza o coacción grave o haber experimentado miedo insuperable.

21. Para que un sujeto normal actúe, dolosa o imprudentemente, debe poseer una cierta capacidad psicológica general que le permita captar o percibir sin distorsiones la realidad, es decir, el mundo que le rodea, capacidad que el legislador penal presume, al igual que lo hace, respecto de la comprensión de lo injusto en la imputabilidad. De seguirse este planteamiento y de sostenerse que el contenido de la imputabilidad se presume y siempre está referida al hecho concreto por el cual se está procesando al imputado, la concepción causal neo-clásica nos plantea dos interrogantes:

a) Si la imputabilidad sólo implica valoración de un hecho típico (no conocimiento del mismo), nos resulta discutible la ubicación sistemática del dolo como segundo elemento de la culpabilidad y posterior a la imputabilidad toda vez que el conocimiento de un hecho es previo a su valoración. En efecto, todo pareciera indicar que el estudio y tratamiento del dolo, en cuanto exigencia de conocimiento de los elementos del tipo (no de su valoración global), debería ser algo previo a la imputabilidad. Por ello, no resulta clara la afirmación que un sector minoritario de la doctrina que se ha ocupado del tema afirme que la inimputabilidad puede llegar a determinar la ausencia de dolo y, por lo mismo, la atipicidad subjetiva.

b) Si se insiste que la ubicación sistemática del dolo es posterior a la imputabilidad ¿por qué, según la concepción neo-causal, el dolo requiere la significación disvaliosa del hecho típico si dicho disvalor ya ha sido establecido en la imputabilidad?

22. Para la doctrina española, de manera unánime, la eximente contemplada en el Art. 20.3º del CP es una causal de inimputabilidad y responde a una fórmula de carácter mixto: un presupuesto biológico (o socio-cultural) que exige una alteración en la percepción desde el nacimiento o la infancia y, además, un efecto psicológico-jurídico que demanda una grave alteración de la conciencia de la realidad.

23. Para la doctrina y jurisprudencia dominante el requisito de la existencia de una alteración en la percepción desde el nacimiento o la infancia ha sido interpretado bajo una perspectiva bio-psicológica con un contenido “perceptivo-sensorial”. El proceso senso-perceptivo le permite al ser humano conocer o reconocer la realidad sin distorsiones para, de ese modo, actuar sobre ella. En este contexto, la fuente razonablemente adecuada para originar esta eximente es la sordomudez la que de ser seria o grave y haberse generado durante el nacimiento o la infancia, de no mediar un tratamiento compensatorio, dejará al sujeto en un estado de incomunicación con el mundo que le rodea. En esta interpretación,

este requisito implica un defecto sensorial de tipo orgánico y funcional de origen temprano en el desarrollo psicológico del sujeto, motivo por el cual, se diferencia de la causal de inimputabilidad del Art.20.1º cuya fuente de origen es de naturaleza psíquica.

24. Una interpretación posible del Art. 20.3º es configurar sobre su texto una eximente de atipicidad. La persona que se encuentra en la situación descrita no tiene capacidad, de manera más o menos permanente, para conocer (o reconocer) la realidad (personas, objetos o hechos) y, por ello, no tiene capacidad para actuar típicamente (dolosa o imprudentemente). Quien no es capaz de identificar la realidad del mundo en el que está inserto no puede, posteriormente, valorarla. Si la inimputabilidad penal sólo dice relación con la capacidad para valorar como lícita-ilícita una realidad (no para conocerla), aquella capacidad psicológica general que presupone una actuación típica no sería parte de la inimputabilidad y, por eso mismo, quien carezca de ella no incurre en una causal de inimputabilidad sino de atipicidad toda vez que para obrar dolosa o imprudentemente, el sujeto debe ser capaz de conocer la realidad objetiva sobre la que se construyen los tipos penales. En cuanto causal de atipicidad, supone un estado o condición general a diferencia de la incapacidad puntual y concreta del error de tipo y que presupone aquella capacidad general para reconocer la realidad.

Es factible que a lo anterior se discuta la procedencia en una misma causal dos eximente de distinto carácter. No obstante, como es sabido la doctrina española ha considerado que el Art. 20.5º del CP contempla dos eximentes (estado de necesidad) de diversa naturaleza: una causal de justificación y una de exculpación.

25. Somos de opinión que si el legislador penal español ha querido transformar la eximente que otrora estaba pensada sólo para el sordomudo en una más amplia de carácter socio-cultural debería en un futuro, por razón de seguridad jurídica, modificar su tipificación para que no se preste a dudas.

Si asumimos la perspectiva “perceptivo-sensorial” los casos de auténtica inimputabilidad son raros o reducidos y, de no existir esta disposición legal, podrían ser subsumidos en la eximente del Art. 20.1º (anomalía o alteración psíquica), motivo por el cual, su existencia sería, como ya ha afirmado un sector relevante de la doctrina, “superflua”.

26. El proceso de desarrollo bio-psico-social para niños sordomudos o ciegos es mucho más complejo que el desarrollo en niños normales. Sin embargo, ambos pueden llegar a alcanzar un desarrollo adecuado en la medida que el contexto en que están insertos (familiar, escolar y social) sea altamente estimulante y esté finamente sincronizado a las necesidades de éstos menores.

27. Las principales dificultades para un niño ciego se encuentran entre los 0 y los 2 años y dicen relación con la capacidad de establecer un contacto con sus progenitores que invite a la interacción con el menor. El desarrollo del lenguaje hará todos los otros posteriores desarrollos del infante ciego mucho más fáciles porque existirá un vehículo de comunicación que le permitirá al niño tener sentido de un mundo que hasta antes del lenguaje era percibido como bastante fragmentado.

28. Las principales dificultades del niño sordomudo no son en la infancia temprana sino posterior a la adquisición del lenguaje si éste se queda fuera de la posibilidad de adquirir una modalidad de comunicación efectiva con otros. Niños sordomudos son perfectamente capaces de entender normas sociales y su profundidad si poseen con el interlocutor que las trasmite un lenguaje común a través del cual logran comunicación. Gran parte de las transgresiones conductuales de éstos menores parecen deberse a frustración porque fallan en comprender el medio y en la falta de buenos canales de comunicación.

29. La diversidad de niños ciegos y sordomudos es enorme y siempre requiere de una evaluación individual del caso particular para ver como se ha llevado a cabo el proceso de desarrollo. No obstante, la información científica actual nos permite sostener que, en general, los niños ciegos o sordomudos con apoyo compensatorio adecuado pueden objetivamente fundamentar su imputabilidad.

30. El legislador penal español ha resuelto que las medidas post-delictuales privativas de libertad, en inimputables o semi-imputables, presuponen un hecho injusto típico, son facultativas y no pueden exceder al tiempo que habría durado la pena privativa de libertad si el sujeto hubiese sido declarado responsable. Lo anterior, basado en el principio excepcionalidad como expresión del principio de proporcionalidad, puede ser discutible si se considera el fundamento y fin de las medidas: la peligrosidad del autor, la que puede suponer desde la óptica de la prevención-especial una duración mayor a la establecida por el legislador penal o bien su improcedencia en casos de peligrosidad porque la pena señalada al delito no es una privativa de libertad.

31. Tratándose de una medida de seguridad en el ámbito de la eximente de alteración de la percepción, su finalidad es de naturaleza terapéutica-curativa orientada a compensar la deficiencia de una determinada condición o estado. No obstante, si el hecho injusto cometido no contemplare una pena privativa de libertad, el tribunal no podrá aplicar una medida de internamiento del Art. 103 y sólo podrá disponer alguna no privativa de libertad contemplada en el Art. 96.3 del CP.

32. Es discutible que la aplicación de medidas de seguridad sólo procedan respecto de delitos y no de faltas si estas son perpetradas por sujetos peligrosos. De igual forma, es discutible que la aplicación de las mismas se limite a una exención completa o incompleta y no respecto de una atenuante analógica.

33. De configurarse una eximente completa o incompleta o una atenuante analógica, ello no impide hacer efectiva la responsabilidad civil generada por el hecho delictivo. Quedan obligados civilmente no sólo el protagonista del hecho injusto, sino además, aquellas personas que los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho (responsables solidarios) cuando haya mediado de su parte culpa o negligencia civil. De haber existido de dichos guardadores imprudencia penal podrían ser responsables penalmente como autores

34. Somos de opinión que si el legislador penal español ha querido transformar la eximente que otrora estaba pensada sólo para el sordomudo en una más amplia de carácter socio-cultural debería en un futuro, por razón de seguridad jurídica, modificar su tipificación para que no se preste a dudas. De esta forma, una redacción orientada en este sentido podría ser: *“Está exento de responsabilidad criminal: el que al tiempo de cometer la infracción penal, por carencia o limitación grave de carácter socio-cultural, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”*.

35. Si asumimos la perspectiva “perceptivo-sensorial” los casos de auténtica inimputabilidad son raros o reducidos y, de no existir esta disposición legal, podrían ser subsumidos en la eximente del Art. 20.1º (anomalía o alteración psíquica), motivo por el cual, su existencia sería, como ya ha afirmado un sector relevante de la doctrina, “superflua”.

36. El proceso de desarrollo bio-psico-social para niños sordomudos o ciegos es mucho más complejo que el desarrollo en niños normales. Sin embargo, ambos pueden llegar a alcanzar un desarrollo adecuado en la medida que el contexto en que están insertos

(familiar, escolar y social) sea altamente estimulante y esté finamente sincronizado a las necesidades de éstos menores.

37. Las principales dificultades para un niño ciego se encuentran entre los 0 y los 2 años y dicen relación con la capacidad de establecer un contacto con sus progenitores que invite a la interacción con el menor. El desarrollo del lenguaje hará todos los otros posteriores desarrollos del infante ciego mucho más fáciles porque existirá un vehículo de comunicación que le permitirá al niño tener sentido de un mundo que hasta antes del lenguaje era percibido como bastante fragmentado.

38. Las principales dificultades del niño sordomudo no son en la infancia temprana sino posterior a la adquisición del lenguaje si éste se queda fuera de la posibilidad de adquirir una modalidad de comunicación efectiva con otros. Niños sordomudos son perfectamente capaces de entender normas sociales y su profundidad si poseen con el interlocutor que las trasmite un lenguaje común a través del cual logran comunicación. Gran parte de las transgresiones conductuales de éstos menores parecen deberse a frustración porque fallan en comprender el medio y en la falta de buenos canales de comunicación.

39. La diversidad de niños ciegos y sordomudos es enorme y siempre requiere de una evaluación individual del caso particular para ver como se ha llevado a cabo el proceso de desarrollo. No obstante, la información científica actual nos permite sostener que, en general, los niños ciegos o sordomudos con apoyo compensatorio adecuado pueden objetivamente fundamentar su imputabilidad.

40. El legislador penal español ha resuelto que las medidas post-delictuales privativas de libertad, en inimputables o semi-imputables, presuponen un hecho injusto típico, son facultativas y no pueden exceder al tiempo que habría durado la pena privativa de libertad si el sujeto hubiese sido declarado responsable. Lo anterior, basado en el principio excepcionalidad como expresión del principio de proporcionalidad, puede ser discutible si se considera el fundamento y fin de las medidas: la peligrosidad del autor, la que puede suponer desde la óptica de la prevención-especial una duración mayor a la establecida por el legislador penal o bien su improcedencia en casos de peligrosidad porque la pena señalada al delito no es una privativa de libertad.

41. Tratándose de una medida de seguridad en el ámbito de la eximente de alteración de la percepción, su finalidad es de naturaleza terapéutica-curativa orientada a

compensar la deficiencia de una determinada condición o estado. No obstante, si el hecho injusto cometido no contemplare una pena privativa de libertad, el tribunal no podrá aplicar una medida de internamiento del Art. 103 y sólo podrá disponer alguna no privativa de libertad contemplada en el Art. 96.3 del CP.

42. Es discutible que la aplicación de medidas de seguridad sólo proceda respecto de delitos y no de faltas si estas son perpetradas por sujetos peligrosos. De igual forma, es discutible que la aplicación de las mismas se limite a una exención completa o incompleta y no respecto de una atenuante analógica.

43. De configurarse una eximente completa o incompleta o una atenuante analógica, ello no impide hacer efectiva la responsabilidad civil generada por el hecho delictivo. Quedan obligados civilmente no sólo el protagonista del hecho injusto, sino además, aquellas personas que los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho (responsables solidarios) cuando haya mediado de su parte culpa o negligencia civil. De haber existido de dichos guardadores imprudencia penal podrían ser responsables penalmente como autores.

44. El Derecho penal comparado, sobre la base de los textos legislativos alemán o francés, nos permite constatar que las causales de inimputabilidad se estructuran sobre un fundamento psicopatológico y no en uno de carácter socio-cultural y, para el caso de llegar a existir, se tratará como un supuesto de error de prohibición. En la legislación italiana, en cambio, como la imputabilidad se entiende como capacidad de entender y querer, su carencia podría tener como fuente de origen la diversidad cultural en la medida que dicha carencia o limitación sea de carácter grave.

45. En el Cono Sur, en países donde oficialmente impera la cultura occidental, aunque, parte de su realidad socio-cultural es la existencia de pueblos indígenas que aún viven su propia cultura, el legislador penal ha incorporado en el sistema penal una disposición exculpatoria especial para aquellos indígenas que *“...por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad”* (Art. 15 CP de Perú).

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

ACHTZIGER y GOLLWITZER. Motivation and volition in the course of action. En: HECKHAUSEN y HECKHAUSEN (Eds.). *Motivation and action*. New York, Cambridge University Press, 2007.

AGUADO CORREA, María Teresa. *Inexigibilidad de otra conducta en Derecho Penal*. Comares, Granada, 2004.

ALASTUEY DOBÓN. En: GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 1998.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes. “Circunstancias del delito e inseguridad jurídica”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial: Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes. *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*. Facultad de Derecho, Secretariado de Publicaciones, Valladolid, 1981.

AMBOS, Kai. *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*. Traducción de Ezequiel Malarino, Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, Montevideo, 2005.

ARIAS EIBE, Manuel José. “El error en Derecho Penal en el Código de 1995”. *Cuadernos Luis Jiménez de Asúa* N°33. Ed. Dykinson, 2007.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. “Los fundamentos de la teoría del error en el derecho penal europeo actual”. En *Estudios penales en Homenaje al Prof. Cobo del Rosal* de J.C. Carbonell Mateu, B. del Rosal Blasco, L. Morillas Cueva, E. Orts Berenguer, M. Quintanar Díez (coord.), Madrid, 2005

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho penal. P.G.*, 2ª. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y otros. *Curso de derecho penal. Parte general*. 1º ed. La imp. Experiencia, Barcelona, 2005.

BERTOLINO, Marta. *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*. Dott. A Guiffrè Editores, Milán, 1999.

BETTIOL, G. *Diritto Penale. P.G.* 5ª ed. Palermo, Priulla, 1962.

BISHOP, J. y GREGORY, S. "Hearing Impairment", en: *Handicapping Conditions in Children*. Gillham (Ed.) London, Routledge, 1986.

BLANCO LOZANO, Carlos. *La eximente de anomalía o alteración psíquica*, Dykinson, Madrid, 2000.

BLANCO LOZANO, Carlos. *Derecho penal: parte general*. La Ley, Madrid, 2003.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. *Enmiendas al Proyecto de Ley Orgánica de Código penal*. Congreso de los Diputados, enmienda número 282 al apartado 4º del artículo 26, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

BOWLBY, John. *The Making and Breaking of Affectional Bonds*. Tavistock Publications, London, 1979.

BURLINGHAM, D. "To be Blind in a Sighted World". En: *Psychoanalytic Study of the Child*. N° 34. 1979.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal Español. Parte General*. Ed. Ariel, Barcelona, 1984.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal: parte general*. Barcelona, Ariel, 1989.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan/ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. II, Trotta, Madrid, 1999.

CAIROLI MARTÍNEZ, Milton. "La capacidad de culpabilidad y su exclusión". En ARROYO ZAPATERO y otros. coordinador NIETO MARTIN, A. *Homenaje al Dr. Marino*

Barbera Santos. In memoriam. Vol. I: Parte general. 1º ed. P imp. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Ediciones de la Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.

CANTARERO BANDRES, Rocío. "Responsabilidad penal del menor y teorías clásicas de la culpabilidad". En: *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal.* CARBONELL MATEU; DEL ROSAL BLASCO; MORILLAS CUEVA; ORTS BERENGUER y QUINTANAR DIEZ (coordinadores) y otros. Dikynson, 2005.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Enfermedad y delito: aspectos psiquiátricos, penales y procesales.* Civitas, 1987.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. "Sobre la Imputabilidad en Derecho Penal español". En: *Cuadernos Derecho Judicial. La Imputabilidad en General en el Derecho Penal.* núm. XVII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

CARMONA CASTILLO, Gerardo. *La imputabilidad penal.* Porrúa, México, 1999.

CARMONA SALGADO, Concepción. "Las alteraciones en la percepción dentro del marco general de la teoría de la inimputabilidad (Art. 8. 3º del CP)", en: *Comentarios a la Legislación Penal, la reforma del Código penal de 1983. Tomo V. Vol. 1º.* Cobo del Rosal, M. (dir.)/Bajo Fernández, M. (coord.). Edersa. Madrid, 1985.

CARMONA SALGADO, Concepción. "Artículo 20.3 CP". En: *Comentarios al Código Penal,* dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, T. II (Artículos 19 a 23). EDERSA, 1999.

CARMONA SALGADO, Concepción. "Causas de inimputabilidad: Alteración de la percepción". En: *Actual doctrina de la imputabilidad penal. Estudios de Derecho Judicial N° 110.* Consejo General del Poder Judicial, 2006.

CARMONA SALGADO, Concepción. "De las alteraciones en la percepción al error de prohibición, pasando por las anomalías y alteraciones psíquicas". En: *La Ley Penal,* N° 70, abril, Ed. La Ley. 2010.

CARRASCO GÓMEZ, J. J. "Circunstancias psíquicas que modifican la imputabilidad". *IV Congreso Andaluz de Ciencias Penales. Derecho Penal y Psiquiatría Criminal y Forense.* Universidad Nacional de Educación a Distancia. El Puerto de Santa María, 1988.

CARRASCO GÓMEZ, Juan José y MAZA MARTÍN, José Manuel. *Manual de psiquiatría legal y forense*. 3ª Ed., La Ley-Actualidad, 2005.

CASTELLÓ NICÁS, Nuria. *La imputabilidad penal del drogodependiente*. (“Prologo” de MORILLAS CUEVA, Lorenzo). Comares, Granada, pág. XVI. 1997.

CASTELLÓ NICÁS, Nuria. “Art.20.1º Código Penal”. *Comentarios al Código Penal*. Tomo II (Artículos 19 a 23), dirigidos por COBO DEL ROSAL, Edersa, Madrid, 1999.

CEREZO MIR, José. “La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica”. En: *Problemas fundamentales del Derecho Penal*. Tecnos, 1982.

CEREZO MIR, José. “La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva española”. En: *Justificación y Exculpación en Derecho penal*. Esser - Gimbernat y Perron, Madrid, 1995.

CEREZO MIR, José. *Medidas de seguridad aplicables a las personas exentas de responsabilidad penal por padecer una anomalía o alteración psíquica*. 2001.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. T. III. Ed. Tecnos, 4.ª impresión, Madrid, 2004.

COBO DEL ROSAL, Manuel. *Tratado de Derecho Penal Español. Parte General*. vol. II, 2º ed, Madrid, 1972.

COBO DEL ROSAL, Manuel. *Derecho penal: parte general*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.

COBO DEL ROSAL, Manuel. *Sinopsis de Derecho Penal*. PG. Ed. DYKINSON. 2011.

COBO DEL ROSAL, Manuel y BOIX R., Javier, “Garantías constitucionales del Derecho sancionador”. En: *Comentarios a la Legislación Penal I: Derecho Penal y Constitución*, EDERSA, Madrid. 1992.

COBO DEL ROSAL, Manuel. *Comentarios al Código Penal. Tomo II* (Arts. 19 a 23), Edersa. 1999.

COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DIEZ, Manuel. *Instituciones de Derecho Penal español*. Parte general. CESEJ-Ediciones. Madrid. 2004.

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho penal. Parte general*. 1984.

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho Penal. P.G.*, 3ª. Ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

COBO DEL ROSAL, Manuel. y VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho Penal. Parte General*, 5. edición, Tirant lo Blanch, Valencia. 1999.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. *Código penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia*. 2ª Ed., BOSCH, Barcelona, 2004.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, Colex, Madrid, 1997.

CÓRDOBA RODA, Juan. "Las eximentes incompletas en el Código Penal". En: *Publicaciones del Instituto de Estudios Jurídicos*. Oviedo, 1966.

CÓRDOBA RODA, Juan. *Comentarios al Código penal*. Tomo I. de CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, Barcelona, 1972.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte General*, 2. ed., Civitas, Madrid, 1996.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal español. Parte General*. 3ª Ed. Editorial Dykinson, Madrid, 2002.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal español*. PG. V.II., Ed, Dykinson, 2009.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín/ MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Curso de Derecho Penal. P.G*. Tecnos, Madrid, 2011

CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho penal. Tomo I (parte general)*. 1948.

CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Vol. II. 18ª. Ed. Barcelona, 1980.

CURY, Enrique. *Derecho Penal. P. G*. Ed. PUC., Santiago, 2009.

DE LA CUESTA AGUADO, P.M. *Conocimiento de la Ilícitud. Aproximación al conocimiento de la antijuridicidad del hecho desde las teorías psicológicas del pensamiento intuitivo*. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”, N° 35, Dykinson, 2007.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. "Imputabilidad y nuevo Código Penal". En: Cerezo Mir, J.; Suárez Montes; Beristáin Ipiña. A. y Romeo Casabona, C. M. (editores). *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos (Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torio López)*. *Estudios de Derecho Penal* (dirigidos por Carlos María Romeo Casabona). Comares. Granada. 2000.

DENMARK, J.C.; RODDA, M.; ABEL, R.A.; SKELTON, U.; ELDRIDGE, R. W.; WARREN, F.; y GODON, A. "A Word in Deaf Ears: A Study of Communication and Behaviour in a Sample of 75 Deaf Adolescents". London, 1979.

DESSPORTES y LE GUNEHÉC. *Le Nouveau Droit pénal*. Tomo 1. Ed. Economica, Paris, 1994.

DÍAZ PALOS, Fernando. *Teoría general de la imputabilidad*. Bosch. Barcelona. 1965.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. "Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992". En: *La Ley*, 30 de abril de 1993, núm. 3250.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. "Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código penal de 1992". En: *Política Criminal y Reforma Penal*, Homenaje al Prof. Juan del Rosal, Madrid: Edersa, 1993.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. "La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal". En: *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. "Aspectos generales de la imputabilidad. Actual doctrina de la imputabilidad penal". En: *Estudios de Derecho Judicial*. N° 110, 2007.

DODDS, Alan. "Visual Handicap". En: *Handicapping Conditions in Children*. Gillham. Ed., London, Routledge, 1986.

DORADO MONTERO, Pedro. *El caso del loco delincuente en el Derecho penal moderno y enseñanzas que del mismo pueden sacarse*. RGLP. T. 92 y 93. (cit. por la versión publicada en DORADO MONTERO, Pedro. *El Derecho protector de los criminales*. ed. Facsímil. Tomo 1. Pamplona, Madrid, 1915, págs. 423-466. Editada por Jiménez Gil. 1999.

DSM-IV. *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*. MASSON, 1995.

ESBEC RODRÍGUEZ, Enrique. "Violencia y trastorno mental". En: *Cuadernos de Derecho Judicial. Psiquiatría criminal y comportamientos violentos*. N° VIII. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

ESCRIHUELA CHUMILLA, F. Javier. *Todo Penal*. La Ley, Madrid. 2011

FALCONE, Diego. "Una mirada crítica a la regulación de las medidas de seguridad en Chile". En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXIX, Valparaíso, Chile, 2007.

FELIP I SABORID. *Error iuris: el conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del código penal*. Ed. Atelier, Serie Mayor, Barcelona, 2000; citado en DE LA CUESTA AGUADO, P. M. *Conocimiento de la ilicitud. Aproximación al conocimiento de la antijuridicidad del hecho desde las teorías psicológicas del pensamiento intuitivo*. Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa", N° 35, Dykinson, 2007.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús. "La Enajenación y el Trastorno Mental Transitorio: Tratamiento jurídico-penal". En: *Psiquiatría legal y forense*. Delgado Bueno (director); Esbec Rodríguez; Rodríguez Pulido y González De Rivera y Revuelta (coordinadores), Colex, Madrid, 1994.

FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar. "La exigibilidad y la no exigibilidad de conductas adecuadas a las normas penales: cuestiones pendientes en la dogmática jurídico penal". En: *Cuadernos de Política Criminal*, N° 106. I Época II, Abril 2012.

FERRER SAMA, A. *Comentarios al Código penal*. Tomo I. Murcia, 1945.

FIANDACA, G. y MUSCO, E. *Diritto penale, Parte Generale*. 3ª. ed., Zanichelli Editore, Bologna, 1995.

FONSECA MORALES, Gema María. *Exención y atenuación de la responsabilidad criminal por anomalía o alteración psíquica. Especial referencia a su tratamiento jurisprudencial*. Tesis doctoral. Universidad de Granada, 2007.

FRAIBERG, SELMA: *“Insights from the Blind”*. Publisher, Basic Books. London. 1977.

FRANK, Reinhard. *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*. Traducción de Gustavo Aboso y Tea Löw, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2002.

FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal*. Traducción de José Luis Guzmán D. Maestros del Derecho Penal N° 11, Ed. B de F. Montevideo-Buenos Aires, 2006.

GALLAS, Wilhem. *La Teoría del Delito en su momento actual*. Traducción de Juan Córdoba Roda, Ed. BOSCH, Barcelona, 1959.

GARCÍA ALBERO. “Arts. 95-108”. En *Comentarios al Nuevo Código penal*. 3° ed. QUINTERO OLIVARES (dir.) Elcano, Aranzadi, 2004.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal*. P. G. Ed. Jurídica GRILEY, Lima, 2008.

GARCÍA GARCÍA, Julián. *Drogodependencias y justicia penal*. Ministerio de Justicia-Ministerio del Interior, Madrid, 1999.

GARCÍA GARCÍA, L. *Marco jurídico de la enfermedad mental: incapacitación e internamiento*. Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al Derecho Penal*. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005.

GARCÍA VICENTE, F. La responsabilidad civil en el nuevo Código Penal. En: *Actualidad Penal* (APen), ND 54, 1996.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?” En: *Estudios de Derecho Penal*, 2ª ed. ampliada, Ed. CIVITAS S.A. Madrid, 1981.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “El sistema del Derecho penal en la actualidad”. En: *Estudios de Derecho Penal*, 3° ed. Madrid. Tecnos, 1990.

GISBERT CALABUIG, J. A. *Tratado de Medicina Legal y Toxicología*. 2ª ed. Valencia, 1983.

GOLDSCHMIDT, J. *La concepción normativa de la culpabilidad*. Traducción castellana de Margarita Goldschmidt y Ricardo Nuñez. Buenos Aires, 1943.

GOLDSCHMIDT, James. *La Concepción Normativa de la Culpabilidad*. Traducción de Margarethe de Goldschmidt y Ricardo Nuñez, 2da. Maestros del Derecho Penal N° 7, Ed. B de F. Montevideo-Buenos Aires, 2002.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Teoría Jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*. 1º ed. reimpr, Civitas, Madrid, 1992.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Teoría jurídica del delito: derecho penal. Parte General*. Madrid, Civitas, 1984.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Comentarios al Código Penal*. Lex Nova. Valladolid, 2010.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Valencia: Universidad de Valencia. Servicio de Publicaciones, 1988.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. “Presente y futuro de las circunstancias modificativas”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial: Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Joaquín. *La imputabilidad en el Derecho penal español: imputabilidad y locura en la España del siglo XIX*. Granada, Comares, 1994.

GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)* 1979.

GONZÁLES RUS, Juan José. En: *Comentarios al Código Penal* (dirigidos por COBO DEL ROSAL). Tomo I. Edersa, Madrid, 1999.

GOYENA HUERTA, Jaime. *Las circunstancias atenuantes en el CP de 1995*, AA. VV., Aranzadi, Pamplona, 1997.

GREGORY, Susan. *Deaf Children and Their Families*. Cambridge University Press, Cambridge, 1995.

HATWELL, Yvette. *Privation Sensorielle et Intelligence*. Presses Universitaires de France. Paris. 1966.

HABERMAS, Jürgen. *Factibilidad y validez*. Traducción de M. Jiménez Redondo, Madrid, 1998.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Ed. Bosch, Barcelona, 1984.

HECKHAUSEN, H.: “*The Motivation-Volition divide and its resolution in Action-Phase Models of Developmental Regulation*”, *Research in human development*, Vol. 4 (3-4), pág. 163-180, 2007.

HECKHAUSEN, H.: “*Motivation and action*”. New York: Springer-Verlag, 1991.

HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe. "La prueba pericial psiquiátrica en los procedimientos judiciales penales y la medicina forense en España: una respetuosa llamada 'urgente' de atención". En: *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*. Carbonell Mateu; Del Rosal Blasco; Morillas Cueva; Orts Berenguer y Quintanar Diez (coordinadores) y otros, Dikynson, 2005.

HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe. "La imputabilidad en los sujetos activos de la violencia doméstica y de género (Referencia a la práctica de la prueba pericial-psiquiátrica)". *Revista General de Derecho Penal*. N° 3, 2005.

HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe. "El sistema de medidas y el erróneo criterio en la formulación del principio de proporcionalidad en el Código Penal de 1995", 2002.

HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe. *Penados con deficiencias psíquicas en establecimientos <<no psiquiátricos>> penitenciarios*. 2006.

HIRSCH, Hans Joachim. “Leipziger Kommentar. Vor §32 n.m. 187 a 189”. citado por MARTÍNEZ GARAY, L. *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*. Ed. Tirant Monografías 387, 2005.

HOLBROOK, M. Cay. *Children with Visual Impairments: A Parent's Guide*. 2º Edition. Ed. Woodbine, USA, 2006.

HORN. *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, Berlín, 1969; citado en DE LA CUESTA AGUADO, P. M. *Conocimiento de la ilicitud. Aproximación al conocimiento de la antijuridicidad del hecho desde las teorías psicológicas del pensamiento intuitivo*. Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa", N° 35, Dykinson, 2007.

HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*. Navarra, 2005.

HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. P. G. I*, 3ªed. Ed. Jurídica GRIJLEY, Lima, 2005.

JAKOBS, Günther. "El principio de culpabilidad". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Septiembre diciembre, 1992.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. P.G. Fundamentos y teoría de la imputación*, (trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), 2ª. ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther. "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung". ZStW N°97, 1985, citado por LAURENZO COPELLO. *Dolo y Conocimiento*. Tirant Monografías, España, 1999.

JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Ed.Civitas, Reimpresión 2000, Madrid.

JERICÓ OJER, Leticia. *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*. Ed. La Ley, 2007.

JESCHEK, Hans-Heinrich/ WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. P .G.* Traducción de la 5ª edición alemana por Miguel Olmedo Cardenete. Ed. COMARES, Granada, 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L. "<<Post-scriptum>> a mi estudio sobre No exigibilidad de otra conducta". En: *El Criminalista*. Vol. II. Buenos Aires, 1950.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Tomo VI. Editorial Losada, Buenos Aires, 1962.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. T. V (La culpabilidad), 3ª. ed., 1976.

JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. “Comentario al artículo 10 del Código penal español”. En: *Comentarios al Código Penal*. Tomo I (dirigidos por Manuel Cobo del Rosal) EDERSA, Madrid, 1999.

JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. “Imputabilidad penal. Causas que la excluyen o modifican”. En: *Derecho y Medicina. Guía para profesionales de la salud*. Pamplona, Aranzadi, 2009.

JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. “La inapropiadamente denominada eximente de la minoría de edad en Derecho Penal Español”. En: *Derecho penal de Menores y Adolescentes: una visión dual desde Chile y España*. Ed. Dykinson. 2010.

JORGE BARREIRO, Alberto. “El enfermo mental delincuente y peligroso ante el Nuevo CP de 1995”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. UNED. 2ª Época. N° 6.

JORGE BARREIRO, Alberto. “Sub Título IV”. En: *Comentarios al Código penal*. Rodríguez Mourullo (Director)/Jorge Barreiro (Coordinador), Civitas, Madrid, 1997.

JORGE BARREIRO, Alberto. “La motivación en la individualización judicial de la pena”. En: *Problemas específicos en la aplicación del Código Penal*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

KINDHÄUSER, Urs. “La culpa penal en un Estado democrático de Derecho”. En: *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Traducción de Claudia López D., Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, 1996.

KOHLBERG, Lawrence. *The Philosophy of Moral Development*. Harper & Row Pub, New York, 1981.

KOLK, Van Der “Intelligence Testing for Visually Impaired Persons”. En: *Journal of Visual Impairment and Blindness*. N° 71, 1977.

LANDECHO VELASCO, C. y MOLINA BLÁZQUEZ. *Derecho Penal español. Parte General*. Tecnos, Madrid, 2004.

LEWIS, Vicky. *Development and Handicap*. Oxford, New York, Basil, Blackwell, Oxford, 1987.

LIBET, Benjamin. "Unconscious cerebral initiative and the role of conscious willing voluntary action". En: *Behavioral and Brain Sciences*, 8, 1985.

LIBET, Benjamin. *Mind Time. The Temporal Factor in Consciousness* (Perspectives in Cognitive Neuroscience), Londres, 2004.

LIBET, Benjamin/ GLEASON, C.A./ WHRIGHT, E.W. and PEARL, D. K. "Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity (readiness-potential). The unconscious initiative of a freely voluntary action" En: *Brain*, 106, 1983.

LIBET, Benjamin / WHRIGHT, E.W. / GLEASON, C.A. "Readiness potentials preceding unrestricted spontaneous pre-planned voluntary acts". En: *Electroencephalography & Clinical Neurophysiology*, 54, 1982.

LIBET, Benjamin / WHRIGHT, E.W / GLEASON, C.A. "Preparation or intention-to-act, in relation to pre-event potentials recorded at the vertex". En: *Electroencephalography & Clinical Neurophysiology*, 56, 1983.

LLORCA ORTEGA, José. *Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995*, 4.B edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

LÓPEZ BARJA de QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho Penal*. P.G. ed. Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2010.

LÓPEZ SAIZ, I. *Psiquiatría Jurídica Penal y Civil*. Tomo IV. Burgos, 1969.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, 1997.

LOWENFELD, B. "Effects of Blindness on the Cognitive Functions of Children". En: *Nervous Child*. N° 7, 1948.

LUZÓN CUESTA, José María. *Compendio de Derecho Penal. Parte general*. Adaptado al programa de la oposición a ingreso en las carreras judicial y fiscal. 16^a ed. Dikynson, 2005.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal. P. G.* Ed. Universitas, S. A. Madrid, 1996.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Lecciones de Derecho Penal. P.G.* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

MANGAKIS. “Uber das verhaltnis”, citado en MELENDO PARDOS. M. *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*, Ed. Comares, Granada, 2002.

MANSO PORTO, T. *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal.* Dykinson, Madrid, 1999.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale. Parte generale.* 4ª ed, CEDAM, Padova, 2001.

MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., Thomson Reuters 2011.

MAPELLI CAFFARENA, B./TERRADILLOS BASOCO, J. *Las consecuencias jurídicas del delito.* 3ª ed., 1996.

MAQUEDA ABREU, María Luisa. “Tema 31 8 La culpabilidad (II)”. En: Zugaldía Espinar, J.M. (dir.)/Pérez Alonso, E. J. (coord.) y otros: *Derecho Penal. P.G.*, 2ª. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

MARKOULIS, Diomides. “Moral and cognitive reasoning features in congenitally blind children: Comparison with the sighted”. En: *British Journal of Developmental Psychology.* N° 6. 1988.

MARTÍNEZ GALINDO. "Disminución de la responsabilidad penal por alteraciones psíquicas y toxicomanías". En: *La Ley N° 27, 2006.*

MARTÍNEZ GARAY, Lucía. *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos.* Ed. Tirant Monografías 387, 2005.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I.: “La eximente de alteración en la percepción”. En: González Rus, J.J. (coord.), *Estudios penales y jurídicos: Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, Córdoba, Universidad de Córdoba-Cajasur, 1996.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. "La imputabilidad". En: *La Ley* (1996.1º), D-19, 1996.

MASLOW, Abraham. *Motivation and personality*. New York, Harper & Row, 1970.

MATEO AYALA, Eladio. *La imputabilidad del enfermo psíquico: un estudio de la exigente de anomalía o alteración psíquica en el Código penal español*. Edersa, Madrid, 2003.

MATEO AYALA, Eladio. *La medida de seguridad de internamiento psiquiátrico. Su ejecución y control*. 2004.

MATEO AYALA, Eladio. *La exigente de anomalía o alteración psíquica en el Derecho penal comparado*. Editorial Dykinson. 2007.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. T.II. Ed. Ariel, Barcelona, 1962.

MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo 1. Traducción de la 7º Ed. alemana por Jorge Bofill y Enrique Aimone, Ed. Astrea, Buenos Aires. 1994.

MAY, R. *Freedom and destiny*. New York, Norton, 1981.

MEADOW-ORLANS, SPENCER y KOESTER. *The World of Deaf Infants: A Longitudinal Study*. Oxford, 2004.

MEADOW-ORLANS, Kathryn. *Deafness and Child Development*. Berkeley, 1980.

MELENDO PARDOS, Mariano: *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*, Ed. Comares, Granada, 2002.

MENGUAL I LULL, Joan B. *Enfermedad mental y delito: aspectos psiquiátricos, penales y procesales*. Madrid, 1987.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*. Libro de Estudio. Parte General. Traducción del Dr. Conrado Finzi, Ed. Bibliográfica Argentina S.R.L, Buenos Aires, 1958.

MEZGER, Edmund. *Derecho penal: Libro de estudio*. I. Parte general, traducción de la 6º Ed. Alemana por FINZI, C. El Foro. Buenos Aires, 2001.

MEZGER, Edmund. *Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal*. Traducción del alemán de Francisco Muñoz Conde. P ed. 1º imp. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001.

MIR PUIG, Santiago. *Lecciones de Derecho penal*. Barcelona. 1983.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general: (fundamentos y teoría del delito)*. Editorial PPU, Barcelona, 1984.

MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. 1982. (cit. por la edición en MIR PUIG, S. *El derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*. Ariel, Barcelona, 1994.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. P.G.*, 4ª. Ed. Barcelona, 1996.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición a cargo de Víctor Gómez M., Ed. REPERTOR, Barcelona, 2011.

MONTÉS PENADÉS, en: VIVES ANTÓN, T.S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, I, 1996.

MOLINA BLÁZQUEZ, C. *La aplicación de la pena*, 1996.

MORALES PRATS, Fermín. "La alteración en la percepción (art. 8. 3º CP): contenido y límites". Jornadas sobre Psiquiatría Forense. Centro de Estudios Judiciales. Colección Cursos. Vol. 3. Ministerio de Justicia. Madrid, 1990.

MORALES PRATS, Fermín. En Gonzalo Quintero Olivares (dir.)/ José M. Valle Muñiz (coord.) et al., *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

MORALES PRATS, Fermín. "Precisiones conceptuales en tomo a la culpabilidad: Convenciones normativas y función individualizadora". En: Cerezo Mir, J.; Suarez Montes; Beristain Ipiña, A. y Romeo Casabona, C. (editores). *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos (Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torio López)*. *Estudios de Derecho Penal* (dirigidos por Carlos María Romeo Casabona). Comares, Granada, 2000.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. "La culpabilidad en la reforma del Código Penal". En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* N° 4, 2º cuatrimestre, 1984.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1991.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Curso de Derecho Penal Español. P.G.*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Vol. I. Teoría Jurídica del Delito, Nociones Generales, El delito doloso, Juicio de antijuricidad*. Madrid, 2008.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. P.G. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*. Ed. Dykinson, S.L. Madrid, 2010.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Discurso pronunciado por el autor en el Acto de Investidura de Doctor "Honoris Causa" por la Universidad de Almería*, 2013.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *El error en Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes, *Derecho penal. P.G.*, 6ª Ed., Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco: *Teoría general del delito*. 2 ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. P.G.*, 8ªed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

NÁQUIRA RIVEROS, Jaime. "Imputabilidad, conciencia de lo injusto y contexto situacional normal: de su objeto, contenido y relación". En: *Cuadernos de Política Criminal*. Nº 55, Madrid, 1995.

NIETO MARTIN, Adán. *El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*. Ed. Atelier Penal, Barcelona, 1999.

MÁRQUEZ DE PRADO Y NORIEGA, M. B. Dolores. "La atenuante por analogía: una situación incierta". En *Poder Judicial*, núm. 33, 2. época, marzo, 1994.

OCTAVIO DE TOLEDO, E. y HUERTA TOCILDO, S. *Derecho Penal. P.G. Teoría Jurídica del Delito*, 2ª. ed., Ed. Rafael Castellanos, Madrid, 1986.

OGDEN, P. *The Silent Garden: Raising Your Deaf Child*. Washington, 1996.

OLMEDO CARDENETE, Miguel. "Nota bibliográfica a la obra de Günther Jakobs: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal" (traducción de CANCIO MELIÁ y FEIJÓO SÁNCHEZ). En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 83, 2004, Cuadernos Civitas, Madrid, 2003.

ORTS BERENQUER, Enrique. *La atenuante de análoga significación*. Universidad de Valencia, Colección de Estudios, Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal, Valencia, 1978.

ORTS BERENGER, Enrique. "Art. 20. 6º Código Penal". En: VIVES ANTON y otros. *Comentarios al Código Penal de 1995*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

ORTS BERENQUER, Enrique. *Compendio de Derecho Penal*. PG. 3ª ed. TIRANT LO BLANCH. 2011.

PADILLA ALBA, Herminio. *Exención y atenuación de la responsabilidad penal por consumo de drogas*. Comares, Granada, 2001.

PÉREZ-CURIEL CECCHINI, J. *Tratamiento penal del drogodependiente: análisis práctico de las eximentes y atenuantes del Código Penal de 1995*. Forum, Oviedo, 1999.

PIAGET, Jean. *The Moral Development of the Child*. New York. 1948.

PIAGET, Jean. "Piaget's Theory", en: MUSSEN (Ed.) *Handbook of Child Psychology*. New York, 1983.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho Penal: Modernas bases dogmáticas*. Ed. Grijley, Lima, 2004.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Instituciones de Derecho penal. Parte General*. Ed. Grijley, Lima, 2005.

POLITOFF, S./MATUS, J.P./RAMÍREZ, M.C. *Lecciones de Derecho penal chileno*. P. G. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

- PRADEL, Jean. *Droit Pénal*. Tomo 1. Ed. Cujas, Paris, 1996.
- PUENTE SEGURA, Leopoldo. *Circunstancias eximentes, atenuantes o agravantes de la responsabilidad criminal*. Colex, Madrid, 1997.
- QUINN, Peggy. *Understanding Disability: A Lifespan Approach*. Londres, 1998.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. “Comentarios al Código penal”. En: *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1946.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Curso de Derecho penal*. T. I. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Introducción al Derecho Penal*. P. G. Ed. Barcanova, Barcelona, 1981.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Locos y culpables*. P ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*. 1a ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*, con la colaboración de Fermín Morales Prats, 4ªed. ARANZADI-THOMSON REUTERS, Pamplona, España, 2010.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MUÑOZ CONDE, Francisco. *La reforma penal de 1983*. Ediciones Destino, Barcelona, 1983.
- QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/VALLE MUÑIZ/PRATS CANUT/TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO. *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 2ª. ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001.
- QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/ TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO. *Comentarios al Código Penal Español*. Tomo I (Artículos 1 a 233) ARANZADI-THOMSON REUTERS, 6ª Ed. 2011.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 20ª Ed. Madrid, 1984.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Imputabilidad*. 5º ed, Temis, Bogotá, 1997.

RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo J. *Atenuantes por analogía. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Requisitos y casuística*. Valencia: Ed. General de Derecho.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María. y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho penal español*. P.G., 18ª. ed., Ed. Dykinson, Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Comentarios al Código Penal (AA. VV)*, Civitas, Madrid, 1997.

ROGERS, Carl. *On becoming a person*. Boston, Houghton Mifflin, 1980.

ROMEO CASABONA, Carlos María. *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*. Ed. Bosch, Barcelona, 1986.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*. Traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde. Rem. Madrid, 1981.

ROXIN, Claus. "¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal?". En: *Cuadernos de Política Criminal*. N° 30. 1986.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. P. G. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción y notas de la 2ª edición alemana de Diego Manuel Luzón Peña/Miguel Díaz y García Conlledo/Javier de Vicente Remesal. Ed. CIVITAS S.A., 1997.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Traducción a la 2da ed. alemana de Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/de Vicente Remesal. Civitas, Madrid, España, 1997.

ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2º Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2000.

RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J. "La atenuación incompleta de la responsabilidad criminal". En: *Cuadernos de Derecho Judicial. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. N° VII. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

RUIZ VADILLO, E. *La atenuante por analogía en el Código Penal Español según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. FJ. N° 310. 1971.

SACKS, Oliver. *Seeing Voices*. London, 1989.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Antonio. *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho Penal*. Universidad de Granada, 1965.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Antonio. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. P.G., 3ª. ed., Editorial Bosch, Barcelona, 1990.

SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, José Antonio. *La reparación del daño ex delicto*, 1997.

SALINERO ALONSO, Carmen. *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código penal*, Granada: Comares, 2000.

SALINERO ALONSO, Carmen. “Naturaleza jurídica, fundamento y comunicabilidad de las circunstancias modificativas”. En: *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos (In memoriam)*, dirigido por ARROYO ZAPATERO, Luis e IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Luis A Vol. I, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Salamanca y de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001.

SANZ MORÁN, A. “Las medidas de seguridad y de corrección en el Código penal” *RDP*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000.

SCARANO, L. *La non esigibilita nel Diritto Penale*. Napoli, 1948.

SCHMIDT, E. “Anmerkung”, citado en MELENDO PARDOS. M. *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*, Ed. Comares, Granada, 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. *La significación del principio penal de culpabilidad en la época de la globalización*. Tomo I. Traducción de Mariana Sacher. Obras Completas. Colección Autores de Derecho Penal, dirigida por Edgardo A. Donna, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009.

SEOANE RODRÍGUEZ; ÁLVAREZ LATA y CARRIL VÁZQUEZ. *Derecho y retraso mental: hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*. 1º ed, Fundación Paideia, A Coruña, 1999.

SELMAN, Robert y BYRNE, Diane. “A Structural-Developmental Analysis of Levels of Role Taking in Middle Childhood”. En: *Child Development*. N° 45. 1974.

SERRANO BRUTRAGUEÑO. *Código penal de 1995*. 1999.

SIEGDRIED DEWITTE y WILLY LENS. “Exploring volitional problems in academic procrastinators”. En: *International Journal of Educational Research*, vol. 33, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Sobre las actuaciones en una situación de necesidad, que no implican deberes de tolerancia”, en *Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Dir. D.M. Luzón Peña y S. Mir Puig, Madrid, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. ¿“Ex delicto”? “Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal”. InDret, Barcelona, Julio de 2001, www.indret.com.

SILVELA, Luis. *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación penal vigente en España*. Primera parte. El Derecho penal estudiado en principios, 1884.

SINASON, Valerie. *Understanding your Handicapped Child*. Rosendale Press. London, 1993.

STEFANI, LEVASSEUR y BOULOC. *Droit pénal général*. Ed. Dalloz, Paris, 1994.

STEPHENS y SIMPKINS. “The reasoning, moral judgement, and moral conduct of the congeniality blind (Report No. H23-3197)”. En: *Office of Education, Bureau of Education for the Handicapped*. 1974.

STRATENWERTH, Günter. “El hecho punible”. En *Derecho Penal. P.G.* Ed. EDERSA. Traducción de Gladys Romero, 1982.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal. Parte General*. El Hecho Punible. Traducción de Cancio Meliá / Sancinetti. Civitas. Madrid. 2005.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.; JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R. *Manual de Derecho Penal I. Parte General*. Thomson-Civitas, Madrid, 2006.

SUÁREZ. “De legibus” Tomo I. En *Corpus hispanorum de pace*. Madrid, 1972, pág. 38; citado en DE LA CUESTA AGUADO, P. M. *Conocimiento de la ilicitud. Aproximación al conocimiento de la antijuridicidad del hecho desde las teorías psicológicas del pensamiento intuitivo*. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”, N° 35, Dykinson, 2007.

TAMARIT SUMALLA, Josep María. *La Libertad ideológica en el Derecho penal*. PPU. Barcelona, 1989.

TEROL LEVY, Odette. "Medidas de seguridad en delitos violentos. Programas de intervención en delitos sexuales". En: *Cuadernos de Derecho Judicial. Psiquiatría criminal y comportamientos violentos*. N° VIII. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

TILMAN, Murray. "Intelligence scales for the Blind: A Review with Implications for Research". En: *Journal of School Psychology*. N° 11, 1973.

TORÍO LÓPEZ, Ángel. "Las fórmulas legislativas sobre la enfermedad mental. Discusión del concepto de enajenación". En: *Estudios jurídicos en honor del Profesor Octavio Pérez-Vitoria*, Tomo II, Barcelona, Bosch, 1983.

TORÍO LÓPEZ, Ángel. "Las fórmulas legislativas sobre la enfermedad mental. discusión del concepto de enajenación". En: *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez Vitoria*, Vol. II, Bosch, 1983.

TORÍO LÓPEZ, Ángel. "Indicaciones metódicas sobre el concepto material de culpabilidad". En: *Cuadernos de Política Criminal*. N° 36. 1988.

URRUELA MORA, Asier. *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica: la capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en psiquiatría y genética*. Bilbao-Granada, Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Comares, 2004.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. P. G.* Ed. Jurídica GRIJLEY, Lima, 2006.

VIVES ANTÓN, T. S. En: *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. I (Coordinador T. Vives Antón), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

Von LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo Segundo. 2^{da} edición. Traducción de Luis Jiménez de Asúa. Ed. REUS (S.A.), Madrid, 1927.

VON BELING, Ernst. *Esquema de Derecho Penal*. Traducción de Sebastián Soler, Ed. DEPALMA, Buenos Aires, 1944, pág. 32.

WALTER y CRAWLEY. "Conceptual and Methodological Issues in Studying the Handicapped Infant". En: GRAY GRAWOOD Y FEWELL: *Educating Handicapped Infants: Issues in Development and Intervention*. Maryland, 1983.

WARREN, D. *Blindness and Children. An Individual Differences Approach*. Cambridge, 1994.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Traducción de José Cerezo Mir. Ed. ARIEL, Barcelona, 1964.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Traducción de la 11ª edición alemana por los profesores Juan Bustos y Sergio Yáñez, Ed. Jurídica de Chile, 1976.

WELZEL, Hans. *Estudios de Derecho penal: estudios sobre el sistema de derecho penal. Causalidad y acción. Derecho penal y filosofía*. Traducción por Aboso y Low, Buenos Aires, 2002.

WILLIAMS, M. "Braille Reading". En: *The Teacher of the Blind*. N° 59, 1971.

WILLS, D. "Early Speech Development in Blind Children". En: *Psychoanalytic Study of the Child*. N° 25. 1978.

YÁÑEZ ROMÁN, P. "Consideraciones en tomo a la imputabilidad disminuida con especial referencia a los psicópatas. Su tratamiento y los denominados establecimientos de terapéutica social". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Mayo-agosto, 1970.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (Editor) *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina* (informe final). Documento final del Programa de investigación desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1982-1986), DEPALMA, Buenos Aires, 1986.

ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR. *Manual de Derecho Penal*. EDIAR, Buenos Aires 2009.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. "Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad". En: *Estudios penales. Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca*. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. "El principio de culpabilidad en la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo". En: *Colex, Estudios de Jurisprudencia*, año I, núm. 3, 1992.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. En: *Comentarios al Código penal* (Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal), T. II: Arts. 19 a 23, EDERSA, Madrid, 1999.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Derecho Penal. P.G.*, 2ª. Ed. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de Derecho Penal. P.G.* Ed. Tirant lo Blanch, 4ª ed., 2010.

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

I. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 20 de mayo de 1958 (RJ 1958/1656)
- STS de 15 de abril de 1959 (RJ 1959/1321)
- STS de 1 de junio de 1972
- STS de 7 de julio de 1973
- STS de 1 de abril de 1974
- STS de 16 de octubre de 1974 (RJ 1974/2468)
- STS de 13 de mayo de 1975 (RJ 1975/719)
- STS de 17 de octubre de 1978 (RJ 1978/3950)
- STS de 19 de abril de 1978 (RJ 1978/1469)
- STS de 24 de enero de 1979 (RJ 1979/4927)
- STS de 28 de febrero de 1979 (RJ 1979/4926)
- STS de 12 de noviembre de 1980 (RJ 1980/4345)
- STS de 7 de abril de 1981 (RJ 1981/4597)
- STS de 13 de noviembre de 1981 (RJ 1981\4544)
- STS de 28 de abril de 1982 (RJ 1982/711)
- STS 10 de mayo de 1982 (RJ 1982/2660)
- STS de 19 de junio de 1982 (RJ 1982\3549)
- STS de 3 de mayo de 1983 (RJ 1983/2634)
- SST de 12 de mayo de 1983 (RJ 1983/836)
- STS de 12 de mayo de 1983 (RJ 1983/832)
- STS de 26 de mayo de 1983 (RJ 1983/859)
- STS de 2 de noviembre de 1983 (RJ 1983/5445)
- STS de 18 de noviembre de 1983 (RJ 1983/579)
- STS de 8 de marzo de 1984 (RJ 1984/1719)
- STS de 3 de enero de 1985 (RJ 1985/98)
- STS de 27 de marzo de 1985 (RJ 1985/1083)
- STS de 23 de abril de 1985 (RJ 1985/147)
- STS de 25 de junio de 1985 (RJ 1985/1805)
- SST de 26 de junio de 1985 (RJ 1985/1162)
- STS de 22 de enero de 1986 (RJ 1986/179)
- STS de 28 de mayo de 1986 (RJ 1986/14137)
- STS de 28 de mayo de 1986 (RJ 1986/2829)
- STS de 15 de septiembre de 1986 (RJ 1986/4651)

STS de 23 de septiembre de 1986 (RJ 1986/4823)	STS de 20 de septiembre de 1988 (1988/6349)
STS de 21 de noviembre de 1986 (RJ 1986/9485)	STS de 20 de febrero de 1989 (RJ 1989/1157)
STS de 22 de enero de 1987 (RJ 1987/252)	STS de 20 de febrero de 1989 (RJ 1989/1175)
STS de 14 de marzo de 1987 (RJ 1987/2171)	STS de 12 de mayo de 1989 (RJ 1989/4184)
STS de 14 de marzo de 1987 (RJ 1987/1838)	STS de 16 de junio de 1989 (RJ 1989/8566)
STS de 20 de abril de 1987 (RJ 1987/2773)	STS de 22 de junio de 1989 (RJ 1989/3736)
STS de 19 de junio de 1987 (RJ 1987/4278)	STS de 1 de diciembre de 1989 (RJ 1989/9375)
STS de 6 de julio de 1987 (RJ 1987/5173)	STS de 26 de diciembre de 1989 (RJ 1989/9782)
STS de 7 de julio de 1987 (RJ 1987/4775)	STS de 30 de diciembre de 1989 (RJ 1990/929)
STS de 18 de septiembre de 1987 (RJ 1987/11758)	STS de 8 de febrero de 1990 (RJ 1990/1040)
STS de 1 de diciembre de 1987 (RJ 1987/7699)	STS de 8 de febrero de 1990 (RJ 1990/1068)
STS de 4 de diciembre de 1987 (RJ 1987/7797)	STS de 16 de marzo de 1990 (RJ 1990/13798)
STS de 15 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9776)	STS de 10 de mayo de 1990 (RJ 1990/3656)
STS de 22 de enero de 1988 (RJ 1988/210)	STS de 6 de junio de 1990 (RJ 1990/5146)
STS de 22 de febrero de 1988 (RJ 1988/1143)	STS de 13 de junio de 1990 (RJ 1990/4575)
STS de 12 de marzo de 1988 (RJ 1988/1767)	STS de 26 de septiembre de 1990 (RJ 1990/6602)
STS de 19 de abril de 1988 (RJ 1988/2806)	STS de 2 de octubre de 1990 (RJ 1990/7627)
STS de 10 de mayo de 1988 (RJ 1988\3521)	STS de 2 de noviembre de 1990 (RJ 1990/7864)
STS de 27 de junio de 1988 (RJ 1988\5353)	

STS de 1 de diciembre de 1990 (RJ 1990/9369)

STS de 5 de diciembre de 1990 (RJ 1990/14888)

STS de 27 de diciembre de 1990 (RJ 1990/10090)

STS de 12 de marzo de 1991 (RJ 1991/1453)

STS de 6 de mayo de 1991 (RJ 1991/3547)

STS de 20 de mayo de 1991 (RJ 1991/2560)

STS de 12 de junio de 1991 (RJ 1991/4662)

STS de 8 de julio de 1991 (RJ 1991/3964)

STS de 9 de julio de 1991 (RJ 1991/3971)

STS de 16 de septiembre de 1991 (RJ 1991/11503)

STS de 27 de septiembre de 1991 (RJ 1991/6638)

STS de 28 de octubre de 1991 (RJ 1991/17019)

STS de 12 de diciembre de 1991 (RJ 1991/12799)

STS de 8 de abril de 1992 (RJ 1992/3129)

STS de fecha 11 de mayo de 1992 (RJ 1992/3695)

STS de 15 de septiembre de 1992 (RJ 1992/7154)

STS de 23 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10322)

STS de 20 de enero de 1993 (RJ 1993/10393)

STS de 20 de marzo de 1993 (RJ 1993/1801)

STS de 28 de mayo de 1993 (RJ 1993/3452)

STS de 21 de julio de 1993 (RJ 1993/5559)

STS de 17 de septiembre de 1993 (RJ 1993/6703)

STS de 12 de noviembre de 1993 (RJ 1993/7605)

STS de 23 de noviembre de 1993 (RJ 1993/7922)

STS de 4 de marzo de 1994 (RJ 1994/1432)

STS de 19 de marzo de 1994 (RJ 1994/1880)

STS de 31 de enero de 1995 (1995/432)

STS de 3 de febrero de 1995 (RJ 1995/519)

STS de 8 de febrero de 1995 (RJ 1995/11693)

STS de 1 de marzo de 1995 (RJ 1995/1784)

STS de 22 de marzo de 1995 (1995/1703)

STS de 19 de mayo de 1996 (RJ 1996/3889)

STS de 26 de mayo de 1995 (RJ 1995/3953)

STS de 29 de mayo de 1995 (RJ 1995/3960)

STS de 22 de noviembre de 1995 (RJ 1995/5892)

STS de 9 de febrero de 1996 (RJ 1996/773)

STS de 11 de septiembre de 1996 (RJ 1996/4775)

STS de 27 de septiembre de 1996 (RJ 1996/6496)

STS de 11 de octubre de 1996 (RJ 1996/5477)

STS de 10 de febrero de 1997 (RJ 1997/841)

STS de 25 de septiembre de 1997 (RJ 1997/6719)

STS de 29 de septiembre de 1997 (RJ 1991/5713)

STS de 9 de febrero de 1998 (RJ 1998/811)

STS de fecha 10 de mayo de 1998 (RJ 1999/155)

SSTS de 13 de julio de 1998 (RJ 1998/4684)

STS de 31 de julio de 1998 (RJ 1998/924)

STS de 8 de octubre de 1998 (RJ 1998/1185)

STS de 28 de octubre de 1998 (RJ 1998/8707)

STSS de 7 de octubre de 1998 (RJ 1998/1145)

STS de 23 de octubre de 1998 (RJ 1998/1238)

STS de 25 de noviembre de 1998 (RJ 1998/8985)

STS de 21 de diciembre de 1998 (RJ 1998/9802)

STS de 24 de febrero de 1999 (RJ 1999/1270)

STS de 4 de marzo de 1999 (RJ 1999/984)

STS de 26 de marzo de 1999 (RJ 1999/2054)

STS de 29 de abril de 1999 (RJ 1999/2898)

STS de 12 de mayo de 1999 (RJ 1999/724)

STS de 4 de junio de 1999 (RJ 1999/3942)

STS de 14 de junio de 1999 (RJ 1999/945)

STS de 23 de junio de 1999 (RJ 1999/4468)

STS de 9 de septiembre de 1999 (RJ 1999/1272)

STS de 27 de setiembre de 1999 (RJ 1999/1351)

STS de 13 de octubre de 1999 (RJ 1999/1430)

STS de 18 de octubre de 1999 (RJ 1999/1472)

STS de 24 de noviembre de 1999 (RJ 1999/1672)

STS de 22 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9221)

STS de 19 de enero de 2000 (RJ 2000\196)

STS de 28 de enero 2000 (RJ 2000/500)

STS de 31 de enero de 2000 (RJ 1983/592)

STS de 10 de marzo de 2000 (RJ 2000/1912)

STS de 22 de marzo de 2000 (RJ 2000/126)

29 de mayo de 2000 (RJ 2000/5230)

STS de 10 de julio de 2000 (RJ 2000\6616)

22 de septiembre de 2000 (RJ 2000/8070)

STS 25 septiembre 2000 (TOL 7. 787)

STS de 18 de diciembre de 2000 (RJ 2000/9326).

STS de 26 de diciembre de 2000 (RJ 2000/9660)

STS de 6 de febrero 2001 (RJ 2001/498)

STS de 6 de febrero de 2001 (RJ 2001/2139)

STS de 06 de febrero de 2001 (RJ 2001/734)

STS de 15 de febrero de 2001 (RJ 2001/1056)

STS de 22 de marzo de 2001 (RJ 2001/437)

STS de 24 de marzo de 2001 (RJ 2011/1479)

STS de 13 de octubre de 2001 (RJ 2001/9467)

STS de 12 de noviembre de 2001 (RJ 2002/11241)

STS de 13 de diciembre de 2001 (RJ 2001/1180)

STS de 28 de enero de 2002 (RJ 2002/60)

STS de 15 de febrero de 2002 (RJ 2002/3573)

STS de 21 de febrero de 2002 (RJ 2002/312)

STS de 25 de febrero de 2002 (RJ 2002/3365)

STS de 8 de marzo de 2002 (RJ 2002/411)

STS de 1 de marzo de 2002 (RJ 2002\4729)

STS de 14 de marzo de 2002 (RJ 2002\3736)

STS de 17 de abril 2002 (RJ 2002/2722)

STS de 25 de abril de 2002 (RJ 2002/2958)

STS de 16 de mayo de 2002 (RJ 2002/5570)

STS de 28 de mayo de 2002 (RJ 2002/6407)

STS de 18 de julio de 2002 (RJ 2002/5446)

STS de 29 de julio de 2002 (RJ 2002/6357)

STS de 13 de septiembre de 2002 (RJ 2002/8828)

STS de 24 de septiembre de 2002 (RJ 2002/8590)

STS de 14 de octubre de 2002 (RJ 2002/6715)

STS de 14 de octubre de 2002 (RJ 2002/6709)

STS de 29 de enero de 2003 (RJ 2003/493)

STS de 27 de febrero de 2003 (RJ 2003/302)

STS de 14 de marzo de 2003 (RJ 2003/2263)

STS de 28 de mayo de 2003 (RJ 2003/4279)

STS de 29 de mayo de 2003 (RJ 2003/4412)

STS de 12 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6373)

STS de 7 de noviembre de 2003 (RJ 2003/7354)

STS de 15 de abril de 2004 (RJ 2004/3961)

STS de 22 de abril de 2004 (RJ 2004/3992)

STS de 19 de julio de 2004 (RJ 2004/6039)

STS de 18 de octubre de 2004 (RJ 2004/6552)

STS de 22 de octubre de 2004 (RJ 2005/782)

STS de 2 de noviembre de 2004 (RJ 2004/8091)

STS de 25 de noviembre de 2004 (RJ 7681/2004)

STS de 9 de diciembre de 2004 (RJ 2005/755)

STS de 13 de diciembre de 2004 (RJ 2004/1426)

STS de 25 de abril de 2005 (RJ 2005/9768)

STS de 11 de mayo de 2005 (RJ 2005/7578)

STS de 16 de mayo 2005 (RJ 2005/6752)

STS de 26 de mayo de 2005 (RJ 2005/5967)

STS 822/2005

STS de 15 de junio de 2005 (RJ 2005/3854)

STS de 4 de octubre de 2005 (RJ 2005/7368)

STS de 13 de diciembre de 2005 (RJ 2005/10172)

STS de 27 de febrero de 2006 (RJ 2006\1812)

STS de 2 de junio de 2006 (TOL 674. 540)

STS de 14 de junio de 2006 (RJ 2006/4065)

STS de 3 de noviembre de 2006 (RJ 2006/1057)

STS de 9 de febrero de 2007 (RJ 2007/800)

STS de 22 febrero de 2007 (RJ 2007/1943)

STS de 28 de febrero de 2007 (RJ 2007/145)

STS de 18 de julio de 2007 (RJ 2007/5283)

STS de 07 de octubre de 2008 (RJ 2008/5041)

STS de 22 de octubre de 2008 (RJ 2008/6104)

STS de 11 de junio de 2009 (RJ 2009/3925)

STS de 28 de enero de 2010 (RJ 2010/636)

STS de 10 de marzo de 2010 (RJ 2010/2119)

STS de 4 de mayo de 2010 (RJ2010/3250)

STS de 22 de junio de 2010 (RJ 2010/4208)

STS de 15 de octubre de 2010 (RJ 2010/5293)

STS de 29 de setiembre de 2010 (2010/5127)

STS de 30 de diciembre de 2010 (RJ 2010/7587)

STS 237/2010

STS de 2 de febrero de 2011 (RJ 2011/691)

STS de 2 de noviembre de 2011 (RJ 2011/8023)

STS de 3 de marzo de 2012 (RJ2012/1391)

STS de 26 de marzo de 2012 (RJ 2012/2206)

STS de 11 de mayo de 2012 (RJ 2012/3899)

STS de 27 de junio de 2012 (RJ 2012/4942)

STS de 4 de diciembre de 2012 (RJ 2012/7840)

STS de 20 de marzo de 2013 (RJ 2013/1392)

STS de 26 de abril de 2013 (RJ 2013/2735)

STS de 08 de mayo de 2013 (RJ 2013/2415)

STS de 23 de mayo de 2013 (RJ 2013/2608)

STS de 29 de mayo de 2013 (RJ 2013/2885)

STS de 30 de mayo de 2013 (RJ 2013/2971)

STS de 28 de junio de 2013 (RJ 2013/3833)

STS de 02 de junio de 2013 (RJ 2013/3472)

STS de 11 de junio de 2013 (RJ 2013/3257)

STS de 20 de junio de 2013 (RJ 2013/3510)

STS de 26 de junio de 2013 (RJ 2013/3696)

STS de 28 de junio de 2013 (RJ 2013/3833)

II. AUTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Auto de 8 de septiembre de 1999 (RJ 1999/7185)

Auto de 11 de junio de 1997

III. SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES.

SAP de Ávila de 27 de enero de 2004 (Sentencia N° 21/2004)

SAP de Castellón (Sentencia N° 12/2002 de 3 de junio)

SAP de Huelva (Sección 19) (Sentencia núm. 33/2004 de 19 octubre de 2004)

SAP de Madrid de 16 de mayo de 1997 (ARP 1997/2060)

SAP de Madrid de 18 de mayo de 2004 (JUR 2004/233382)

SAP Madrid de 25 de mayo de 2005 (Secc. 17° 574/2005)

SAP de Murcia de 12 de marzo de 1997 (ARP 1998/1658)

SAP de Murcia de 27 de enero de 2000 (Sentencia N° 259-2-2000)

SAP de Valencia de 4 de mayo de 2005 (SUR 2005/163880)