

00781

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO

" LA IMPUTABILIDAD PENAL "

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO
P R E S E N T A
GERARDO ADELFO CARMONA CASTILLO

TUTOR ACADEMICO: DR. ALVARO BUNSTER BRICEÑO

Ciudad Universitaria, D.F., Enero de 1994.

TESIS CON:
FALLA DE ORIGEN.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

**THESIS: "THE PENAL ATTRIBUTABILITY"
SUMMARY:**

The investigation is made of five chapters. On the first chapter the general aspects of the penal attributability are seen, with the final goal of precisising its nature, concept, content and position in the structure of the felony, as well as the difference between the attributability and other concepts it is frequently identified with, just like the attributability and responsibility ones.

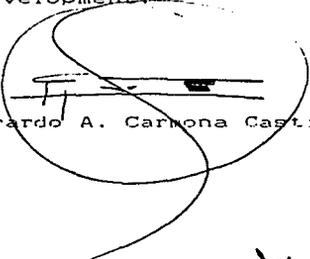
The second chapter is about the analysis of the different positions that, in the course of time, have been translated to base the penal attributability existence as a felony category, including those that have been exposed from consolidation of the guiltness and critic norm conception.

On the third chapter, the negative aspect of the attributability is studied. We set off based on the methods and criteria that are on hand to elaborate the so-called unattributability legal formulas, until coming to the juridical consequences that the same guiltness incapacity brings along.

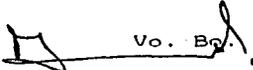
On the fourth chapter we get into the study of three problems that have a close relation with the investigation object topic: at the attributability moment and its relation with the theory of the "actiones liberae in causa": the so-called partial or plead, decreased attributability, and the native unattributability.

As the ending of the undertaken investigation, the whole fifth chapter is destined to the attributability examination in the mexican law legislation, from the first codes going back to the years of 1835 and 1869 until. The Federal Law Code, still in use, which started in 1931. This is with the goal of knowing, on one side, the influences that the attributability and its negative aspect have received on their regulation, and understanding on the other side, that its current juridical regulation is a product of the politics-criminal modern inclinations, which inspired the inserted reforms to the penal-juridical mexican system in the last years.

Just like any other investigation, a separated text is dedicated to which were the most important conclusions on the topic, where we include some suggested proposals along the thesis development.



Lic. Gerardo A. Carmona Castillo


Vo. Bo.
Dr. Pedro Zorrilla Martinez



00781 4
20

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Ciudad Universitaria
Delegación Coyoacán, 04510 México, D. F. FAX (52-5) 665-21-93

México, D.F., 12 de enero de 1994

Señor Doctor
Raúl Carrancá y Rivas
Director del Seminario de Derecho Penal
Facultad de Derecho, UNAM
P R E S E N T E

Señor Director,

me es muy grato poner en su conocimiento que, después de un proceso de elaboración de quince meses, el Licenciado señor Gerardo Adolfo Carmona Castillo ha dado cima, bajo mi tutoría, a su tesis sobre "La imputabilidad penal", con que aspira obtener el grado académico de Doctor en Derecho por esta Universidad.

Me es, asimismo, grato hacer saber a usted que esta tesis ha sido orientada y supervisada por mí en todo momento, y que ella satisface ampliamente las exigencias académicas que franquean al señor Licenciado Carmona la oportunidad de defenderla ante el sínodo correspondiente.

Renuevo al señor Director las seguridades de mi consideración más distinguida.

Alvaro Bunster

c.c.p. Dr. Pedro Zorrilla Martínez, Jefe de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM, para su conocimiento.

I N D I C E :

INTRODUCCION.

Pág.

I

CAPITULO PRIMERO

NOCIONES GENERALES

1.	Cuestiones terminológicas.	1
1.1	Imputación e Imputabilidad.	1
2.	La imputabilidad como capacidad del sujeto.	8
2.1	Capacidad de acción.	9
2.2	Capacidad de deber.	10
2.3	Capacidad de delito.	12
2.4	Capacidad de pena.	14
2.5	Capacidad de culpabilidad.	17
3.	Concepto y contenido.	19
3.1	Concepto.	19
3.2	Contenido.	25
4.	Ubicación sistemática.	28
4.1	Presupuesto del delito.	29
4.2	Presupuesto de la punibilidad.	35
4.3	Presupuesto de la culpabilidad.	35
4.4	Elemento de la culpabilidad.	40
5.	Imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad.	45

CAPITULO SEGUNDO

LOS FUNDAMENTOS DE LA IMPUTABILIDAD

1.	Planteamiento.	48
2.	Soluciones propuestas.	52
2.1	Criterio clásico.	52
2.2	Corrientes deterministas.	55
2.3	Posiciones "eclécticas".	59
3.	Problemática actual.	70
3.1	Normativismo-causalista.	72
3.2	Normativismo-finalista.	79
3.3	Críticas al respecto.	86
4.	Síntesis valorativa.	105

CAPITULO TERCERO

EL ASPECTO NEGATIVO DE LA IMPUTABILIDAD

	108
1. Planteamiento.	108
2. Métodos o criterios.	111
2.1 Criterio biológico o psiquiátrico puro.	112
2.2 Criterio psicológico.	116
2.3 Criterio mixto.	118
3. Las causas de inimputabilidad.	124
3.1 El desarrollo intelectual retardado.	126
a) Oligofrenias.	127
b) Sordamudez.	132
c) Otros supuestos.	135
3.2 El trastorno mental.	136
3.2.1 Trastornos mentales permanentes.	138
a) Psicosis.	138
b) Neurosis.	149
c) Psicopatías.	154
3.2.2 Trastornos mentales transitorios.	163
4. Consecuencias jurídicas.	171

CAPITULO CUARTO

PROBLEMAS PARTICULARES

	175
1. Planteamiento.	175
2. El momento de la imputabilidad.	175
2.1 "Acciones liberae in causa".	177
2.1.1 Concepto y estructura.	178
2.1.2 Fundamento.	182
2.1.3 Formas.	186
3. La imputabilidad disminuida.	191
3.1 Terminología	192
3.2 Supuestos.	193
3.3 Tratamiento jurídico.	196
4. La imputabilidad del indígena.	199

CAPITULO QUINTO

LA IMPUTABILIDAD EN LA LEGISLACION PENAL MEXICANA	208
1. Antecedentes.	208
1.1 Código Penal para el Estado de Veracruz de 1835.	208
1.2 Código Penal para el Estado de Veracruz-llave de 1869.	212
2. Legislación federal.	214
2.1 Código Penal de 1871.	214
2.2 Proyecto de reformas de 1912.	221
2.3 Código Penal de 1929.	225
2.4 Código Penal de 1931.	230
2.4.1 Reformas de 1984.	236
3. Anteproyectos.	246
3.1 Anteproyecto de reformas de 1934.	247
3.2 Proyecto de reformas de 1942.	252
3.3 Anteproyecto de Código Penal de 1949.	253
3.4 Anteproyecto de Código Penal de 1958.	258
3.5 Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963.	262
3.6 Anteproyecto de Código Penal de 1983.	268
3.7 Anteproyecto de Código Penal de 1989.	272
3.8 Anteproyecto de Código Penal de 1992.	278
CONCLUSIONES.	284
Apéndice.	301
Bibliografía.	303

INTRODUCCION.

Sin duda alguna, la imputabilidad penal ha sido y es uno de los conceptos más debatidos a lo largo de la historia de la moderna dogmática jurídico-penal, no sólo en lo que toca a sus fundamentos filosófico-jurídicos, sino también en cuanto a su concepto y contenido, a la ubicación que se le ha asignado en la estructura del delito, a las causas que la anulan y a su determinación legal y, sobre todo, a las consecuencias jurídicas que trae consigo.

Mucho se ha discutido y escrito a propósito de la imputabilidad; largas y enmarañadas elaboraciones teóricas se han disputado, en el curso del tiempo, el monopolio de la verdad sobre el tema. Por ello, la imputabilidad ha navegado a la deriva en el refluir de una copiosa gama de orientaciones teóricas de inspiración fundamentalmente filosófica. A través de diferentes interpretaciones, excluyentes unas y complementarias otras, pero oscilantes siempre entre un desmedido formalismo jurídico y un exagerado pragmatismo, se ha pretendido agotar este debatido tema.

Sabido es que dos grandes corrientes (la clásica y la positivista) en un principio orientaron esta encendida polémica. Para los "clásicos" la imputabilidad encuentra su fundamento en la tesis del libre albedrío, esbozada por Aristóteles y perfeccionada por la filosofía escolástica. La libertad moral del hombre como presupuesto de su doctrina, tan arraigada estaba entre los penalistas de la época, que Carrara dijo: "Yo no me ocupo de cuestiones filosóficas; presupongo aceptada la doctrina del libre albedrío y la imputabilidad moral del hombre, y sobre esta base edificada la ciencia criminal, que mal se construiría sin aquélla".

En oposición al indeterminismo clásico, se alza la Escuela

la Positiva, que encuentra su punto de partida en las ideas - de Moleschott, no menos que en el positivismo de Comte y en - el evolucionismo de Darwin y de Spencer, siendo Enrique Ferri su máximo exponente en el área penal. En tal posición se niega que el ser humano sea libre para determinarse, pero como - el hombre se determina por influencias de orden psicológico, - social y físico, la responsabilidad moral de los clásicos es suplantada por la llamada "responsabilidad social" con la fórmula: "El hombre es imputable y responsable únicamente porque y en tanto vive en sociedad".

En un intento de salvar la responsabilidad jurídica y -- con ello al propio Derecho penal, surgen las posiciones inter medias o "eclécticas", cuyo denominador común solamente radica en buscar el fundamento de la responsabilidad penal en un soporte distinto al de la libertad humana, es decir, al del - libre albedrío. De esta forma se construye algo que ya no es más imputabilidad moral, al modo clásico, ni tampoco imputabilidad social, al estilo positivista, sino pura imputabilidad psicológica.

No obstante el esfuerzo de los diversos criterios que -- trataron de fundamentar la imputabilidad en un soporte distinto al del libre albedrío, con la consolidación de la concepción normativa de la culpabilidad, numerosos han sido, en verdad, los penalistas que han considerado a la libre voluntad - humana como presupuesto de la imputabilidad, pero ya no en el sentido absoluto e ilimitado con que se le concibió en la época del clasicismo, sino con base en los conocimientos aportados por las diversas ramas del conocimiento humano. Se ha producido con ello una nueva polémica en torno al tema. sobre el hecho de que es científicamente imposible establecer que un hombre, en una situación concreta, pudo obrar de modo diferente a como lo hizo, es decir, que la existencia del libre albe

drio o libertad de voluntad es un dato científicamente inde--
mostrable.

Se advierte, entonces, que las construcciones científicas sobre la imputabilidad dependen, en estrecha medida, de -
presupuestos culturales históricamente condicionados y, especialmente, de la concepción filosófico-antropológica que en -
cada época se sustente. No sólo repercute esto en el nivel le
gislativo al regularse jurídicamente la imputabilidad y su au
sencia, sino también en el instante en que tiene lugar la in
terpretación y la aplicación judicial de las fórmulas legales
que la consagran en los casos concretos.

Al margen de las discusiones filosóficas en torno de los
fundamentos de la imputabilidad, actualmente la doctrina sos-
tiene y los textos legales lo confirman, que se trata de una
capacidad personal del sujeto. Esto nos lleva a formularnos,
como lo hace Jiménez de Asúa, el interrogante: ¿capacidad de
qué y para qué?. Es obvio que la respuesta no ha sido unifor-
me, toda vez que penalistas de la talla de Petrocelli, Bella-
vista, Pannain y Battaglini, la han concebido como "capacidad
de delito", en tanto que otros, no menos importantes, como --
Binding, von Hippel y Gerland, la han considerado como "capa-
cidad de acción". Como "capacidad de pena" la tratan Feuer---
bach, von Liszt y Gustav Radbruch, y como "capacidad jurídi-
ca de deber", Merkel, Kohlrausch y von Ferneck. La opinión do
minante es aquella que sostiene que se trata de una "capaci-
dad de culpabilidad", opinión sustentada, entre otros muchos,
por Mayer, Beling, Mezger, Welzel, Maurach, y más recientemen-
te, por Wessels, Stratenwerth, Jescheck y Zaffaroni. En este
plano se situán la mayoría de los iuspenalistas mexicanos ---
(García Ramírez, Olga Islas, Pavón Vasconcelos, etc.).

Lo anterior ejerce su efecto, como no podría ser de otra

manera, en la ubicación que a la imputabilidad se le ha asignado en la estructura del delito, desde aquellas posiciones que señalan que se trata de un presupuesto de la culpabilidad, de un elemento de ésta o de un presupuesto de la punibilidad, hasta aquellas otras que la ubican fuera de la teoría del delito, caracterizándola como un presupuesto de éste. Esto justifica, en buena medida, la calificación de "fantasma errante" que Reinhart Frank le diera a principios de siglo.

Pero no sólo el aspecto positivo de la imputabilidad revela un inmenso repertorio de interrogantes, sino también su aspecto negativo. Así lo pone de manifiesto el análisis de los distintos criterios que tradicionalmente se han tomado en consideración al elaborar las fórmulas legales de la inimputabilidad, y que exigen, ineludiblemente, recurrir a vocablos cuyo concepto y significado no son universalmente válidos, incluso para la propia disciplina psiquiátrica.

A la problemática esbozada, habría que añadir también -- las "aparentes excepciones" a los principios generales, cuando se hace alusión al tiempo y verificación de la imputabilidad y su relación con la teoría de las "acciones liberae in causa", así como a la llamada imputabilidad disminuída, parcial o atenuada y su apreciación legal.

Se deduce de lo expuesto fácilmente, que el tema de la imputabilidad penal muestra una problemática digna de una investigación al respecto, sobre todo cuando nos percatamos de que en el medio doctrinal mexicano, sólo autores como García Ramírez, Pavón Vasconcelos, Vela Treviño y López Betancourt, han abordado el tema con carácter general, en tanto que otros penalistas como Alvaro Bunster y Zaffaroni, han planteado algunas inquietudes al respecto. Esto nos ha impulsado a desarrollar tan polémico tema, sin desconocer, evidentemente, lo -

difícil de la empresa. ;Cuánta razón asiste a Bettiol al decir que la imputabilidad "es uno de los problemas centrales del derecho penal y constituye el motivo de grandes discusiones doctrinales", o a Maggiore al afirmar que es "la piedra angular de todo el derecho penal".

Dividiremos el desarrollo del tema en cinco capítulos. - En el primero se abordan los aspectos generales de la imputabilidad, con el fin de precisar su naturaleza, concepto, contenido y ubicación en la estructura del delito, así como la diferencia entre la imputabilidad y otros conceptos con que frecuentemente suele identificársela, como son los de culpabilidad y responsabilidad.

Dedicamos el capítulo segundo al análisis de las diferentes posiciones que, en el transcurso del tiempo, tratan de fundamentar la existencia de la imputabilidad penal, incluyendo aquellas que se han expuesto a partir de la consolidación de la concepción normativa de la culpabilidad y su crítica.

En el tercer capítulo se estudia el aspecto negativo de la imputabilidad. Partimos allí de los métodos o criterios de que se dispone para elaborar las fórmulas legales de la inimputabilidad, hasta llegar a las consecuencias jurídicas que - la propia incapacidad de culpabilidad trae consigo. En el capítulo cuarto en fin, entramos al examen de tres problemas que tienen estrecha relación con el tema objeto de nuestra investigación: el momento de la imputabilidad y su relación con la teoría de las "actiones liberae in causa"; la llamada imputabilidad disminuida, parcial o atenuada, y su tratamiento jurídico, y la inimputabilidad del indígena.

Como culminación de nuestro estudio, todo el capítulo quinto está destinado al análisis de la imputabilidad en la -

legislación penal mexicana, desde las primeras codificaciones que se remontan a los años de 1835 y 1869, hasta el Código Penal Federal, todavía vigente, que data de 1931. Lo hacemos no sin pasar por las legislaciones de 1871 y 1929 y por los Anteproyectos de reformas de 1912, 1934 y 1942, así como por los Anteproyectos de Código Penal de los años de 1949, 1958, 1963, 1983 y 1992. Todo esto con el objeto de conocer, por un lado, las influencias que la imputabilidad y su aspecto negativo -- han recibido por lo que hace a su reglamentación, y comprender, por otro, que su actual régimen no es producto del azar, sino de las modernas tendencias político-criminales inspiradas de las reformas introducidas al sistema jurídico-penal mexicano en los últimos años.

Obviamente, se dedica un apartado a las conclusiones que sobre el tema se consideran más importantes, en donde se incluyen algunas propuestas sugeridas a lo largo del desarrollo de la presente investigación.

Sólo me resta agradecer a mi tutor académico, Doctor Alvaro Bunster, por las orientaciones bibliográficas y de fondo hechas en el curso de esta investigación, sin las cuales difícilmente hubiera alcanzado ésta su culminación.

Lic. Gerardo A. Carmona Castillo.

CAPITULO PRIMERO

NOCIONES GENERALES

1. Cuestiones terminológicas.

Al iniciar un análisis del concepto de imputabilidad penal es, sin duda, indispensable dilucidar y formular ciertas precisiones terminológicas y semánticas, a fin de evitar equívocos al tratar los diversos problemas jurídicos que el estudio de aquélla trae consigo. Ello sobre todo porque en español, como en otras lenguas, la voz "imputabilidad" significa calidad de imputable; "imputable", que se pueda imputar; "imputar", atribuir a otro una culpa, delito o acción, e "imputación", acción de imputar o cosa imputada.¹

1.1 Imputación e imputabilidad.

Jiménez de Asúa² afirma que en su origen la imputación a parece, en la sistemática jurídico-penal, condicionada al elemento subjetivo del delito, y al efecto recuerda los sistemas de Grolmann y Feuerbach, expuestos en Alemania en las postrimerías del siglo XVIII y comienzos del XIX. En el primero de ellos, no obstante que el acto ya se abordaba en sus aspectos objetivo y subjetivo (el acto en sí, comprensivo además de la antijuridicidad, la tentativa, etc.; y la voluntad, integrada por el dolo, la culpa y la imputabilidad), no aparecía la relación existente entre ambos, o sea, entre el aspecto objetivo, acto, y su aspecto interno, voluntad, que simplemente se nos presentaban como colocados el uno al lado del otro. Tal -

¹Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Tomo II, Madrid: Espasa-Calpe, 20ª ed., 1984.

²Cfr. JIMENEZ de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo V, Buenos Aires: Losada, 3ª ed., 1976, pp. 20 y 21. Cfr. También RODRIGUEZ Muñoz J.A., La doctrina de la acción finalista, Valencia (España): Universidad de Valencia, 2ª ed., 1978, pp. 19 y 20.

sistema difería del de Feuerbach, en donde sí se marcaba dicha relación, aunque colocada en lugar impropio, como lo era en la teoría de la ley penal, que sistemáticamente se localizaba después de las teorías sobre el delito y la pena.

Al triunfo del sistema de Grolmann sobre el de Feuerbach, se recogió del método de éste la relación entre los aspectos externo e interno del delito, con la salvedad de que la imputación que relacionaba ambos aspectos, en lugar de figurar como "aplicación de la ley penal", se situaba ahora en la doctrina del delito.³

En razón de lo anterior, la antigua "imputación" importa, como en Merkel, Carrara y Romagnosi, una mera atribución física. Romagnosi,⁴ en su tiempo, manifestó que era de la esencia de la imputación del acto que el ser a quien se atribuyera el mismo fuera su causa, que el acto fuera propio de tal ser, de manera que no se pudiera atribuir a nadie más. Carrara, en cambio, señaló que la teoría de la imputación consideraba al delito en sus puras relaciones con el agente, y a éste, a su vez, en sus relaciones con la ley moral, según los principios del libre albedrío y de la responsabilidad humana, que son inmutables y no se modifican con el variar de los tiempos, de los pueblos y de las costumbres.⁵

En la obrar carrariana, la imputación y la imputabilidad son dos conceptos íntimamente vinculados. De ellos, partiendo del verbo "imputar" como atribución, se ocupó el maestro de -

³Cfr. JIMENEZ de Asúa, L., Op. cit., p. 21; RODRIGUEZ Muñoz, J.A., Op. cit., p. 20.

⁴Cfr. Génesis del Derecho Penal, trad. de Carmelo González Cortina y Jorge Guerrero, Bogotá: Temis, 1956, p. 225.

⁵Cfr. Programa del Curso de Derecho Criminal, Vol. I, Buenos Aires: Depalma, 1944, p. 29.

Pisa, diferenciándolos formalmente, al poner de manifiesto que la imputabilidad era el juicio que se formaba de un hecho futuro previsto como meramente posible, en tanto que la imputación radicaba en el juicio de un hecho ocurrido. En la primera se tiene por delante un puro concepto; en la segunda se está en presencia de una realidad⁶. Debido a esto, utilizó la expresión imputabilidad política para referirse al acto de la autoridad por medio del cual se declaraba responsable ante la sociedad a una persona en cuanto realizara determinada acción; imputabilidad moral para referirse a aquellos casos en los que el hombre, a mas de causa material de un hecho, era su causa moral; e imputabilidad civil, al juicio en virtud del cual se atribuía a un ciudadano una acción ya declarada políticamente imputable. Explicando este último concepto, el ilustrado clásico sostuvo que era el resultado de tres juicios diversos:

El magistrado encuentra en aquel individuo la causa material del acto, y le dice: tú hiciste; imputación física. Encuentra que aquel individuo llegó a aquel acto con voluntad inteligente, y le dice: tú hiciste voluntariamente: imputación moral. Encuentra que aquel hecho estaba prohibido por la ley de la ciudad, y le dice: tú hiciste contra la ley: imputación legal. Es sólo tras el resultado de estas tres proposiciones que el magistrado puede decir al ciudadano: yo te imputo este hecho como delito. (7)

Aun cuando la imputabilidad pareció en principio absorber la esencia de la culpabilidad, como aconteció en los sistemas de Carrara y otros autores⁸, la evolución semántica del propio concepto de imputabilidad en la esfera de las ciencias penales permitió posteriormente diferenciar ambos conceptos.

⁶Cfr. CARRARA, F., Op. cit., p. 32.

⁷CARRARA, F., Ibid., p. 34.

⁸Cfr. JIMENEZ de Asúa, L., Op. cit., pp. 39 a 69.

Se dio a ese término el sentido de facultad o capacidad de un sujeto para que puedan serle atribuidos sus actos como a su causa moral. Sin embargo, advierte Jiménez de Asúa⁹, existen dos acepciones de la expresión "imputabilidad" que no se pueden desconocer: la primera, como calidad de los objetos o actos de ser atribuidos; la segunda, como capacidad del agente para que se le puedan cargar en su cuenta las acciones u omisiones por él causadas.

Debido al doble significado que se le ha dado al término "imputabilidad", Antolisei ha sugerido que tal vez sería más apropiado utilizar la expresión "capacidad mental" para referirse a aquélla. Esta sugerencia la apoya el citado penalista italiano en que si bien el adjetivo verbal correspondiente al verbo imputar (imputable) se adapta muy bien a los resultados exteriores de dicha acción, cuando se habla de la "no imputabilidad" de un hombre, literalmente se dice que a él no se le puede imputar algún hecho. Esto, sin embargo, "no responde a la fase actual de la evolución jurídica, pues también a las personas mentalmente incapaces (inmaduros y enfermos mentales) se les atribuyen los hechos cometidos y, en consecuencia, se les aplican sanciones jurídicas, a saber, las llamadas medidas de seguridad".¹⁰

Aun cuando le asiste la razón a Antolisei, en cuanto se-

⁹Op. cit., pp. 79 y 80. Ya Césare Ciovoli, en 1904, nos dice Frías - Caballero, había distinguido en la expresión "imputabilidad" un sentido objetivo y otro subjetivo, esto es, una "imputabilidad de la acción" y una "imputabilidad del agente", el cual, por consiguiente, también puede nombrarse sin dificultad alguna "imputable", Imputabilidad Penal (Capacidad personal de reprochabilidad ético-social), Buenos Aires: EDIAR, 1981, p. 16.

¹⁰Manual de Derecho Penal, Parte General, trad. de Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín, Bogotá: Temis, 1988, p. 432.

ñala que también a las personas mentalmente incapaces se les atribuyen los hechos por ellos cometidos, como base del posterior examen delictivo de sus acciones que fundamente la aplicación de una medida de seguridad, no nos parece, en cambio, acertada la sugerencia que propone, esto es, la de utilizar la expresión "capacidad mental" en vez de la de "imputabilidad". Ello, en verdad, daría lugar a identificarla con la total capacidad psíquica del delito, cuando lo cierto es que la imputabilidad no es más que un aspecto de ésta, precisamente el que se relaciona de manera directa con la culpabilidad. En efecto, como lo ha puesto de relieve Zaffaroni,¹¹ lo más frecuente ha sido considerar a la imputabilidad penal como la total capacidad psíquica para el delito. Esto ha --- constituido un error porque se ha exagerado en mucho el contenido de la imputabilidad: el delito, en verdad, requiere - una cierta capacidad psíquica no sólo en la imputabilidad, - sino también cada vez que en uno de sus niveles se demanda - la presencia de un aspecto o contenido subjetivo. Tal acontecimiento en la conducta, en la tipicidad, en las causas de justificación y en la culpabilidad. Es en esta última en donde, como juicio valorativo de reproche, se requiere, entre otros elementos, que el sujeto haya tenido una capacidad psíquica - que le hubiese permitido valorar libremente su conducta y conocer la ilicitud de la misma, puesto que de lo contrario, - no podrá haber reproche y, por consiguiente, tampoco culpabilidad. A este necesario ingrediente psíquico y no a la capacidad psíquica del delito en su conjunto, es a lo que se le denomina imputabilidad.

¹¹Cfr. "La capacidad psíquica de delito", en: Derecho Penal Contemporáneo, núm. 31, marzo y abril de 1969, México, D.F., pp. 26 a 29, y -- Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo III, México: Cárdenas editor y distribuidor, 1988, pp. 140 a 142, así como el Tomo IV, pp. 109 y 110.

También el padre Pereda,¹² con base en el contenido semántico de los términos "imputar" e "imputabilidad", ha expresado que no es exacta la afirmación de que el hombre es imputable. La imputabilidad no es para nosotros -escribe- atributo ni cualidad del hombre, sino de los actos que el hombre conciente y voluntariamente produce. Se puede y se debe decir que tal acción y sus efectos son imputables al hombre, pero decir que el hombre es imputable carece de sentido. Cierto que el hombre tiene cualidades muy propias para que a él solo se le imputen los hechos, y en este sentido puede y debe decirse que la imputabilidad radica exclusivamente en algo peculiar del hombre; pero una cosa es que sólo al hombre se le pueden imputar los hechos y otra cosa que él sea el imputable. Para nosotros -prosigue párrafos después-, la imputabilidad es cualidad del acto, no del hombre; es algo objetivo del acto, que no afecta precisamente a su entidad, en sí misma considerada, sino a su modo de proceder del agente; pero ese modo es algo completamente objetivo, es algo real y lo que fundamenta su atribución al hombre, esto es, lo que fundamenta su imputabilidad.

Com se deduce, para el padre Pereda la imputabilidad es inseparable de la imputación: un acto será imputable porque se puede imputar a un hombre, pero sin que dicha cualidad resida en el hombre mismo, sino en el acto que realiza. Si bien es incuestionable que en términos puramente gramaticales son exactas las observaciones de este penalista, no lo son tanto en el ámbito jurídico-penal, ya que si preguntamos, como lo hace Luzón Domingo,¹³ en qué consiste esta cualidad del acto

¹²"El concepto normativo de la culpabilidad", en: Criminalia, Año XVIII, Núm. 5, 1952, México, D.F., pp. 237 y 238.

¹³Tratado de la Culpabilidad y de la Culpa Penal (Con especial referencia a los delitos de imprudencia), Tomo I, Barcelona: Hispano-Europea, 1960, pp. 42 y 43.

para que pueda ser atribuido al hombre como a su causa eficiente, no nos queda mas que contestar si no es en la misma capacidad del hombre para producirlo de una manera consciente y con entera libertad. Si el hombre carece de esta capacidad, el acto no le puede ser imputado, y si el acto le es atribuido por considerarlo voluntario, esta voluntad jamás podrá estimarse como cualidad del acto, sino de su causa, esto es, del hombre mismo precisamente porque en éste reside esa potencia anímica.¹⁴

Pero al margen de la certeza o no de las observaciones del padre Pereda, lo cierto es que hoy existe acuerdo entre los penalistas de que la imputabilidad como concepto jurídico-penal reside en una capacidad del sujeto para que puedan serle atribuidos los actos que realiza, o sea, que se trata de un estado, condición o modo de ser del sujeto, derivado de ciertas calidades subjetivas que deben estar presentes en el momento del acto y que el Derecho penal recoge y delimita, lo cual nos obliga aquí -por no existir razones suficientes para plantear lo contrario-, el sentido que en el lenguaje técnico se le ha asignado a la misma. No sin razón ha señalado Alvaro Bunster,¹⁵ que de significar el término imputa-

¹⁴Reyes Echandía señala al respecto que el planteamiento del padre Pereda es excesivamente rígido y de un academismo etéreo que no conduce a nada, toda vez que decir "que la imputabilidad es predicado del acto -pero no del hombre, es olvidar que el acto no tiene existencia ni sentido sin la presencia del hombre que lo ejecuta como obra suya. No resulta entonces sustancialmente ilógico, y en cambio sí fácilmente comprensible afirmar la imputabilidad de la conducta humana, y la calidad de imputable, de quien la ha realizado". Imputabilidad, Bogotá: Temis, 4ª ed., -- 1989, p. 4; e Ignacio Villalobos dice que "aun cuando gramaticalmente -- pueda decirse que un acto es imputable al sujeto, la imputabilidad o el conjunto de caracteres activos que hace que tal acto se atribuya al sujeto como a su causa, no radica en el acto mismo sino en su autor, por lo cual su estudio necesariamente se vuelve hacia el agente como a su centro de gravedad, y se acaba, con acierto, por reconocer la imputabilidad como una calidad del sujeto", Derecho Penal Mexicano, Parte General, México: Porrúa, 5ª ed., 1990, pp. 286 y 287.

bilidad la referencia del acto al sujeto, en el sentido de serle éste atribuible, ha pasado a denotar la previa capacidad del sujeto para esa referencia o atribución. Centrada, pues, la imputabilidad en el sujeto como cualidad o manera de ser del mismo, numerosos han sido los cultivadores de la ciencia penal que han tratado de perfeccionar cada vez más su concepto.

No obstante la armonía doctrinal que existe cuando se a firma que la imputabilidad radica en una capacidad psíquica del sujeto y se habla de autores "imputables" e "inimputables", las discrepancias comienzan no sólo cuando se intenta saber el para qué de dicha capacidad, sino también cuando se trata de precisar la ubicación que le corresponde a la imputabilidad en la estructura del delito. Esto hace necesario que nos refiramos a las diferentes posiciones doctrinales que los penalistas han planteado al respecto.

2. La imputabilidad como capacidad del sujeto.

Si bien, como se dijo anteriormente, existe acuerdo doctrinal en afirmar que la imputabilidad, como concepto jurídico-penal, radica en una capacidad psíquica del sujeto para que le sean atribuidos los actos que realiza, las divergencias comienzan cuando se hace la pregunta obligada al respecto: ¿capacidad de qué y para qué?. Las opiniones varían conforme se trata de relacionar dicha capacidad con cada uno de los caracteres del delito, incluyendo a la acción como base del hecho punible, lo que ha traído como consecuencia que a la imputabilidad se le haya entendido de diversas formas: "ca

¹⁵"Imputabilidad", Diccionario Jurídico Mexicano, I-O, México: Porrúa-UNAM, 4ª ed., 1991, p. 1648.

pacidad de acción"; "capacidad de deber"; "capacidad de delito"; "capacidad de pena" y "capacidad de culpabilidad". Aun cuando algunas de ellas definitivamente han sido superadas,¹⁶ se consideró necesario referirse a las mismas, puesto que -- forman parte del desarrollo del propio concepto de imputabilidad.

2.1 La imputabilidad como capacidad de acción.

Autores como Binding, von Hippel y Gerland,¹⁷ sostienen la tesis de que la imputabilidad se traduce en la capacidad del sujeto para actuar, al concebirla como "capacidad de -- acción". Según Robert von Hippel,¹⁸ sistemáticamente la imputabilidad cae bajo el más amplio concepto de capacidad de obrar, que se nos da en las diferentes ramas del Derecho; así en el derecho privado es capacidad para negociar, testar o contraer matrimonio; en el derecho procesal es capacidad procesal, y en el derecho político, capacidad de sufragio activo y pasivo. Como consecuencia de esta posición, la inimputabilidad del sujeto suprime su capacidad de actuar.

A poco que se razone, las objeciones a dicha postura -- saltan a la vista, puesto que no hay duda de que los inimputables, como el enajenado mental y el menor de edad, no sólo son capaces de acción, como acertadamente lo concibe Mezger y lo confirma Jiménez de Asúa,¹⁹ sino también de actuar con dolo,²⁰ lo que es suficiente para demostrar el error en que --

¹⁶ Así lo manifiesta Jescheck, al referirse a las teorías que pretendían concebir a la imputabilidad como "capacidad jurídico-penal" de acción o "capacidad de pena", Tratado de Derecho Penal, Parte General, - Vol. I, trad. de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona: Bosch, 1981, - p. 596.

¹⁷ Citados por MEZGER, Edmundo, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, - trad. de J.A. Rodríguez Muñoz, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957, p. 49.

caen los que sostienen esta postura. Ello lo corrobora nuestro propio derecho positivo, al considerar que los actos del trastornado mental y del que sufre desarrollo intelectual retardado, a pesar de su inimputabilidad (art. 15, fracc. II, del Código Penal), tienen relevancia jurídica y acarrear, -- por lo mismo, consecuencias jurídicas, como las medidas de seguridad a que se les sujeta (arts. 24, inc. 3, y 67, del Código Penal). Una cosa es, en verdad, que el inimputable no comprenda la ilicitud de su conducta o que no pueda conducir se conforme a esa comprensión, producto de su psiquismo anómalo o inmaduro, y otra bien distinta es que se le niegue, -- erróneamente, su capacidad para llevar a cabo actos voluntarios, como lo pretenden los defensores de la teoría que se analiza. La acción únicamente se excluye en aquellos casos -- en los que no es posible afirmar como subsistente la "atribuibilidad" de que habla Maurach (o la "suitas" de Antolisei, o la "mismidad" de Jiménez de Asúa),²¹ entre el movimiento -- corporal o la inercia constitutivas del sustrato material -- del delito y su autor, pero no cuando está ausente la imputabilidad.

2.2 La imputabilidad como capacidad de deber.

La imputabilidad como "capacidad jurídica de deber" es sostenida por los representantes de la llamada antijuridici-

¹⁸ Cfr. JIMENEZ de Asúa, L., Op. cit., p. 83.

¹⁹ MEZGER, E., Op. cit., p. 49; JIMENEZ de Asúa, L., Ibid., p. 84.

²⁰ Cfr. MAURACH, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, trad. de Juan Córdoba Roda, Barcelona: Ariel, 1962, pp. 305 y ss., y a ZAFFARONI, E. Raúl, "La capacidad psíquica de delito", Núm. 31, pp. 71 y 100.

²¹ Cfr. MAURACH, Reinhart, Op. cit., Tomo II, pp. 31 a 36; ANTOLISEI, Francesco, Op. cit., pp. 236 a 239, y a JIMENEZ de Asúa, L., Id., - pp. 33 a 38.

dad subjetiva, como, por ejemplo, A. Merkel, Kohlrausch y -- Hold von Ferneck.²² Puesto que el Derecho, se afirma, está -- constituido, de modo primario, cuando no exclusivo, por un -- sistema de mandatos y prohibiciones (teoría de los imperati- vos), únicamente puede, por ello, dirigirse a sujetos sensi- bles al mandato, esto es, a sujetos imputables como idóneos destinatarios de la norma: tan solo estos últimos pueden, -- por desprecio al mandato normativo, actuar de modo antijuri- dico; el inimputable, como inidóneo destinatario de la norma, no puede contrariar el mandato, no puede, pues, tampoco ac- tuar antijurídicamente.²³

Como se advierte, al margen de que en esta teoría se -- confunde injusto y culpabilidad, se llega a la inadmisibile - consecuencia de que el inimputable, por no infringir el de- ber, no puede actuar antijurídicamente. De este modo se con- tradice nuestro derecho positivo, en donde como es sabido, - el inimputable no puede llegar a cometer delitos, pero es in discutible que su conducta típica puede también ser antijuri- dica, como lo demuestra el hecho de que los "delitos", dice incorrectamente nuestra ley penal, cometidos por los inimpu- tables, generen la obligación de sus representantes legales de reparar el daño causado, a título de responsabilidad ci- vil (art. 32, fracc. I y II, C.P., y arts. 1919 a 1922, del Código Civil); así como el hecho de que la aplicación de las

²²Citados por MEZGER, E., Op. cit., Tomo II, p. 49.

²³Cfr. MAURACH, Rienhart, Op. cit., Tomo II, p. 357; MEZGER, E., - Ibid., Tomo I, pp. 343 a 345, y a FRANCO Guzmán, Ricardo, Delito e Injus- to. Formación del concepto de antijuridicidad, México: s.e., 1950, pp. - 83 y ss. El propio Maurach señala que A. Merkel aún a comienzos del si- glo XIX, creyó poder negar al obrar del incapaz de culpabilidad la cuali- dad de acción...y siguiendo este camino, tan sólo consideró como acción en sentido jurídico y, con ello, como objeto de valoración, al obrar del «idóneo destinatario de la norma», Idem.

medidas de seguridad previstas por nuestra legislación punitiva, suponen, entre otros requisitos, que los hechos cometidos por el inimputable, además de típicos, sean antijurídicos, es decir, no justificados.²⁴

2.3 La imputabilidad como capacidad jurídico-penal.

Los penalistas italianos, entre los que podemos mencionar a Carnelutti, Remo Pannain, Giuseppe Bettiol y Maggiore, son los que principalmente relacionan con mayor amplitud la imputabilidad, ya con el delito en su totalidad, ya con la capacidad jurídica general; de modo que la imputabilidad se traduce en una capacidad jurídico-penal o de derecho penal, o como también se dice, de delito.

Carnelutti, fiel a los postulados de la teoría general del Derecho, identifica, en el ámbito penal, la imputabilidad con la capacidad para el delito, la que concibe, a su vez, como especie de la capacidad penal general. Así, la primera coincidiría con la llamada "capacidad de obrar", y la segunda con la "capacidad de derecho" de la técnica privatista.²⁵

La tesis carnelutiana, en su empeño de trasladar al campo del Derecho penal las nociones propias de la teoría general del Derecho, resulta incompatible con la autonomía que -

²⁴ En este sentido se manifestó Bacigalupo, al comentar el régimen jurídico de los inimputables permanentes que prevía nuestro Código Penal antes de las reformas introducidas en 1984, cuyas conclusiones, no obstante, las consideramos aun válidas, "La antijuridicidad y la justificación de los hechos cometidos por inimputables permanentes en el Código Penal Mexicano", en: Ensayos de Derecho Penal y Criminología en honor de Javier Piña y Palacios, México: Porrúa, 1985, pp. 23 a 31.

²⁵ Cfr. CARNELUTTI, Francesco, Teoría General del Delito, versión castellana de Víctor Conde, Bogotá: Argos, s.f. pp. 75 y ss.

en cada una de sus esferas muestra nuestro derecho positivo, en donde los actos de los enfermos mentales, por ejemplo, acarrearán consecuencias jurídicas diversas a las previstas en el derecho privado.

En esta postura se ubica Remo Pannain²⁶ para quien la capacidad jurídica (de derecho) penal es una de las especies de la capacidad jurídica, y aun cuando distingue la capacidad para el delito, de la imputabilidad, señalando que la primera se refiere a todos los individuos que pueden cometer un delito, en tanto que la segunda se refiere solo a quien está llamado a responder del mismo, llega a la conclusión de que su contenido es idéntico. Consecuentemente, para este penalista, capacidad jurídico-penal, capacidad de delito e imputabilidad, son términos sinónimos, porque se refieren a la capacidad de entender y de querer del sujeto.

Giuseppe Bettiol²⁷ por su parte, señala, después de criticar la doctrina que desliga la capacidad de derecho penal de la capacidad de actuar, que cuando hace alusión a capacidad penal se refiere exclusivamente a la capacidad de comprender y de querer, es decir, a la imputabilidad.

Finalmente, Maggiore²⁸ tras rechazar por técnicamente inexacta la contraposición entre imputabilidad y capacidad, expresa que solo el agente imputable es sujeto, persona o capaz de derecho penal. La imputabilidad -dice- es la expresión

²⁶Cfr. Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, Roma: Edizioni de la Corte de Assise, 1942, pp. 140 y ss., y 507 y ss.

²⁷Cfr. Derecho Penal, Parte General, versión castellana del Dr. José León Pagano, Bogotá: Temis, 1965, pp. 344 a 348.

²⁸Cfr. Derecho Penal, Vol. I, trad. de José J. Ortega Torres, Bogotá: Temis, 1989, pp. 478 a 487.

técnica para denotar la personalidad, la subjetividad, la capacidad penal; término que, no obstante, no sólo identifica - con la capacidad de obrar, trasladada al campo específico del derecho penal, sino también con la capacidad para el delito.

Las opiniones expuestas, cuya consecuencia lógica, como veremos,²⁹ es situar sistemáticamente a la imputabilidad fuera del ámbito de la teoría del delito, a modo de presupuesto de éste, no son atendibles, toda vez que con ello tendríamos que aceptar, necesariamente, que las medidas de seguridad se encuentran fuera del Derecho penal, lo que resulta inadmisibles en un sistema que, como el nuestro, prevé como consecuencias jurídico-penales tanto a las penas como a las medidas de seguridad.

2.4 La imputabilidad como capacidad de pena.

Entre los partidarios de relevante importancia histórica que conciben a la imputabilidad como capacidad de pena, se citan a los alemanes Feuerbach, von Liszt y Radbruch.³⁰

Al respecto, Jiménez de Asúa señala que Feuerbach fue el primero que concibió, apoyado en el carácter intimidante de la pena, a la imputabilidad como capacidad de ésta, al demostrar la función del castigo como prevención general: "...la pena, al ser conminada en la ley, debe producir efectos intimidantes; por tanto, sólo es iuspenalmente imputable la persona sobre la que, de un modo general, puede producir la ley efecto con su amenaza. En consecuencia, imputabilidad es la posibilidad de imponer la pena",³¹ es decir, que la imputabilidad

²⁹Vid. infra, pp. 29 y ss.

³⁰Citados por MEZGER, E., Op. cit., Tomo II, p. 49.

³¹Lehrbuch de Feuerbach, 14ª ed., & 85, citado por JIMENEZ de Asúa, L., Op. cit., Tomo V, p. 81.

se traduce en una condición indispensable para poder sancio--
nar a quien ha cometido un delito.

En concepto de Mezger, Franz von Liszt llega a un resul--
tado análogo al de Feuerbach, partiendo del campo de la pre--
vención especial: la pena debe determinar al individuo, in--
fluir mediante motivos su conducta; por ello, debe imponerse
a la persona sobre la que, de modo especial, puede producir --
un efecto, o sea, al imputable.³²

Radbruch, a su vez, fundamenta su punto de vista dicien--
do que resulta absurdo entender a la imputabilidad como capa--
cidad de culpabilidad. En efecto, "¿qué objeto tiene afirmar
la facultas, la posibilidad de una culpabilidad cuando aún no
se ha comprobado el fatum, la realidad de la culpabilidad?"³³

En Italia, Francesco Antolisei y Silvio Ranieri, partien--
do de que en el Código Penal Italiano las disposiciones que --
se relacionan con la imputabilidad se encuentran ubicadas en
el capítulo primero, título IV, del libro primero, que no ata--
ñe al delito ni a la pena, sino al reo, mantienen la postura
que se analiza. El primero tras rechazar las teorías que con--
sideran a la imputabilidad, por una parte, como elemento de --
la culpabilidad, y por otra, como presupuesto del delito, lle--
ga a la conclusión de que no queda más que seguir la opinión,
poco difundida, pero muy autorizada, refiriéndose a von Liszt,
Feuerbach y Grispigni, según la cual "la imputabilidad no es
otra cosa que una cualidad necesaria para que el autor del de--
lito sea sancionable, es decir, una condición indispensable --

³²Cfr. MEZGER, E., Op. cit., Tomo II, p. 49.

³³Handlungsbegriff, 1904, p. 97, citado por MEZGER, E., Ibid., p. -
50.

para poder aplicar dicha sanción a quien ha cometido un delito. La falta de imputabilidad, por lo tanto, constituye simplemente una causa penal de exención de pena".³⁴ Ranieri, por su parte, tras criticar la tesis que concibe a la imputabilidad como capacidad de culpabilidad, y aquella otra que la estima como capacidad de acción, expresa que no le queda otro camino que afirmar que la imputabilidad es capacidad de pena, "puesto que para lograr su efecto, consistente en la prevención general y especial, la pena exige que la persona sobre la cual va a hacerse sentir, sea imputable...En consecuencia puesto que la imputabilidad debe ser relacionada con la pena y ser entendida como capacidad de pena, nos parece exacto definirla...como aptitud de la persona del agente para que el hecho le pueda ser atribuido como hecho punible, y, por lo tanto, para que el autor pueda ser sometido a sus consecuencias penales, en cuanto puede sentir con provecho sus efectos".³⁵

Ahora bien, dos son las razones fundamentales por las cuales las doctrinas expuestas tampoco nos parecen convincentes. La primera, porque en su pretensión de remitir la imputabilidad a la teoría de la pena,³⁶ no la hace gravitar cuando el acto se lleva a cabo, sino en el momento de la punición o de la pena, pasando por alto que el problema de la imputabilidad es coetáneo, por regla general, con la realización del he

³⁴Op. cit., p. 438.

³⁵Manual de Derecho Penal, Tomo II, versión castellana de Jorge Guerrero, Bogotá: Temis, 1975, p. 224.

³⁶Si bien esta es la consecuencia lógica de considerar a la imputabilidad como capacidad de pena, justo es consignar que tanto Ranieri (op. cit. p. 224), como Antolisei (Op. cit., p. 229), advierten, no obstante, que la imputabilidad, como calidad de la persona, queda fuera tanto de la teoría del delito como de la teoría de la pena, a la que ubican en la teoría del reo, como lo hace su Código Penal.

cho, mas no con la imposición de la pena; y segundo, porque, como claramente lo subraya Mezger,³⁷ la imputabilidad es incompatible tanto con la prevención general como con la prevención especial: con la prevención general porque, según esta teoría, debería considerarse imputable (esto es, pasivamente capaz de pena), "a aquel a quien hay que castigar para que -- los otros crean y se convezan de la seriedad de la sanción punitiva", o sea, debería considerarse determinante no el estado anímico del autor como exige la ley, sino el estado anímico de los demás ciudadanos; y con la prevención especial, porque precisamente el acto delictivo demuestra la insensibilidad del que lo comete frente a la motivación legal, mas "si lo determinante fuera, en cambio, la capacidad del sujeto respecto a la ejecución de la pena, resultaría que el varias veces reincidente podría, a lo sumo, ser castigado la primera vez que reincide, pero no en las restantes reincidencias".

2.5 La imputabilidad como capacidad de culpabilidad.

La imputabilidad, concebida como capacidad de culpabilidad, es la postura adoptada por la mayor parte de la doctrina, principalmente alemana,³⁸ y constituye hoy la opinión dominante.

De analizar las doctrinas del extenso grupo de juspena--

³⁷Op. cit., Tomo II, p. 50.

³⁸Así lo hacen, entre otros muchos, BELING, E., Esquema de Derecho Penal, trad. de Sebastián Soler, Buenos Aires: Depalma, 1944, p. 31; MEZGER, E., Op. cit., Tomo II, pp. 49 y 51; SAUER, G., Derecho Penal, Parte General, trad. de Juan del Rosal y José Cerezo, Barcelona: Bosch, 1956, p. 283 y 284; WELZEL, H., Derecho Penal Alemán, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Chile: Edit. Jurídica de Chile, 3ª ed., 1987, p. 214, y el Nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, trad. de José Cerezo Mir, Barcelona: Ariel, 1964, p. 100; MAURACH, R., Op. cit., Tomo II, p. 92; BAUMANN, J., Derecho Penal. Conceptos fundamentales y sistema, trad. de Conrado A. Finzi, Buenos Aires: De--

listas que vinculan directamente a la imputabilidad con la -- culpabilidad, se deriva la existencia de tres direcciones al respecto: la primera, representada básicamente por los que -- sustentan una concepción psicológica de la culpabilidad, la -- imputabilidad no es más que un presupuesto de aquélla, esto -- es, como algo previo y condicionante de la propia culpabili-- dad; la segunda, defendida por aquellos que, aun cuando se in-- clinan por una concepción normativa de la culpabilidad, consi-- deran a la imputabilidad como su presupuesto; y la tercera, -- por quienes afirman, con base también en la concepción norma-- tiva de la culpabilidad, que la imputabilidad es parte inte-- grante de ésta, postura adoptada tanto por los que sostienen un concepto mixto o complejo de la culpabilidad (causalistas-- normativistas), como por aquellos que participan de un concep-- to valorativo de la misma (finalistas). Dada la estrecha rela-- ción en que se halla la doctrina que nos ocupa, con aquellas que ubican a la imputabilidad como presupuesto o elemento de la culpabilidad, su estudio lo haremos al abordar el análisis

palma, 1973, p. 211; JESCHECK, Hans-Heinrich, Op. cit., Vol 1º, p. 593; - WESSELS, J., Derecho Penal, Parte General, trad. de Conrado A. Finzi, Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 112, y STRATENWERTH, G., Derecho Penal, Parte General, trad. de Gladys Romero, Madrid: Edersa, 1982, p. 165.

En España siguen este criterio: ROSAL, Juan del, Tratado de Derecho Penal Español, Parte General, Vol. II, Madrid: Darro, 1972, p. 87; RODRIGUEZ Devesa, J.M., Derecho Penal Español, Parte General, Madrid: Artes -- Gráficas Caresa, 8ª ed., 1981, p. 429; COBO del Rosal, M., y VIVES Antón, T.S., Derecho Penal, Parte General, Valencia: Tirant lo blanch, 2ª ed., - 1987, p. 420; PUIG Peña, F., Derecho Penal, Parte General, Vol. 1º, España: Artes Gráficas, 7ª ed., 1988, p. 189; SAINZ Cantero, J.A., Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Barcelona: Bosch, 3ª ed., 1990, p. 636, - Y CARBONELL Mateu, J.C., "Aspectos penales", en: Enfermedad mental y delito (aspectos psiquiátricos, penales y procesales), Madrid: Civitas, 1987.

En Argentina: BACIGALUPO, E., Lineamientos de la teoría del delito, Buenos Aires: Astrea, 1978, p. 84, y ZAFFARONI, E.R., Tratado, IV, p. 114.

En México: PORTE Petit, C., Programa de Derecho Penal, Parte General, México: Trillas, 3ª ed., 1990, p. 558; ISLAS, Olga, y RAMIREZ, Elpidio, Lógica del tipo en el Derecho Penal, México: Edit. Jurídica Mexicana, 1970, p. 51, y LOPEZ Betancourt, E., Imputabilidad y Culpabilidad, México: Porrúa, 1993, p. 13.

de las distintas teorías que se han expuesto en torno a la ubicación que corresponde a la imputabilidad en la estructura general del delito.

3. Concepto y contenido.

Previamente al estudio de la ubicación sistemática de la imputabilidad en la estructura del delito, es necesario que - precisemos su concepto. Como señala Zaffaroni,³⁹ se trata de - dos cuestiones que se hallan íntimamente vinculadas, al grado de que es imposible hablar de la una sin referencia a la otra. Después de averiguar qué es la imputabilidad, podremos decir dónde está, y viceversa, de la ubicación que le demos resultará qué sea ésta.

3.1 Conceptos.

Centrada la imputabilidad ya no en el acto sino en el su jeto, como capacidad de éste, numerosos han sido, en verdad, - los juspenalistas que han tratado de perfeccionar cada vez -- más su concepto. Resultaría, pues, punto menos que imposible proporcionar un amplio repertorio de las definiciones expues-tas en el curso de los años. Tal faena sólo sirve a la finali-dad de extraer las consecuencias de esta diversidad de crite-rios y orientaciones. En razón de ello, y sin la pretensión - de ser exahustivos, sino ejemplificativos, haremos mención ú-nicamente de aquellas que en nuestra opinión son las más sig-nificativas en la evolución del propio concepto de imputabili-dad.

Si se parte del examen de las fuentes más antiguas, como las que brindaron los clásicos, deduciremos que desde enton--ces el contenido asignado a lo que hoy denominamos imputabili-d

39

Tratado, Tomo IV, p. 114.

dad se ha bifurcado en una dualidad: inteligencia, por un lado, y libertad, por el otro.

Un ejemplo claro de lo expuesto lo representa el padre - Jerónimo Montes, quien, después de definir a la imputabilidad como el "conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente le ejecutó, como a su causa eficiente y libre", explica: "Como - en todo acto humano, son dos las condiciones que deben concurrir en el sujeto de la imputabilidad criminal: la conciencia de la ilicitud y la naturaleza antijurídica del acto, y la facultad de elegir y determinarse. La primera consiste en el conocimiento que el agente tiene, en el momento de resolverse a la realización del delito o del hecho que dió lugar a él, de la naturaleza jurídica y moral de su conducta y de la norma penal que quebranta; la segunda, en la posibilidad o facultad de elegir entre la ejecución y la no ejecución del hecho delictivo".⁴⁰

Sin perder de vista ese contenido bipartito, y con base también en lo plasmado por las legislaciones positivas, ulteriores autores han elaborado sus propias definiciones de imputabilidad.

En España, Luzón Domingo la define como "la posibilidad abstracta y potencial de que al hombre le sean atribuibles -- los hechos, o las meras conductas, que pueda realizar, como a su causa eficiente, consciente y libre";⁴¹ Del Rosal, como el "conjunto de condiciones psicobiológicas de la persona reque-

⁴⁰ Derecho Penal Español, Tomo I, Madrid, 1917, pp. 325 y 326, citado por LUZON Domingo, M., Op. cit., Tomo I, pp. 30 y 31.

⁴¹ Ibid., p. 49.

rido por las disposiciones vigentes para que la acción sea -- comprendida como causada psíquica y éticamente por aquélla",⁴² y Díaz Palos, como el "conjunto de condiciones psicósomáticas exigidas por la Ley penal para que las acciones u omisiones -- penadas en la misma puedan ser atribuidas al que las ejecutó como a su causa voluntaria".⁴³

En la propia Península Ibérica, Rodríguez Devesa señala que la imputabilidad es la capacidad de actuar culpablemente, y luego expresa que "esa capacidad se reconoce, en principio, a todo hombre por el hecho de que es un ser inteligente y libre, o sea, dotado de inteligencia y libertad. La primera implica la capacidad de conocer el alcance de los actos que realiza; la segunda, la posibilidad de acomodar su conducta a -- las exigencias del ordenamiento jurídico".⁴⁴ Jiménez de Asúa -- explica que a su entender la imputabilidad, como presupuesto psicológico de la culpabilidad, es la "capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente. Lo primero indica madurez y salud mentales; lo segundo, libre determinación, o sea posibilidad de inhibir -- los impulsos delictivos".⁴⁵

Los penalistas alemanes, como sucede con los italianos, -- partiendo de lo previsto en su legislación positiva, han tratado de conceptualizar a la imputabilidad. Entre los juristas germanos, Max Ernst Mayer la ha definido como "la posibilidad

⁴²Op. cit., Tomo II, p. 75.

⁴³Teoría General de la Imputabilidad, Barcelona: Bosch, 1965, p. 40.

⁴⁴Op. cit., p. 429.

⁴⁵Op. cit., Tomo V, p. 86.

condicionada por la salud y madurez espirituales del autor, - de valorar correctamente los deberes y de obrar conforme a ese conocimiento";⁴⁶ Graf zu Dohna, como "la capacidad de comprender lo injusto de un hecho y de determinar la voluntad de acuerdo a esa comprensión";⁴⁷ y Sauer como "la capacidad de -- comprender el carácter injusto del hecho y de obrar según esta inteligencia".⁴⁸

En su tiempo, también Welzel⁴⁹ expresó que la imputabilidad o capacidad de culpabilidad es, según el Código Penal alemán, capacidad del autor: a) de comprender lo injusto del hecho, y b) de determinar la voluntad conforme a esta comprensión. En igual sentido lo hizo Reinhart Maurach, al decir que "es imputable...el autor que gracias a su desarrollo espiritual-moral es capaz de comprender lo ilícito de su hacer y de actuar conforme a este conocimiento"⁵⁰ y más recientemente -- Günter Stratenwerth,⁵¹ al afirmar que el primer presupuesto de todo reproche de culpabilidad es que el autor, en el momento del hecho, haya sido capaz de obrar responsablemente: comprender que el hecho no está autorizado y determinarse por esta comprensión, es decir, abstenerse del hecho.

Los italianos, por su parte, con base en el artículo 85 de su ordenamiento punitivo que dispone, entre otras cosas, - que "Es imputable quien tiene capacidad de entender y de querer", han tratado de desarrollar el concepto y contenido de -

⁴⁶ Citado por SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo II, Buenos Aires: TEA, 2ª ed., 1945, p. 44.

⁴⁷ La estructura de la teoría del delito, trad. de Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, p. 66.

⁴⁸ Op. cit., p. 284.

⁴⁹ Derecho Penal Alemán, p. 216.

⁵⁰ Op. cit., Tomo II, p. 94.

⁵¹ Op. cit., p. 165.

la imputabilidad, que no es otro que el proporcionado por el citado artículo.⁵²

En Argentina, Soler⁵³ adopta la fórmula propuesta por Mayer como válida para su ley positiva; Frías Caballero la define como la "aptitud o capacidad personal para comprender lo injusto o antijurídico del hecho y para dirigir las acciones conforme a esa comprensión",⁵⁴ y Zaffaroni, como la "capacidad que éste tiene (el actor de un injusto penal) para responder a la exigencia de que comprenda la antijuridicidad y de que a decue su conducta a esta comprensión".⁵⁵

En igual sentido se manifiesta el colombiano Reyes Echanúa, al señalar que entiende por imputabilidad "la capacidad de la persona para conocer y comprender la antijuridicidad de su conducta y para autoregularse de acuerdo con esa comprensión".⁵⁶

En nuestro país, también diversos autores han tratado no sólo de definir a la imputabilidad, sino también al sujeto imputable, como lo hace Carranca y Trujillo al decir que será imputable "todo aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas abstracta e indeterminadamente por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; -

⁵² Así lo hacen, entre otros, PANNAIN, R., Op. cit., p. 510; BETTIOL, G., Op. cit., p. 357 y ss.; ANIOLISEI, F., Op. cit., pp. 431 y ss.; MAGGIORE, G., Op. cit., I, pp. 499 y ss., y RANIERI, S., Op. cit., II, pp. 224 y ss. Para éste último, la imputabilidad es, además, la aptitud que debe poseer la persona natural del agente para que el hecho le pueda ser atribuido como hecho punible y para que pueda ser sometida a sus consecuencias penales, Ibid., p. 203.

⁵³ Op. cit., II, p. 44.

⁵⁴ Op. cit., p. 46 y 47.

⁵⁵ Op. cit., IV, p. 110.

⁵⁶ Op. cit., p. 25.

todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana".⁵⁷ Ignacio Villalobos, a su vez, la conceptualiza como la capacidad del sujeto "para dirigir sus acciones dentro del orden jurídico...de obrar con discernimiento y voluntad, capacidad por tanto de ajustarse a las normas jurídicas o apartarse de ellas culpablemente"⁵⁸ Castellanos Tena, como la "capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal"⁵⁹ Pavón Vasconcelos⁶⁰ adopta la de Mayer, aunque también se adhiera a la proporcionada por Villalobos y por Jiménez de Asúa; Olga Islas y Elpidio Ramírez, como la "capacidad de comprender la ilicitud del hecho concreto",⁶¹ y Cortés Ibarra, como la "capacidad volitiva e intelectual legalmente reconocida que condiciona la culpabilidad del agente".⁶²

Más recientemente Vela Treviño expresa que "conceptualmente la imputabilidad es la capacidad de autodeterminación del hombre para actuar conforme con el sentido, teniendo la facultad, reconocida normativamente, de comprender la antijuridicidad de su conducta"⁶³ García Ramírez señala que "sintéticamente, la imputabilidad resulta ser una capacidad, sufi-

⁵⁷ Derecho Penal Mexicano, Parte General, México: Porrúa, 16ª ed., - 1991, p. 431.

⁵⁸ Op. cit., pp. 286 y 288.

⁵⁹ Lineamientos elementales de derecho penal, Parte General, México: Porrúa, 16ª ed., 1981, p. 218.

⁶⁰ Derecho Penal Mexicano, Parte General, México: Porrúa, 9ª ed., -- 1990, pp. 374 y 375; Imputabilidad e Inimputabilidad, México: Porrúa, 2ª ed., 1989, pp. 70 y 71.

⁶¹ Op. cit., p. 51.

⁶² Derecho Penal Mexicano, Parte General, México: Porrúa, 1971, p. - 183.

⁶³ Culpabilidad e Inculpabilidad. Teoría del delito, México: Trillas 1973, p. 18.

ciente para los fines de la defensa social, de entender el carácter ilícito (antijurídico) de la conducta, y de obrar con normal autonomía", en tanto que López Betancourt dice que es imputable "el que es capaz de comprender el carácter ilícito de la conducta o del hecho y de conducirse de acuerdo con esa comprensión".⁶⁴

Por nuestra parte, la hemos concebido como la "capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho realizado, y de conducirse conforme a esa comprensión".⁶⁵

3.2 Contenido.

De las definiciones que se han transcrito, así como de la que hemos proporcionado, se deriva que, en términos generales, la imputabilidad como capacidad que reside en el sujeto, encierra un doble contenido: uno, de comprensión (cognoscitivo o intelectual), y otro, de determinación (volitivo). El primero se manifiesta como la capacidad de comprender el carácter ilícito o antijurídico del hecho perpetrado, y el segundo, como la capacidad de conducirse de acuerdo o conforme a esa comprensión. No obstante, tal capacidad no debe confundirse, ni mucho menos identificarse, con la llamada capacidad de voluntad o "voluntabilidad", puesto que esta mira hacia la conducta, en tanto que aquélla lo hace hacia la culpabilidad.

Sin embargo, como los clásicos también hablaron de un doble contenido en la imputabilidad, el que estimaron como inteligencia y libertad, la doctrina se ha visto en la necesidad

⁶⁴GARCIA Ramírez, S., La imputabilidad en el derecho penal mexicano (introducción y análisis comparativo), México: UNAM, 2ª ed., 1981, p. 17; LOPEZ Betancourt, E., Op. cit., p. 5.

⁶⁵"La imputabilidad penal", Tesina, División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM, septiembre de 1991, México, p. - 13.

de precisarlo y afinarlo, dada la amplitud con que esos conceptos se concibieron, y dada la amplitud con que algunas legislaciones los han reglamentado.

Lo anterior se advierte claramente entre los penalistas italianos, quienes, en atención a la definición tan escueta que proporciona su Código Penal, se ven en la necesidad de precisarla y aclararla. Así lo hacen, entre otros muchos, Antoniolisei, para quien la capacidad de entender, como actividad intelectual, no es la mera aptitud del sujeto de conocer lo que ocurre en derredor de él, sino la capacidad de darse cuenta del valor social del acto que realiza. No es necesario que el individuo esté en condiciones de juzgar que su acción es contraria a la ley: basta que pueda comprender en general que está en contra de las exigencias de la vida común, y de que la capacidad de querer significa la aptitud de la persona para determinarse autónomamente, resistiendo a los impulsos, y más concretamente: facultad de querer lo que se considera que se debe hacer; Bettiol, para quien la actividad intelectual de la imputabilidad se refiere a la facultad de comprender los nexos que vinculan entre sí las cosas del mundo externo y las relaciones que ligan a los individuos con ese mismo mundo, o sea la "posición" que el hombre ocupa en determinado ambiente social. Esto significa que debe entender el sentido, el valor de sus propias acciones; que debe poder prever las repercusiones que la propia acción podrá determinar en el mundo social; que debe tener la sensación del significado ético-social de su conducta, y la capacidad de querer, como la capacidad de poner por sí misma el motivo como causa de la propia acción; Pannain, quien indica que la primera capacidad es la aptitud que el sujeto tiene de comprender el significado de los actos que lleva a cabo, de estimar su importancia; y la segunda, la capacidad de determinarse según los motivos, de adaptar libremente la propia actividad a los motivos más ra-

cionales, y de adecuarse al imperativo de la ley; Maggiore, - al señalar que la capacidad de entender es, pues, la facultad de aprehender las cosas en sus relaciones necesarias y universales, y por lo mismo, de medir y prever las consecuencias de la conducta propia, y la de querer, la facultad de autodeterminarse, es decir, de determinarse con libertad entre los diversos motivos que impulsan a la conducta; y Ranieri, quien explica que la capacidad de entender, como facultad intelectual, es la posibilidad de conocer, comprender y discernir los motivos de la propia conducta y, por lo tanto, de apreciarla, sea en sus relaciones con el mundo externo, sea en su alcance, sea en sus consecuencias, de tal forma que le son extrañas tanto la posibilidad de saber que se viola una norma, o que se obra antijurídicamente, o que se merece una pena, como la posibilidad de conocer el valor moral de la propia conducta; y la capacidad de querer, la posibilidad de determinarse basándose en motivos conocidos y seleccionados, de elegir la conducta adecuada al motivo más razonable y, por consiguiente, de abstenerse y de resistir a los estímulos de los acontecimientos externos.⁶⁶

Pero no sólo los italianos se han visto en la necesidad de precisar el alcance y significado del contenido de la imputabilidad, sino que incluso también lo han hecho los juristas alemanes, entre los que podemos citar a Welzel.⁶⁷ Este iuspenalista, al referirse al elemento intelectual de la imputabilidad, se cuida de advertir de que en todo caso se trata de la capacidad de comprensión del injusto material,⁶⁸ y de que no -

⁶⁶ Cfr. ANTOLISEI, F., Op. cit., pp. 431 y 432; BETTIOL, G., Op. cit. pp. 356 y 357; PANNAIN, R., Op. cit., pp. 510 y 511; MAGGIORE, G., Op. cit., I, pp. 499 y 500; RANIERI, S., Op. cit., II, pp. 224 y 225.

⁶⁷ Derecho Penal Alemán, p. 217.

⁶⁸ En igual sentido, Jescheck, Op. cit., Vol. 12, p. 605.

es necesario que el autor pueda reconocer el hecho como contrario a la ley, o, en general, como punible, ni es suficiente la conciencia de perpetrar una simple inmoralidad, sino que el autor tiene que poder reconocer que su hecho es una transgresión de aquellas normas sociales que son indispensables para la vida en común.

Paralelamente a la evolución experimentada por el concepto de imputabilidad, lo ha sido el de su contenido, no sólo en el ámbito doctrinal sino también en el legislativo, como lo demuestra nuestra legislación punitiva, en donde, como en su oportunidad lo constataremos,⁶⁹ de concebirse la imputabilidad como inteligencia y libertad (art. 34, 1ª, Código Penal de 1871), ahora se la entiende como comprensión y determinación (art. 15, II, Código Penal vigente), pasando por los anteproyectos que la consideraron como capacidad de entender y de querer (art. 15, 2ª parte, Anteproyecto de 1958).

En la actualidad, pues, subsiste ese doble contenido que se le ha atribuido a la imputabilidad, cuya presencia es básica para sostener la capacidad de culpabilidad del sujeto, al grado que es suficiente que esté ausente la capacidad de comprender lo ilícito del hecho realizado, o la de conducirse de acuerdo con dicha comprensión, para que aquélla desaparezca; salvo el caso de las legislaciones que, como la nuestra, adoptan una fórmula mixta en donde se exige, además, la presencia de las llamadas causas biológicas o psiquiátricas de la inimputabilidad.

4. Ubicación sistemática.

A partir de la diferenciación entre la imputabilidad y -

⁶⁹Vid. infra, pp. 208 y ss.

la culpabilidad, la primera no ha recibido el mismo trato que se le ha dado a la segunda en cuanto a su ubicación en el campo de la teoría del delito. Se requiere su presencia en todos los niveles analíticos del hecho punible, desde la conducta - hasta la punibilidad,⁷⁰ como consecuencia de identificarla -- con la total capacidad psíquica de delito. Lo cierto es que - la imputabilidad no es más que un aspecto de ésta, precisamente el que se relaciona con la culpabilidad. Por ello, precisado su concepto y contenido, corresponde ahora el de su ubicación en la dogmática penal.

Como es sabido, las diferentes concepciones que, partiendo del estudio de la acción, se han elaborado en torno al delito, básicamente se reducen a dos sistemáticas: la causalista y la finalista. En cada una de éstas se ubica y se concibe a la imputabilidad de diferente forma, identificándose, esencialmente, cuatro posiciones al respecto: dos que la relacionan directamente con la culpabilidad, ya como su presupuesto, o ya como su elemento; y otras dos que la sitúan fuera de la teoría del delito, a modo de presupuesto de éste o de la punibilidad, incluso como parte integrante de la teoría del delincuente.⁷¹

Separadamente abordaremos el estudio de cada una de estas doctrinas.

4.1 La imputabilidad como presupuesto del delito.

La opinión que considera a la imputabilidad como presu--

⁷⁰ Este peregrinar de la imputabilidad, motivó que Reinhart Frank, a principios de siglo, la calificase de "fantasma errante", Estructura del concepto de culpabilidad, versión castellana de Sebastián Soler, Chile: - Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Chile, - 1966, p. 20

⁷¹ No incluimos aquella posición que considera que la imputabilidad

puesto del delito, se basa en la circunstancia de estimarla - como una condición del sujeto que lo convierte en destinatario de la norma penal, es decir, como un atributo del sujeto, quien preexiste en el orden natural al hecho perpetrado y, -- por lo tanto, al delito mismo. Es así como se afirma que la imputabilidad es una capacidad genérica de delito que se refiere al sujeto, independientemente de éste, ya que aquélla - es una situación preliminar a cualquier relación jurídica.

Jiménez de Asúa puntualiza que fueron los penalistas italianos los que concibieron a la imputabilidad como presupuesto general del delito; concretamente hace referencia a Giulio Battaglini, quien no estima a la imputabilidad "como 'presupuesto de aquel elemento que está constituido por la culpabilidad' ya que aquélla 'no es elemento del delito' sino que se 'refiere a la estructura' de éste. Trátase, por ende, de un presupuesto del delito, 'presupuesto necesario e indispensable, mientras los otros dos componentes del crimen, el hecho y la punibilidad, son únicamente presupuestos eventuales' (D. p., pág. 192)".⁷²

Para Remo Pannain, la imputabilidad, como "capacidad jurídico-penal del reo", es "capacidad de delito"; y, como la capacidad jurídica en general, es idoneidad para ser sujeto de derecho o de obligaciones, así la capacidad de delito es idoneidad para ser sujeto activo del delito. Los no imputables son "incapaces de obligaciones jurídico-penales". La norma penal, como "apelación de una voluntad a otra voluntad", no se dirige a ellos en cuanto no son capaces de entenderla o de --

es un elemento independiente dentro del delito, toda vez que esta postura al concebirla en relación directa con la culpabilidad, en realidad la considera como presupuesto de ésta.

⁷²Op. cit., Tomo V, p. 78.

acomodar a ella su conducta. En consecuencia, una "condición preventiva esencial para la existencia del delito" es la capacidad penal y, por ello, "la imputabilidad no es un elemento del delito, sino un presupuesto del mismo, en cuanto es aspecto de la capacidad activa", es decir, de la capacidad jurídico-penal (el otro aspecto corresponde al sujeto pasivo del delito).⁷³

En México, Porte Petit,⁷⁴ invocando a Massari y a Petrocelli, señala como presupuestos generales del delito, tanto a la norma penal, comprensiva del precepto y la sanción, como a los sujetos (activo y pasivo), a la imputabilidad, al bien tutelado y al instrumento del delito.

Esta idea que concibe a la imputabilidad como presupuesto del delito, sólo es sostenible si se acepta formalmente la categoría de los presupuestos del delito. Sin embargo, esto ha sido puesto en duda con mucha frecuencia, dado que, como lo advierte Bettiol,⁷⁵ ex ante todo puede ser considerado presupuesto del delito: norma, sujeto, medios; ex post todo se penetra en el delito y por esto resulta difícil separar el presupuesto del elemento constitutivo. Si se quiere, pues, -- considerar la imputabilidad como presupuesto del delito, puede seguir haciéndose siempre que se advierta que esta sistema

⁷³Op. cit., pp. 142 y 143, 183 y 510. Frías Caballero, además de citar a Battaglioni y a Pannain, señala que Biaggio Petrocelli y Bellavista, son los autores que, con fundamentos dogmáticos y diferencias de matiz, colocan la imputabilidad fuera de la teoría del delito, con la cual la vinculan, sin embargo, como su condición o presupuesto previo o general, Op. cit., p. 18.

⁷⁴Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, México: Porrúa, 14ª ed., 1991, p. 208. El propio autor, en su Programa de Derecho Penal, recalca que la imputabilidad no constituye un elemento del delito, si no un presupuesto general del mismo, p. 558.

⁷⁵Op. cit., p. 359.

tización tiene carácter meramente lógico-formalista. En un terreno más sustancial -prosigue- como el de la noción normativo-teleológica de la culpabilidad, el problema cambia de aspecto. Aquí la imputabilidad es un dato psicológico sustancial, que el juez debe establecer para formular un juicio de reproche al autor de un hecho lesivo.

El citado penalista concluye que, no obstante el anterior razonamiento, se puede concluir tranquilamente afirmando que la imputabilidad puede ser considerada, desde un punto de vista formal, antes de la perpetración del delito, como presupuesto de éste o de la culpabilidad, pero desde el punto de vista del diagnóstico ya no sucede lo mismo, puesto que en su opinión se trata de un elemento del juicio de culpabilidad.⁷⁶

En Alemania, Reinhart Maurach manifiesta que son numerosos los sistemas doctrinales que sitúan en primer plano la -- distinción entre sujeto y objeto del delito: sujeto es el autor; objeto, la acción por él cometida. Investigan, en primer lugar, la idoneidad del sujeto del delito, derivando de ahí -- la necesidad de tomar la teoría de la imputabilidad como la -- base de la construcción del delito: tan sólo un autor imputable puede actuar. Al tratamiento de la cualidad del autor sigue la exposición del objeto del delito: el injusto tipificado. La parte final la forma, por regla general, el tratamiento de las "especies de culpabilidad": dolo y culpa,⁷⁷ cuyo sistema adoptan, según el propio autor, Berner, Hugo Meyer, Baumgarten, Gerland, Kohlrausch y Wegner.

Ahora bien, si concibiésemos a la imputabilidad como pre

⁷⁶Op. cit., p. 360.

⁷⁷Op. cit., Tomo I, p. 169.

supuesto general del delito en los lineamientos apuntados, tendríamos necesariamente que aceptar que las llamadas medidas de seguridad se encuentran fuera del Derecho penal, toda vez que en esas condiciones los inimputables permanentes, al carecer de capacidad jurídico-penal, no pueden actuar con relevancia jurídica, lo que resulta inadmisibile para un sistema que, como el nuestro, prevé como consecuencias penales, - tanto a las penas como a las medidas de seguridad.

Con diferentes fundamentos, en el modelo lógico del Derecho penal que se inicia en México en 1965 la imputabilidad es un atributo del sujeto activo, el cual a nivel normativo es un elemento del tipo legal, y a nivel fáctico es un presupuesto típico del delito.

En efecto, en la sistemática propugnada por el modelo lógico del derecho penal, se parte de la distinción entre dos mundos cognoscibles: el normativo y el fáctico. En el primero se sitúa la norma jurídico-penal, y en el segundo, el delito, lo que trae como consecuencia un notable desdoblamiento: el explicativo de la normatividad (teoría general de los tipos legales y teoría general de las punibilidades), y el explicativo de la facticidad (teoría general de los delitos y teoría general de las puniciones, de las penas y de todo lo concerniente a las medidas de seguridad).

La norma penal, por ser abstracta y general, se ubica en el mundo de la normatividad y se compone de dos partes: del tipo y de la punibilidad. Aquél, en teoría, se integra por -- los siguientes subconjuntos: a) Deber jurídico penal, con un elemento: Deber jurídico penal; b) Bien jurídico, con un elemento: Bien jurídico; c) Sujeto activo, con cinco elementos: voluntabilidad, imputabilidad, calidad de garante, calidad es

pecífica y pluralidad específica; d) Sujeto pasivo, con dos elementos: calidad específica y pluralidad específica; e) Objeto material, con un elemento: objeto material; f) Kernel, con nueve elementos: voluntad dolosa, voluntad culposa, actividad, inactividad, resultado material, medios, referencias temporales, referencias espaciales y referencias de ocasión; g) Lesión o puesta en peligro del bien jurídico, con dos elementos: lesión del bien jurídico, y puesta en peligro del bien jurídico; y h) Violación del deber jurídico penal, con un elemento: violación del deber jurídico penal.⁷⁸

El delito, por ser un hecho particular y concreto, queda ubicado en el mundo de la facticidad, cuyo análisis se hace a nivel de presupuestos y a nivel de elementos, puesto que una parte del contenido que integra el mismo ya existía en la realidad al llevarse a cabo la conducta típica, y otra parte surge con la conducta misma.

En ese orden, los presupuestos típicos del delito son: a) El deber jurídico penal típico; b) El bien jurídico típico; c) El sujeto activo típico, con su semántica particular: voluntabilidad, imputabilidad, calidad de garante, calidad específica y pluralidad específica; y e) El objeto material típico. Los elementos típicos del delito, son: a) El kernel típico, integrado por: la voluntad dolosa, la voluntad culposa, la actividad o la inactividad, el resultado material y, por tanto, nexos causal o normativo, las modalidades: medios de comisión y/o referencia temporal y/o referencia espacial y/o referencia de ocasión; b) La lesión o la puesta en peligro del bien jurídico, típicas; y d) La culpabilidad.⁷⁹

⁷⁸Cfr. ISLAS, Olga, Análisis lógico de los delitos contra la vida, México: Trillas, 1982, pp. 11 a 42.

⁷⁹Cfr. ISLAS, Olga, Ibid., pp. 43 a 57.

Como se advierte, la imputabilidad viene siendo un atributo del sujeto activo que forma parte de los dos mundos cognoscitivos a que nos hemos referido, esto es, al normativo y al fáctico: como descripción legal, es un elemento del tipo, y como concreción fáctica, es un presupuesto típico del delito.

4.2 La imputabilidad como presupuesto de la punibilidad.

Consecuencia lógica de considerar a la imputabilidad como capacidad de pena ha sido la de situarla como presupuesto de la punibilidad, por lo que las objeciones hechas en contra de aquella concepción son válidas para ésta. De ahí que, sin el afán de ser repetitivos sólo recordaremos que fundamentalmente son dos las razones que nos permitieron afirmar que las doctrinas expuestas al respecto,⁸⁰ no son convincentes. La primera, porque en su pretensión de remitir la imputabilidad a la teoría de la pena, se invierte el tiempo en que la misma debe gravitar: en vez de existir cuando el acto se lleva a cabo, debería existir en el momento de la punición o de la pena. Con ello se pasa por alto que el problema de la imputabilidad es coetáneo, por regla general, con la perpetración del hecho, más no con la imposición o ejecución de la pena; y la segunda, porque, como claramente lo subrayó Mezger, la imputabilidad es incompatible tanto con la prevención general, como con la prevención especial.

4.3 La imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad.

Paralelamente al concepto causal de acción surge la teoría psicológica de la culpabilidad, postulada principalmente por Franz von Liszt, para quien ésta, en sentido estricto, -

⁸⁰Vid. supra, pp. 14 a 17.

comprende "tan sólo...la relación subjetiva entre el acto y el autor"⁸¹ relación que sólo puede ser de índole psíquica.

Es bien conocido que la "teoría causal de la acción"⁸² propugnada por la dogmática penal de finales del siglo pasado y principios del presente, en el sentido de Radbruch, --- Liszt y Beling, escindió en dos partes distintas la sistemática del delito: el injusto (conducta típica y antijurídica) era considerado objetivo, y la culpabilidad era considerada subjetivamente.

Para este criterio el injusto se componía con la causación física de un resultado socialmente dañoso y la culpabilidad era la causación psíquica de ese mismo resultado, que podía asumir la forma de dolo (cuando se quería causar el resultado antijurídico) o de culpa (cuando el mismo sobrevinía como consecuencia de imprudencia o negligencia). Lo que se debía investigar en definitiva para saber si había delito eran dos nexos causales: uno físico (¿causó la conducta el resultado?) y otro psíquico (¿hay una relación psicológica entre la conducta y el resultado?) (83)

Al concebirse a la culpabilidad como un nexo psicológico entre el autor y el resultado, en donde tanto el dolo como la culpa -cada uno por sí mismo- constituían aquélla, obviamente quedaban fuera de su contendio los demás elementos del delito, incluyéndose a la imputabilidad. Sin embargo, como según la propia teoría no era posible obrar con dolo o culpa sin an

⁸¹ Tratado de Derecho Penal, Tomo II, trad. de la 20ª ed. alemana -- por L. Jiménez de Asúa, Madrid: Reus, 3ª ed., 1927, p. 388.

⁸² Dicha teoría parte de un concepto naturalístico de acción, en donde la voluntad únicamente tiene como función la de ser el factor desencadenante del proceso causal que trae como consecuencia un cambio en el mundo exterior físico, perceptible sensorialmente, en tanto que su contenido (que sería la parte subjetiva de la acción), lo trata en otro nivel del delito como lo es la culpabilidad. Cfr. WELZEL, Hans, El nuevo sistema del derecho penal, pp. 31 a 36.

⁸³ ZAFFARONI, E.R., Manual de Derecho Penal, Parte General, México: Cárdenas editor y distribuidor, 1986, p. 346.

tes ser imputable, la imputabilidad necesariamente representó un presupuesto de la culpabilidad, presupuesto de carácter psicológico, dado que sin ella no podía tener relevancia penal la relación psíquica entre la conducta y el resultado.⁸⁴

La teoría psicológica se vió imposibilitada de explicar por un lado, la culpa inconsciente o sin representación, en que a pesar de la inexistencia de la relación psíquica entre el autor y el resultado, se afirmaba la culpabilidad, y por otro, la concurrencia de determinadas causas de exclusión de ésta, diferentes al error y a la coacción, como el "estado de necesidad" con bienes de igual valor, a pesar de que dicha relación psíquica quedaba intacta. Asimismo se tuvo que enfrentar con otro problema: el del enfermo mental, quien, al ser capaz de actuar hallándose en una relación psicológica con el resultado, o sea, al ser capaz de actuar dolosamente, tornaba imposible el negar la existencia del delito en su conducta, lo que, sin embargo, se hacía al considerarlo inculpable, con lo que resultaban contradichos los postulados de esta teoría.

Esta negativa de la teoría psicológica implicaba en el fondo, negarse a aceptar que los inimputables pueden actuar con dolo. Esto resulta inadmisibile a la luz de la dogmática penal contemporánea y de las modernas corrientes del pensamiento psicológico, ya que, como en su oportunidad lo veremos, la más elemental experiencia pone de relieve que el enfermo mental, v.gr. el "loco", puede querer un determinado resultado, es decir, puede actuar dolosamente, ya que el dolo,-

⁸⁴Esta es la postura adoptada en México, por: FRANCO Sodi, Carlos, - Nociones de Derecho Penal, México: Botas, 1950, p. 68; CASTELLANOS Tena, F., Op. cit., p. 217; VILLALOBOS, I., Op. cit., p. 278, y CARRANCA y Trujillo, R., Op. cit., p. 431, entre otros.

además de manifestarse en la acción, no comprende el conocimiento de la antijuridicidad, o sea, es neutro, libre valorativamente. En efecto, al concebirse a la acción en sentido final, el dolo pasa de elemento, forma o especie de la culpabilidad, a convertirse en parte integrante de lo subjetivo del tipo,⁸⁵ esto es, del ámbito de lo valorativo (de lo que se da, o puede o debe darse) al de lo óntico (de lo que se da o no se da), convirtiéndose por ello, en un proceso psicológico actual, libre de todo juicio valorativo.

De lo anterior derivamos que, tanto los imputables como los inimputables pueden actuar dolosamente al ser capaces de desplegar una acción. Si se considerara a la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad se llegaría al error de aceptarse que únicamente el sujeto capaz de culpabilidad (imputable) podría actuar dolosamente, con inadmisibles consecuencias respecto de los inimputables permanentes.

No obstante las dificultades evidentes señaladas, hay autores que aun cuando conciben a la culpabilidad como "reprochabilidad", consideran que la imputabilidad es un presupuesto psicológico de aquélla. Entre estos autores podemos citar a James Goldschmidt y a Jiménez de Asúa, y en México, a Sergio Vela Treviño.

Goldschmidt, en su pretensión de descargar a la culpabilidad de sus elementos de hecho, sólo la concibe como un juicio de reproche que se compone de la "exigibilidad" (deber de

⁸⁵Es pertinente aclarar que, para los finalistas, el tipo se compone de dos partes: una objetiva, comprensiva de la manifestación de voluntad y el resultado; y otra subjetiva, integrada por los especiales motivos, tendencias e intenciones del autor que caracterizan al hecho, así como del dolo dirigido a la realización de la parte objetiva. Cfr. MAURACH, Reinhart, Op. cit., Tomo I, pp. 268 y 269.

motivarse por la representación del deber indicado en la norma de derecho) y de la "no motivación por la representación del deber jurídico a pesar de la exigibilidad", y coloca, por lo mismo, a la imputabilidad, al dolo o a la culpa y a la motivación normal, únicamente como sus presupuestos. Refiriéndose a la imputabilidad, concretamente afirma:

...tampoco los casos de inimputabilidad contienen causas de exculpación. Pues la imputabilidad es para la reprochabilidad, lo que la voluntariedad es para la antijuridicidad. Y así como el ser empujado por fuerza irresistible...no constituye una causa de "justificación", la inimputabilidad no es causa de exculpación. El inimputable no es, desde el principio, el destinatario de la norma de deber, así como el animal o el cuerpo humano no es destinatario de la norma jurídica. (86)

Jiménez de Asúa, por su parte, expresamente manifiesta que a pesar de ser partidario de la teoría normativa de la culpabilidad, la imputabilidad no es un elemento o característica de ésta, sino que asume el papel de presupuesto psicológico de ella, precisamente por tratarse de un problema de capacidad del sujeto activo del delito. Si bien también señala que la imputabilidad es materia propia de la teoría del delincuente, en realidad la trata como elemento del delito con contenido independiente, pero siempre en relación directa con la culpabilidad, como si fuera su presupuesto.⁸⁷

⁸⁶ La concepción normativa de la culpabilidad, trad. de Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez, Buenos Aires: Depalma, 1943, p. 30. Como veremos, ya en 1913, Goldschmidt había afirmado que a cada norma jurídica de la conducta externa corresponde una norma de deber conforme a la cual debe el autor orientar su conducta interna; la infracción a esta última, - constituye la culpabilidad. *Infra*, p. 41.

⁸⁷ Cfr. La ley y el delito, México: Hermes-Sudamericana, 1986, pp. -- 206 a 209 y 325 a 351. Mezger al señalar que la denominación de la imputabilidad como característica y elemento de la culpabilidad se ha tratado de combatir diciendo que la imputabilidad es un simple presupuesto de la culpabilidad, con lo que se rechaza la consecuencia de que a la culpabilidad pertenezca algo más que el dolo o la culpa, dice: "Pero con esto sólo se -

Finalmente, Vela Treviño indica que la imputabilidad "no puede considerarse como anterior o ajena al delito, sino formando parte del propio concepto del delito y contemporánea -- con él. Siendo, por tanto, fundamento para la realización del juicio de reproche relativo a la culpabilidad de que el sujeto sea imputable, consideramos que la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad, pero dentro de un concepto totalitario del delito".⁸⁸

4.4 La imputabilidad como elemento de la culpabilidad.

Esta postura es la adoptada por la mayoría de los partidarios de la concepción normativa de la culpabilidad, que iniciara Reinhart Frank, desarrollaran Goldschmidt, Freudenthal y Mezger, y perfeccionaran los finalistas.

Como en el campo estrictamente psicologista de la culpabilidad era imposible establecer una conexión entre dolo y -- culpa, entre esas dos especies de la culpabilidad, se pretendió unir las por medio de un elemento común a ambas. Esta experiencia la llevó a cabo en 1907, Reinhart Frank, en su monografía "Über den Aufbau des Schuldbegriffs" (La estructura -- del concepto de culpabilidad), escrita con motivo del homenaje que la Facultad de Derecho de Giessen efectuó con ocasión del "Tercer Centenario del Alma Mater Ludoviciana".

Frank demostró que existen acciones dolosas, como en el caso del "estado de necesidad", que no precisan de ser culpables, y puso de relieve la insuficiencia, para la culpabilidad, de un nexo psíquico entre el autor y el resultado, cali-

elude el problema; pues lo que es presupuesto de la culpabilidad es también, por ello, de modo necesario, su característica", Op. cit., Tomo II, p. 51.

⁸⁸Op. cit., p. 29.

ficando a la culpabilidad, por no encontrar otra expresión mejor, de reprochabilidad.⁸⁹ Este reproche implicaba además del dolo o culpa, la imputabilidad y la normalidad de las circunstancias concomitantes, que posteriormente denominó libertad o dominio sobre el hecho.

Goldschmidt, en 1913, señaló que a cada norma jurídica de la conducta externa correspondía una norma de deber, conforme a la cual debería el autor orientar su conducta interna, de manera que la infracción a esta última constituía la culpabilidad. El sujeto habría infringido la norma de deber siempre que, por razón de las circunstancias concurrentes, le fuera exigible la adecuación de su conducta al Derecho; en los casos en los que, por razón de esas circunstancias, no pudiera acomodar su comportamiento al orden jurídico, dejaría de serle exigible una conducta conforme al Derecho.⁹⁰

Berthold Freudenthal, por su parte, destacó que la exigibilidad constituía un requisito general de la culpabilidad, de suerte que la no exigibilidad motivaba, pese a la concurrencia de dolo o culpa, la exclusión de esta característica del delito.⁹¹

Colocada, pues, la reprochabilidad en el centro mismo de la culpabilidad como su núcleo esencial, ésta deja de ser una pura relación psíquica con el resultado (una actitud, nexo o vínculo subjetivo entre el hecho y autor), para convertirse -

⁸⁹Op. cit., pp. 29 a 31 y 45.

⁹⁰Der Notstand, ein Schuldproblem, en Österreichische Zeitschrift für Strafrecht, 4, Viena, 1913, pp. 129 y ss., citado por CORDOBA Roda, - Juan, Una nueva concepción del delito (La doctrina finalista), Barcelona: Ariel, 1963, pp. 28 y 29.

⁹¹Schuld und Vorwurf im geltenden Recht, 1922, pp. 8 y ss., citado por CORDOBA Roda, J., Ibid., p 29.

en un proceso de hecho susceptible de reproche. Su sede pasó "de la cabeza del autor a la cabeza de otros".⁹²

De esta forma, así como la antijuridicidad supone un juicio de valor que recae sobre el hecho, también la culpabilidad implica un juicio de valor que recae sobre el autor con motivo del acto típicamente antijurídico por él cometido.

No obstante tal premisa, es pertinente y necesario aclarar que aun cuando actualmente se señala, salvo la posición de aquellos que en los últimos años han cuestionado los fundamentos materiales de la culpabilidad en su versión finalista, que la esencia de la culpabilidad reside en el "reproche formulado al autor por su motivación contraria al deber",⁹³ discrepan en cuanto a su contenido, es decir, en relación a qué elementos lo integran. Por un lado, tenemos aquellos que sostienen un concepto causal de acción y, por ende, un concepto mixto o complejo de la culpabilidad, y, por otro, a los finalistas, o sea, a aquellos que manejan un concepto final de acción y, por lo tanto, un concepto valorativo de la culpabilidad.

Edmundo Mezger es el representante más caracterizado de los causalistas que participan de la concepción normativa de la culpabilidad. Al definirla como "el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica",⁹⁴ seña-

⁹² Rosenfeld, Ernst Heinrich, citado por MAURACH, Reinhart, Op. cit. Tomo II, p. 20.

⁹³ MAURACH, Reinhart, Ibid., p. 14.

⁹⁴ Op. cit., Tomo II, pp. 9 y 10.

la que ésta exige:

1. Una determinada disposición o estado de la personalidad del agente: la llamada imputabilidad. En consecuencia, la teoría de la imputabilidad constituye una parte integrante de la teoría de la culpabilidad...
2. Una determinada referencia psicológica del autor al acto: dolo o culpa (la llamada forma de la culpabilidad)...
3. Una determinada configuración de las circunstancias internas y externas de la acción: la ausencia de especiales causas de exclusión de la culpabilidad. (95)

El total conjunto de dichas características origina el juicio de culpabilidad, que desaparece si está ausente cualquiera de esos elementos.

De modo general, se objeta a la teoría compleja de la culpabilidad su incapacidad para concebirla como puro juicio de valor, dado que al incluir al dolo introduce un elemento psicológico y confunde, con ello, uno de los aspectos de la valoración con el proceso de valoración mismo.

Por su parte, los partidarios de la teoría de la acción finalista, entre los que destaca Hans Welzel, consideran que los elementos del juicio de reproche en que consiste la culpabilidad son:

1. La imputabilidad (capacidad de culpabilidad)
2. La posibilidad del conocimiento del injusto; y
3. La exigibilidad de la conducta adecuada a la norma.

Como lo señala Maurach, tales elementos, al ser puras valoraciones, constituyen exclusivamente un enjuiciamiento del

⁹⁵MEZGER, Edmundo, Op. cit., Tomo II, pp. 49,50 y 51.

proceso de motivación. Así:

La imputabilidad contiene el juicio sobre la general capacidad de motivación del autor; de la posibilidad del conocimiento del injusto se deriva que también en el caso concreto, podía el autor imputable conocer el carácter antisocial de su hacer; por último, la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma priva al autor del pretexto de invocar una situación de necesidad excluyente de todo reproche. (96)

Diferente es, sin embargo, la postura de Maurach, quien pretendiendo proporcionar una plataforma unitaria al dualismo pena y medida de seguridad, formula su teoría de la atribuidad.

Para dicho tratadista, los grados de la atribuidad - de una acción están dados por un juicio de desvalor que grava al sujeto (responsabilidad por el hecho) y la concurrencia de un reproche personal (culpabilidad). Precisamente este último requiere, ante todo, que el autor, como persona, estaba en situación de darse cuenta, en virtud de su desarrollo espiritual y moral, del alcance de su conducta en la vida jurídica y de orientar sus resoluciones conforme a este conocimiento, esto es, que era imputable; y, además, que en la situación concreta, referida a la acción típica y antijurídica, tenía la posibilidad de conocer el carácter injusto del acto.⁹⁷

De lo expuesto se infiere que la disputa entre el normativismo causalista y la doctrina finalista de la acción en relación al contenido de la culpabilidad, no afecta la teoría -

⁹⁶Op. cit., Tomo II, p. 24.

⁹⁷Ibid., pp. 34 y 92. Las críticas a la doctrina de Maurach, han --
provenido, entre otros, de JESCHECK, Hans-Heinrich, Op. cit., Vol. 1^o, --
pp. 591 y 592, y autores ahí citados; y STRATENWERTH, Günter, Op. cit., --
pp. 164 y 165.

de la imputabilidad como capacidad, toda vez que ambas posturas están de acuerdo en que ésta es un "elemento o característica" básica y substancial de aquélla.

A manera de conclusión, podemos afirmar que en el desarrollo contemporáneo de la teoría normativa de la culpabilidad, la reprochabilidad no es el reproche, sino el conjunto de requisitos o características que lo fundan, ubicándose entre éstos a la imputabilidad. Esta posición se justifica, -- por cuanto la noción aceptada de la culpabilidad no puede -- prescindir del acto sobre el que recae la valoración, como -- tampoco del autor al que se reprocha haber actuado antijurídicamente, cuando pudo motivarse conforme a la norma, y esto no en el sentido abstracto de que algún hombre en lugar del autor, sino -- como lo aduce Welzel⁹⁸, en el sentido concreto -- de que este hombre, en esta situación, hubiera podido adoptar su resolución de voluntad de acuerdo con la norma.

5. Imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad.

Al margen de todo lo expuesto hasta ahora, es conveniente distinguir de la imputabilidad ciertos términos con los -- cuales frecuentemente se la identifica -- sobre todo en la práctica judicial-, según acontece con los de culpabilidad y responsabilidad.

Si bien en las construcciones clásicas, como las de Romagnosi, Carminagni y Carrara, las nociones de imputabilidad y culpabilidad se identificaban, la dogmática posterior, a -- partir de la alemana, se encargó de separarlas y diferenciar-

⁹⁸El nuevo sistema del derecho penal, p. 85. De las objeciones que se le han hecho a la concepción normativa de la culpabilidad, sobre todo en su versión finalista, nos ocuparemos al abordar lo relativo a los fundamentos de la imputabilidad. Vid. infra, pp. 70 y ss.

las, de tal manera que a la primera, como capacidad de com---
prensión y determinación, hoy en día suele considerársele par
te integrante, o presupuesto, según un sector de la doctrina,
del juicio de reproche en que consiste la segunda, en el sen-
tido en que ya lo hemos precisado. Esto significa que ambos -
conceptos, si bien se presentan como inseparables en la es---
tructura del delito, no pueden, sin embargo, confundirse.

La distinción con la responsabilidad resulta más sencii-
lla, dado que desde los tiempos de Romagnosi ya se hacía, dñ
dosele a la responsabilidad el significado que, en esencia, -
aun persiste: "Una cosa es la imputabilidad y otra la respon-
sabilidad. Por la primera atribuimos a alguno determinado ee-
fecto, como a su causa productora del mismo; por la segunda -
pretendemos que alguno está obligado a resarcir determinado -
daño y a sufrir determinada pena, por motivo de un efecto de-
terminado. La imputabilidad es cosa de hecho; la responsabili-
dad es cosa de derecho. La primera puede dar causa a la segun-
da, pero no constituirla, es decir, forma o constituye su fun-
damento legal, pero nada más".⁹⁹

En efecto, partiendo de esta tradicional concepción, aho-
ra se dice que la responsabilidad penal "es el deber de su---
frir la pena, consecuencia jurídica del delito" o "el deber -
jurídico en que se encuentra el individuo imputable de dar --
cuenta a la sociedad por el hecho realizado",¹⁰⁰ derivándose -
de ello que la responsabilidad es consecuencia de la presen-
cia de todos los elementos del delito, siendo la imputabili--

⁹⁹ ROMAGNOSI, Giandomenico, Op. cit., p. 230.

¹⁰⁰ ANTON Oneca, J., y RODRIGUEZ Muñoz, J.A., Derecho Penal, Parte Ge-
neral, Tomo I, Madrid: s.e., 1949, p. 190; CASTELLANOS Tena, F., Op. cit.
p. 219. En el mismo sentido: FRIAS Caballero, J., Op. cit., pp. 43 y 44;-
RANIERI, S., Op. cit., p. 205; LABATUD Gléna, Gustavo, Derecho Penal, Par

dad uno de sus requisitos, en cuanto forma parte de la culpabilidad.

En suma, la imputabilidad y la culpabilidad se presentan como presupuestos de la pena, en cuanto características integrantes del delito; la responsabilidad, en cambio, es -- una de las consecuencias de éste, que se concretiza en el deber del individuo de sufrir las consecuencias que la ley señala, con motivo del delito cometido.

te General, Tomo I, Chile: Edit. Jurídica de Chile, 7ª ed., 1976, p. 113; PUIG Peña, F., Op. cit., Vol. 1º, pp. 190 a 192; VELA Treviño, S., Op. cit., p. 5; VILLALOBOS, I., Op. cit., pp. 288 y 289; REYES Echandía, A., Op. cit., pp. 5 y 6. Niegan la distinción entre imputabilidad y responsabilidad, entre otros, MAGGIORE, G., Op. cit., I, pp. 483 y 484.

CAPITULO SEGUNDO

LOS FUNDAMENTOS DE LA IMPUTABILIDAD

1. Planteamiento.

¿Por qué exige la ley la imputabilidad? ¿Por qué razones están exentas de pena las personas que carecen de la llamada capacidad de culpabilidad? Es éste uno de los problemas más arduos y debatidos del Derecho penal. Suscitado desde hace mucho tiempo y discutido ampliamente hasta por los filósofos, - no sin razón se le sigue considerando fundamental, en cuanto implica indagar acerca de los fundamentos de la imputabilidad.

Si bien desde el punto de vista estrictamente jurídico - resulta en la actualidad evidente que la imputabilidad, o, si se prefiere la capacidad de culpabilidad, como capacidad de comprensión y determinación es un "concepto esencialmente técnico, no metafísico, cuya elaboración se apoya psicológica y psiquiátricamente en datos verificables"¹ y que comprende el conjunto de facultades psíquicas mínimas que debe poseer un sujeto para ser declarado culpable de determinado delito; no lo son, ni lo han sido nunca, sin embargo, las razones o fundamentos teóricos que sustentan a la misma.

¹BUNSTER, Alvaro, "Imputabilidad", Diccionario Jurídico Mexicano, - p. 1649.

En efecto, las razones por las cuales se considera que el hombre es imputable y responsable se han obtenido sobre la base de diferentes fundamentos, sobre todo filosóficos, - que se conectan con la milenaria polémica sobre la existencia o no del libre albedrío del hombre, cuya repercusión en el ámbito penal ha sido evidente, como tendremos la oportunidad de constatarlo. Por ello, la mera exposición dogmática - del tema aparecería totalmente insuficiente, máxime para nosotros, pues este problema ha dado lugar a toda suerte de equívocos, no ya meramente doctrinarios, sino infiltrados en los propios antecedentes del Código Penal vigente y en varios proyectos de reforma.

De la libertad se ha hablado en diferentes planos, básicamente filosóficos, en donde frente a la tesis de los teólogos que, como San Agustín y Santo Tomás de Aquino, con argumentos metafísicos o racionales, afirmaron vigorosamente la existencia del libre albedrío del hombre, y de aquellos otros que con argumentos de experiencia o a posteriori, esto es, de corte puramente psicológico, de naturaleza moral o de experiencia social, también sostuvieron el libero arbitrio; se han opuesto otras tantas que lo negaron, como aconteció con los defensores de la corriente determinista en sus diferentes modalidades (determinismo físico o mecánico, fisiológico o biológico, psicológico y sociológico o cultural).²

Esto demuestra que se trata de uno de los temas más controvertidos en la historia de la filosofía, cuya elucidación corresponde, por lo mismo, a los filósofos mas no a los juristas. No obstante, como lo advierte Maurach, la indagación acerca de las bases fundamentales de la imputabilidad penal "conduce, de modo necesario, a plantearse el problema de la libertad de la voluntad humana, sin cuyo estudio no cabe entrar en la esencia de la imputabilidad"³. Esto, aclaremos, no autoriza al jurista a abordarlo desde el punto de vista filosófico o metafísico, porque no es el suyo, sino sólo desde la perspectiva jurídica. Ello, sin embargo, no significa que se dejen a un lado las diferentes corrientes filosóficas que han servido de sustento, o mejor dicho, que han influido en la solución dada al problema de la libertad de la voluntad en el plano jurídico, en donde también se ha contrapuesto el determinismo al indeterminismo.

Al margen, pues, de la discusión filosófica o metafísica en torno a la libertad de la voluntad del hombre, cuya res---puesta en dicho ámbito se dificulta tanto por la profusa bi---bliografía al respecto, diversa según el punto de partida fi-

²Una exposición de estos temas hacen, entre otros, COSTA, Fausto, - El delito y la pena en la historia de la Filosofía, trad. de Mariano Ruíz Funes, México: UTEHA, 1953, y DIAZ Palos, Fernando, Op. cit., pp. 47 a -- 80.

³Op. cit., Tomo II, p. 97.

losófico o científico, como por una cierta vaguedad de las definiciones usuales, lo importante resulta, para lo que aquí interesa, poner de relieve que tal polémica, trasladada al corazón mismo del Derecho penal, como dice Bettiol⁴, se erige en el punto central de la disputa entre clásicos y positivistas. Es allí donde convergen y después se separan las diversas corrientes doctrinales, incluyéndose a los normativistas finalistas que han querido defender su propia tesis, frente aquellas otras que tratan de buscar un fundamento al principio de culpabilidad y, por consiguiente, al de imputabilidad, que no sea el de la libertad de decisión del hombre.

Así veremos que en el plano jurídico-penal el libre albedrío fue enérgicamente sostenido por los clásicos, arrumbado por los positivistas por inútil e ilusorio, dejado desdenosamente a un lado por los eclécticos e ignorado por los agnósticos. Se produce, no obstante, en nuestros días un despertar de la polémica en torno al mismo, aunque ciertamente con diferentes fundamentos y nuevos bríos.

Esto último se debe, fundamentalmente, a que el concepto que de la imputabilidad maneja la doctrina dominante, consistente como hemos visto, en la capacidad de comprender el

⁴Op. cit., p. 348.

carácter ilícito del hecho o de conducirse de acuerdo con dicha comprensión, sólo tiene sentido, sobre todo en cuanto al segundo elemento, para un planteamiento que admita la concurrencia de la libertad de la voluntad humana como base de la imputabilidad.

2. Soluciones propuestas.

Planteado el problema que se presenta cuando se trata de indagar acerca de la esencia de la imputabilidad penal, corresponde ahora analizar las diferentes doctrinas que, partiendo de bases ideológicas diversas y por cierto discrepantes, han tratado de fundamentar la inclusión de la misma en la ley penal. Estas podemos clasificarlas, además del criterio clásico, en corrientes deterministas y eclécticas.

2.1 Criterio clásico.

Consecuencia del influjo del Cristianismo, del resurgimiento del Derecho romano y del desarrollo del Derecho canónico, se abre en la Edad Media el período de la responsabilidad moral, y es precisamente por obra de los teólogos que el libre albedrío se convierte en el alma del Derecho penal, cuya formulación conocemos a través de los que se denominó Escuela Clásica.

Este criterio, cuya base filosófica se asienta en la --

doctrina del derecho natural, al señalar que el hombre es - responsable penalmente porque lo es moralmente, y es responsable moralmente por gozar de libre albedrío, porque tiene esa libertad de elegir entre el bien y el mal, llega a fundamentar a la imputabilidad en el concurso de la inteligencia y de la libre voluntad humana, de manera que donde faltara ésta, no cabía aplicación de pena alguna, cualesquiera que hayan sido las circunstancias de la acción y las condiciones propias del sujeto.

Sin perder de vista la gran variedad de tendencias que constituyeron el clasicismo, se pueden extraer de este pensamiento dos conclusiones para el tema que nos interesa:

La primera, resaltada por Cuello Calón⁵, es la de que - para que exista responsabilidad, es menester:

1ª inteligencia y discernimiento en el agente, y

2ª que goce de la libertad de voluntad, de su libre arbitrio, es decir, de la facultad de escoger entre los diversos motivos de conducta que se presentan ante su espíritu y de determinarse mediante la potencia de su voluntad.

La segunda, de que no solamente quedan excluidos de la pena sino del Derecho penal aquellos sujetos que cometan un

⁵Derecho Penal, Parte General, Tomo I, México: Editora Nacional, - 9ª ed., 1961, p. 361. En el mismo sentido, DIAZ Palos, F., Op. cit., p. 87.

un delito en condiciones de alteración de sus facultades mentales que les prive de los atributos de la inteligencia y -- del libre albedrío: "El hombre es responsable porque es inteligente y libre, antes de violar la ley en los hechos la ha violado en su corazón, y es de esa falta de lo que responde"⁶.

Tan arraigado estaba el postulado del libre albedrío y de la responsabilidad moral del hombre entre los penalistas de la época, como bases del concepto clásico de imputabili--dad, que Francesco Carrara, su máximo exponente, dijo: "Yo -- no me ocupo de cuestiones filosóficas: presupongo aceptada -- la doctrina del libre albedrío y de la imputabilidad moral -- del hombre y sobre esta base edificada la ciencia criminal, -- que mal se construiría sin aquélla. No me ocupo, por lo tan--to, de la moderna escuela anglo-germánica (nueva en los tiempos de Carrara), iniciada por aquéllos filósofos que tomaron el nombre de deterministas; escuela singular y audacísima, -- que ha intentado conciliar la negación absoluta de todo li--bre albedrío en el hombre y la legitimidad de la punición -- que la sociedad inflige a los violadores de los derechos aje nos"⁷.

Como vimos en el capítulo que antecede y sobre lo cual

⁶ SOLER, Sebastián, Op. cit., II, p. 23.

⁷ Programa, Vol. I, p. 30, nota 2.

no habremos de insistir, a partir de estos principios el --- maestro de Pisa construye todo su sistema, de tal forma que la teoría de la imputación y de la imputabilidad que constituyen el primer capítulo de su Programa, consideran al delicto en sus puras relaciones con el agente, y a éste, a su vez en sus relaciones con la ley moral, según los principios citados (libre albedrío y responsabilidad moral), inmutables e inmodificables pese al variar de los tiempos, de los pueblos y de las costumbres.

Es evidente que la doctrina clásica de la imputabilidad presupone que se haya resuelto en forma afirmativa el problema filosófico del libre albedrío, y en esto radica, precisamente, el escollo más serio con que ha tropezado esta teoría, porque al supeditar el concepto de imputabilidad al fenómeno del libre albedrío, es tanto como ubicar el problema de la libertad en el ámbito de la metafísica.

2.2 Corrientes deterministas.

El concepto clásico de la imputabilidad, basado en el libre albedrío y en la responsabilidad moral del hombre, tiene su término opuesto en las corrientes deterministas, especialmente en el positivismo penal italiano, cuyo nacimiento es consecuencia de la irrupción del método propio de las --- ciencias naturales en los estudios filosóficos y jurídicos, -

que tuvo lugar en el siglo pasado.

En dicha corriente se afirma que el hombre se determina por motivos de orden social, físico y psíquico y, por consiguiente, se niega la existencia del libre albedrío, por aparente e ilusorio. Consecuente con su negación del libre albedrío y su determinismo fatalista, el positivismo, al trasladar estas ideas al campo penal, buscó fuera de las propias calidades internas del alma del sujeto la base de la imputabilidad; así, la responsabilidad moral es suplantada por la llamada "responsabilidad social (o legal)": el primer bien que debe resguardarse es el de la seguridad social, siendo tan peligroso el hombre consciente y libre que viola la ley, como el enajenado. Por ello, centra la responsabilidad en el hombre, no existiendo para el positivismo penal, diferencia alguna entre penas y medidas de seguridad, aplicándose todas ellas a los que han delinquido, sean o no moralmente imputables.

Criticando Enrico Ferri lo que llamó "Escuela tradicionalista del derecho penal", nos dice que ésta se basaba en tres postulados: el delincuente tiene ideas y sentimientos como los de otro todo hombre; el efecto principal de las penas es el de impedir el aumento de los delitos, y el hombre está dotado de libre albedrío o libertad moral y, por ello,-

es moralmente culpable y legalmente responsable de sus actos que constituyan delitos.

A estas conclusiones, opone las siguientes: "La antropología criminal demuestra con los hechos que el delincuente no es un hombre normal y que, por el contrario, ofrece, siempre, anormalidades orgánicas y psíquicas, hereditarias y adquiridas, más o menos graves y numerosas, y más o menos corregibles; la estadística prueba que la producción del delito, el aumento, la disminución y la desaparición de los delitos dependen de otras causas, que no son las penas establecidas por los códigos e impuestas por los magistrados; la psicología positiva ha demostrado que el llamado libre albedrío es una pura ilusión y que, de cualquier modo que al respecto se piense, la cuestión filosófica del libre albedrío no puede ser la base práctica de la justicia penal"⁸

Lo relevante para el tema es la última de las observaciones de Ferri, puesto que de la negación del libre albedrío se debe concluir necesariamente que tampoco se admite la libertad de la voluntad en el hombre, fundamentando esta doctrina la responsabilidad penal en la llamada responsabili

⁸ GOMEZ, Eusebio, Enrique Ferri (Aspectos de su personalidad, síntesis y comentarios de su obra), Buenos Aires: EDIAR, 1947, pp. 154 y 155.

dad social, cuya fórmula es: "...todo hombre es siempre responsable de cualquier acción antijurídica realizada por él, únicamente porque y en tanto vive en sociedad".⁹

Se advierte, entonces, que el pensamiento central del positivismo penal consistió en la elaboración del concepto de responsabilidad social, en oposición al de responsabilidad moral, el que fundaba, como lo señala Zaffaroni,¹⁰ en un doble juego de mecanismos deterministas: "el mecanismo que lleva al individuo a ser un ente perjudicial para la sociedad, y el determinismo de esta última de defenderse", situación ésta que el propio Ferrí planteaba en los siguientes términos: "Todo ser viviente lucha por su propia existencia, y, por lo tanto, todo acto que ataque sus condiciones naturales de existencia individual o social, determina de su parte una reacción directa o indirectamente defensiva, según que ésta pueda evitar en el acto mismo las consecuencias dañosas del ataque, o que pueda impedir su repetición para el porvenir, castigando a su autor".¹¹

⁹FERRI, Enrico, Sociología Criminal, versión española de Antonio - Soto y Hernández, Tomo II, Madrid: Centro Editorial de Góngora, s.f., p. 94.

¹⁰La capacidad psíquica de delito, núm. 31, p. 37. En igual sentido Jiménez de Asúa dice: "Si el hombre está fatalmente determinado a cometer un delito, la sociedad está igualmente determinada a defender las condiciones de su existencia contra los que significan una amenaza", El Criminalista, Tomo II, Buenos Aires: Víctor P. de Zavallía editor, 1958, - p. 183.

¹¹Ibid., pp. 29 y 30.

El reemplazo de la responsabilidad moral por el de la responsabilidad social, implicó para los positivistas, paralela y necesariamente, el reemplazo del concepto de imputabilidad por el de "peligrosidad" y, además, la construcción de todo un sistema diferente del vigente hasta entonces, sin el apoyo del tan cuestionado libre albedrío.

De lo expuesto se advierte que si la Escuela Clásica yerra al concebir una libertad inmotivada, los positivistas fallan al suplantar la libertad de la voluntad humana por un determinismo más o menos fatalista. Su error, escribe Maggiore, no es predicar la libertad determinada por los motivos, sino en confundir el determinismo con el fatalismo, en darle a la causalidad un valor puramente mecánico, olvidando que todo proceso causal supone una nueva síntesis de causa y efecto.¹²

2.3 Posiciones eclécticas.

En un intento de salvar la responsabilidad jurídica y con ella al propio Derecho penal, surgen las llamadas posiciones intermedias o "eclécticas", cuyo común denominador reside únicamente en buscar las bases fundamentales de la imputabilidad penal en un soporte distinto al de la libertad hu-

¹²Cfr. MAGGIORE, Giuseppe, Op. cit., Vol. I, p. 489, y a REYES E-chandía, Alfonso, Op. cit., pp. 8 y 9.

mana, o sea, al del libre albedrío, pero sin llegar al deter
minismo radical y absoluto del positivismo. De esta forma se
trata de construir algo que ya no es más imputabilidad mo---
ral, al modo clásico, ni tampoco responsabilidad social, al
estilo positivista, sino pura imputabilidad psicológica, y -
en donde, además, el aspecto retributivo de la pena de los -
clásicos no agota el contenido del Derecho penal, pero tampo
co puede prescindirse de él, ya que el sistema sancionador -
de aquél se compone de penas y medidas de seguridad; la apli
cación de las primeras supone en el sujeto determinadas con-
diciones de capacidad; las medidas de seguridad se aplicarán
a quienes son inimputables. .

Destacan, dentro de las doctrinas eclécticas, la teoría
de la normalidad, de von Liszt; la de la identidad indivi---
dual y de la semejanza social, de Tarde; la de la intimidabi
lidad, de Alimena; y la de la voluntariedad, de Manzini.¹³

Franz von Liszt nos dice que la imputación contenida en
el juicio de culpabilidad, supone dos elementos: a) la impu-
tabilidad, y b) la imputación. Que para poder llegar a la im
putación de una conducta antisocial, resulta necesario que -
el sujeto se encuentre en un estado psíquico que le garanti-

¹³Se señalan como doctrinas eclécticas, además, la teoría de la li
bertad relativa, de Prins, y la de la voluntariedad, del Código Penal Es
pañol.

ce la posibilidad de conducirse socialmente; es decir, que - el agente posea la facultad de determinarse, de un modo general, por las normas de la conducta social, ya pertenezcan éstas a los dominios de la religión, de la moral, de la inteligencia, etc., o a los dominios del derecho.¹⁴ Concretamente, - el profesor de Marburgo señala que la imputabilidad requiere "que la psiquis del autor disponga de la riqueza necesaria - de representaciones para la completa valoración social; que la asociación de representaciones se produzca normalmente y con la velocidad normal; que la base afectiva (Gefühlsbeto--nung) de las representaciones y, por consiguiente, la fuerza motivadora de las normas generales, jurídicas, morales, religiosas, etcétera, corresponda a la medida media, y que la dirección y vigor de los impulsos de la voluntad (Willensimpulse) no ofrezcan nada esencialmente anormal...En este sentido la imputabilidad puede definirse como la FACULTAD DE DETERMINACION NORMAL. Por consiguiente, es susceptible de imputabilidad todo hombre con desarrollo mental y mentalmente sano, - cuya conciencia no se halle perturbada".¹⁵

La esencia de la imputabilidad, pues, para von Liszt, - se halla en el "contenido normal y la fuerza motivadora nor-

¹⁴Op. cit., Tomo II, p. 389.

¹⁵Ibid., p. 397.

mal de las representaciones".¹⁶ Este concepto de normalidad también implicaba la afirmación de que la imputabilidad es la "capacidad de conducirse socialmente; es decir, de observar una conducta que responda a las exigencias de la vida - política común de los hombres. Sólo en cuanto esta capacidad existe o se supone, puede ser imputada, como culpable, - la conducta antisocial. Allí donde la <facultad de adaptación social> falta, completa y permanentemente, no tiene -- ningún sentido querer encontrar móviles de conducta social, en las motivaciones contenidas en la amenaza y ejecución de la pena".¹⁷

A la teoría de la normalidad se le objeta, no sólo que la idea del hombre normal es imprecisa y difusa,¹⁸ sino también y sobre todo que no se ven las razones de que se casti-
gue únicamente a los hombres que se determinan del modo que se considera normal, porque, como lo expresa el padre Cathrein,¹⁹ "si el hombre es necesariamente impulsado por los mo-
tivos a obrar, ¿qué más da para la imputabilidad que sea de

¹⁶Op. cit., p. 397.

¹⁷Ibid., p. 396.

¹⁸ANTOLISEI, F., Op. cit., p. 435. El padre Montes, al referirse a la doctrina de von Liszt, siguiendo a Alimena, señala que: "La normalidad es una abstracción más que una realidad de la vida, en la que tan grande es la variedad de todas las cosas, que ni aun dos gemelos son ab solutamente idénticos; y, además, por la razón de que entre los delin-
cuentes, y también entre los hombres honrados, hay individuos anormales" Derecho Penal Español, Madrid, Tomo I, 1917, p. 344., citado por DIAZ - Palos, F., Op. cit., p. 99.

¹⁹Principios fundamentales del Derecho Penal, Barcelona: Gustavo Gili editor, 1911, p. 121.

terminable normal o anormalmente? En ninguno de los dos casos tiene señorío sobre su propio querer; y entonces, ¿por qué debemos imputar al determinable normalmente las acciones de un modo esencialmente diferente que al determinable anormalmente? Ninguna razón sólida puede aducir el determinista para explicar esta divergencia, por la sencilla razón de que según sus doctrinas, no puede traspasar más una ley el normalmente determinable que el que no lo es".

En esencia, la tesis del profesor alemán confirma, aunque él no lo diga expresamente, la libertad como fundamento de la imputabilidad. En efecto, hemos visto que la imputabilidad, según este autor, tiene como esencia el contenido normal de las representaciones, que viene a ser la facultad mental que permite la valoración de la conducta previa a su realización, y una fuerza motivadora normal de la propia conducta. Siendo esto así y reconociendo que la fuerza motivadora no es por sí misma productora de la conducta en forma imprescindible, sino que siempre se da en el individuo una previa valoración de la misma a través de las representaciones de la consciencia, la normal motivación indiscutiblemente viene a ser la libertad de que el individuo goza para poder actuar en cierta y determinada forma, y de tal opción surge la imputabilidad de la conducta, previa la aceptación de ser un hombre libre.²⁰

²⁰ Sánchez Tejerina, al respecto ha expresado que no pueden darse -

La teoría de la identidad personal o individual y de la semejanza social, ha sido expuesta principalmente por Gabriel Tarde. Aun cuando Tarde reconoció que la responsabilidad moral es la condición y la medida indispensable de la responsabilidad penal, señaló que el fundamento de la responsabilidad moral no debe buscarse en la libertad, sino en otros criterios y otros elementos: la identidad personal del delincuente consigo mismo, antes y después de perpetrado el delito, y su semejanza social con aquellos entre quienes convive y actúa y por los cuales debe ser castigado. Se trata de dos condiciones complementarias: la conciencia de la continuidad o identidad del propio yo (lo que no ocurre con el alienado o enajenado), combinándose con la de la semejanza social con los demás seres integrantes de la sociedad en que se vive. - Ambas determinan el surgimiento de la idea de la responsabilidad moral, base de la responsabilidad penal.²¹

Se trata, como se ve, de hacer coincidir una vez más -- con el hombre imputable, el hombre normal. No obstante, esta

más rodeos para terminar por decir lo mismo que afirman los liberoarbitristas: que la psique del autor posea la riqueza necesaria para la completa valoración social, o sea, que posea inteligencia y discernimiento del acto y de sus consecuencias, y que la dirección de los impulsos de la voluntad no ofrezca nada anormal, o sea, libertad del querer, Derecho Penal Español, Tomo I, Madrid, 5ª ed., 1950, p. 182; y Antón Oneca pregunta que si con la expresión de "hombre normal" se hace alusión al concepto vulgar de hombre imputable, este concepto popular de la normalidad ¿es algo distinto de la capacidad para elegir entre diversos motivos y, en definitiva, ser libre?, Op. cit., Tomo I, p. 195.

²¹ TARDE, Gabriel, *Philosophi pénale*, París, Stork et Masson, 1890, citado por COSTA, F., Op. cit., pp. 242 y 243.

normalidad se nos esfuma con el criterio de la semejanza social, pues si los delincuentes son, en parte por lo menos, - seres desemejantes y extraños a la sociedad en que viven, la consecuencia es que el delincuente se convierte precisamente en anormal y en inimputable, cuando lo que se buscaba era un criterio de imputabilidad.²²

Tampoco se nos presenta como satisfactorio el criterio de la identidad personal o individual, ya que es sumamente - discutible que la acción del enfermo mental no refleje su -- personalidad y que, por lo tanto, no constituya una expre--- sión de ella; y, además, no cabe duda de que el enajenado -- permanece idéntico a sí mismo, antes y después de la acción criminosa.

Otra teoría, de tendencia ecléctica, es la de la intimi-
dabilidad. Enunciada en su tiempo por Feuerbach y Romagnosi,
es acogida por Bernardino Alimena, Impallomeni y Carnevale.

²² DIAZ Palos, F., Op. cit., p. 99. Este criterio -expresa Frías Ca-
ballero-, todo lo más que ofrece es, por una parte, una aproximación o -
ciertas formas de enfermedad mental en las cuales el trastorno psicótico
emerge de la propia personalidad, diferente a la personalidad normal y,
por otra, a manifestaciones patológicas en que el proceso anómalo pertur-
ba y modifica la personalidad hasta entonces existente. Criterio etiolo-
gico, quizá útil en el campo psiquiátrico, pero escasamente concluyente
en orden a la imputabilidad penal, Op. cit., p. 69; en tanto que Antoli-
sei señala que "De todos modos, cuando se precisa que la pertenencia del
acto al autor está excluida por ciertas anomalías síquicas, no se hace -
más que repetir que solo es imputable el hombre normal, y que, por lo --
tanto, se incurre en las mismas dificultades en que se debate la teoría
de la normalidad", Op. cit., p. 435.

Impallomeni dice que la imputabilidad es el presupuesto de la responsabilidad penal, la que consiste en la posibilidad de ser imputado de un delito, o de ser penalmente responsable de un hecho; es, por tanto, el antecedente necesario de la responsabilidad. Pero la ley penal es norma coactiva de conducta, y su función específica, la de prevenir delitos, esto es, la intimidación. Mas esta función no podría subsistir si en la mayor parte de los hombres no se diese la capacidad, o la posibilidad, de sufrir la coacción psicológica de la ley penal, a virtud de su facultad de entender, o como dice Romagnosi, por la capacidad de asociar a la idea del delito la irrogación del mal amenazado y por la facultad física y moral de conformar a tal intimidación la propia conducta. No son imputables los niños ni los enfermos mentales, -- precisamente aquellos que por no sentir la intimidación no pueden ser imputables.²³

Bernardino Alimena, el principal expositor de la teoría de la intimidabilidad en el ámbito de la responsabilidad penal, rechaza, al igual que en otros temas, el criterio clásico y el positivista. A juicio suyo, yerra el primero al instituir el libre arbitrio en condición de la responsabilidad porque, aparte del problema de su existencia, el libre albe-

²³IMPALLOMENI, G.B., Istituzioni di Diritto Penale, Torino, 1911, pp. 231 a 238, citado por LUZON Domingo, M., Op. cit., I, pp. 38 y 39.

drío no sólo no es necesario, sino que es contradictorio con el concepto de responsabilidad. No es necesario, porque basta con que el sujeto no sea insensible a la amenaza de la pena, es decir, basta con que no haya sido fatalmente arrastrado al delito; es contradictorio por que si, como pretende el principio del libre arbitrio, el sujeto permaneciese indiferente entre el motivo que lo arrastra al delito y el de la pena, ésta última sería completamente ineficaz. Y yerra el positivismo al fundar la responsabilidad social sobre el simple hecho de la imputación física, porque no considera que la responsabilidad implica la "dirigibilidad" de las acciones, mediante la coacción psicológica. En consecuencia, la base de la imputabilidad penal descansa no sólo en la responsabilidad social, sino también en la capacidad para sentir la coacción psicológica ejercitada por la pena: "Si la diferencia específica de la penalidad está constituida, conjuntamente, por su eficacia como determinante social y por el tono propio con el que la consciencia colectiva la siente, se deben excluir necesariamente de su esfera de acción, todos aquellos que no pueden sentir tal coacción indirecta y mediata, y que no despiertan en los otros el sentimiento de sanción..."²⁴

²⁴ALIMENA, Bernardino, I limiti e i modificatori dell'imputabilità, Tomo I, Torino, 1894, p. 403; id., Principios de Derecho Penal, Tomo I, - Vol. I, versión española de Cuello Calón, Madrid: Suárez, 1915, pp. 204 a 209.

La crítica a la teoría de la intimidabilidad, se puede reducir a la siguiente objeción: la sola comisión del hecho criminal ¿no basta para demostrar que la coacción psicológica no fue suficientemente sentida?²⁵

Un criterio más, acogido por la legislación italiana - en los códigos penales de 1889 y 1930, es el de la pura voluntad o voluntariedad, es decir, de una voluntad sin adjetivos, y especialmente esquiva, o completamente desdeñosa, - del adjetivo "libre".

En efecto, reseña Maggioro²⁶ que Zanardelli le respondió así a quien le proponía que fundara en la libertad la imputabilidad: "Admito que la libertad de elección, que es, por decirlo así, el sello de la dignidad y de la libertad del hombre, pero creo al mismo tiempo justa la sentencia de

²⁵ZAFFARONI, E.R., La capacidad psíquica de delito, núm. 31, p. 49 Antolisei expresa: "La tesis según la cual los inmaduros y los enfermos mentales no son intimidables dista mucho de estar confirmada por el examen objetivo de la realidad, que nos dice que también los niños y los locos, por lo menos dentro de ciertos límites, son susceptibles de experimentar la eficacia de los castigos. En cambio, no parece que se pueda -- sostener que todos los demás hombres sean susceptibles de intimidación, -- ¿La experimentan acaso los individuos que por tendencia congénita o por costumbre adquirida sienten una particular inclinación al delito?", Op. cit., p. 435; y Luzón Domingo, afirma que: "A la teoría de la intimidabilidad se le puede objetar que, o el hombre es libre en sus determinaciones conscientes, o de nada sirve en él la amenaza de la pena, y, si lo primero, será innecesario hablar de su capacidad para intimidarse, pues la intimidación no tendrá otro valor que el de una mera consecuencia más de su facultad de entender", Op. cit., Tomo I, p. 40.

²⁶Op. cit., Vol. I, p. 495.

Kant de que no debe construirse un edificio legislativo sobre bases filosóficas controvertidas".

La teoría de la voluntariedad, anodina y tímida componenda entre el positivismo triunfante y el clasicismo decadente, como la califica Maggiore, no impide, según él, la subsistencia del pensamiento liberoarbitrista. Su carácter acomodaticio añade refiriéndose al código penal de 1930-, tampoco sirve para distinguir la imputabilidad moral de la social del positivismo, que tampoco prescinde del elemento voluntario, ya que la voluntad no está ausente del delito ni siquiera en la construcción positivista.

Vicenzo Manzini, cuya participación fue importante en la elaboración de la legislación penal italiana de 1930, participa de esta teoría, al señalar que es innecesario partir de la admisión del libre albedrío para la teoría de la imputabilidad penal, toda vez que una cosa es el problema de la libertad humana, de índole metafísica, y otra el fenómeno natural e innegable de la voluntad humana. En materia de imputabilidad, la voluntariedad o libertad del querer no es otra cosa, según este penalista, que la "libertad fisiopsicológica de determinarse según los motivos", independientemente de toda metafísica.²⁷

²⁷Cfr. DIAZ Palos, F., Op. cit., pp. 108 a 113.

Al examinar críticamente la tesis de Manzini, el Profesor español Díaz Palos señala que la "libertad" de que habla el penalista italiano es simplemente libertad exterior, es decir, la libertad como pura ausencia de coacción exterior (libertad no coartada por circunstancias exteriores). Basta pues, según ello, la mera comprobación de la simple espontaneidad o libertad externa, con prescindencia de la libertad interna. La voluntad libre es, sin más, la voluntad no coaccionada; esto es en definitiva, una pura libertad física.

De lo expuesto hasta aquí se puede afirmar que para los clásicos, y lo mismo cabría decirse de los eclécticos, los autores de un hecho antisocial considerado por las leyes penales como delito se dividen en dos grandes grupos o categorías: imputables e inimputables; división que subsiste hasta nuestros días. En cambio, para los positivistas de terministas, el aspecto de la imputabilidad no es decisivo y, por ello, todos los autores responden del delito por el hecho de haberlo cometido, lo que es consecuencia, a su vez, del hecho de vivir en sociedad.

3. Problemática actual.

Pese al esfuerzo de los diversos criterios que trataron de fundamentar a la imputabilidad en un soporte distin-

to al del libre albedrío, con la consolidación de la concepción normativa de la culpabilidad, numerosos han sido los penalistas que han considerado a la libertad humana como presupuesto de la imputabilidad, pero no en el sentido absoluto e ilimitado con que se le concibió en la época del clasicismo, sino con base en los conocimientos aportados por las diversas ramas del conocimiento del saber humano, produciéndose con ello una nueva polémica en torno al tema.

En el capítulo primero se había señalado que cuando la concepción psicológica de la culpabilidad, propia de la dogmática jurídico-penal de finales del siglo pasado y principios del presente, abdicó en favor del concepto normativo de la culpabilidad que la concibió como "reprochabilidad", la disputa entre el causalismo y el finalismo se centró, entre otros muchos aspectos, no tanto en la esencia de la culpabilidad, sino en cuáles eran los elementos que integraban dicho juicio; disputa que, por otra parte, no afectó a la teoría de la imputabilidad, dado que ambas posturas (normativismo causalista y finalismo) coincidían o estaban de acuerdo en que la imputabilidad como capacidad de comprensión y determinación, se presentaba como un elemento o característica básica de aquélla.

Si estas concepciones, por lo demás discrepantes, coincidían no sólo en la ubicación y en el concepto de la imputa

bilidad, sino también en cuanto a su contenido, cabe ahora - preguntarnos desde ambas perspectivas ¿cuáles son, en una y otra postura, las bases fundamentales de la capacidad de culpabilidad? A esto dedicamos el resto del presente capítulo.

3.1 Normativismo causalista.

De los muchos autores afiliados al concepto normativo - de la culpabilidad, pero dentro de un esquema causalista, ca be citar los nombres de Edmundo Mezger, en Alemania, y Giuse ppe Bettiol y Maggiore, en Italia.

Por su significativa importancia dentro del normativis- mo causalista, citemos en primer lugar a su máximo exponen- te, Edmundo Mezger, cuyo pensamiento al respecto fue evolu- cionando con el transcurso del tiempo, como lo ha puesto de relieve Navarrete Urieta en un denso trabajo titulado preci- samente "La imputabilidad en el pensamiento de Mezger".²⁸

En un principio, el que fuera Profesor de la Universi- dad de Munich sostuvo, con base en la afirmación de que la - culpabilidad jurídico-penal no lo es en sentido ético, sino jurídico, que la controversia en torno a la libertad de que- rer era independiente de la propia noción de culpabilidad y

²⁸ Este ensayo se publicó en el Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, correspondiente al Tomo XII, Fasc. I, Enero-Abril de 1959, Ma- drid, España, pp. 38 y ss.

no rozaba en lo más mínimo la referencia de la acción a la personalidad del agente que la misma suponía, ni tampoco conmovía la firme existencia del propio concepto jurídico-penal de la culpabilidad.²⁹

Al rechazar tanto un "determinismo dogmático" como un "indeterminismo dogmático", se declara partidario de lo que llama "indeterminismo del conocimiento crítico": el que todo efecto tenga su necesaria causa y que todo suceder esté dominado por la ley de la conservación de la energía en sus ambas formas no es ninguna conquista, sino una hipótesis de -- trabajo de la investigación científica. ¡Aún nadie ha sondeado por completo la total conexión del mundo corporal, cuanto menos del mundo anímico!. Pero, por otra parte, el que nuestro sentimiento de libertad, el arrepentimiento, la conciencia de la responsabilidad, etc., suministren de modo indudable la prueba de la libertad de querer, constituye una afirmación no probada, una mera "proposición de fe", lo mismo -- que la afirmación de la coacción causal, que todo lo domina.³⁰

²⁹ Cfr. MEZGER, E., Tratado de Derecho Penal, II, pp. 17 y 18. "Este tan discutido problema de la libertad del querer en el hombre, plantea la cuestión de si el principio causal, en el sentido de una conexión necesaria entre causa y efecto, ha de ser también aplicado a las acciones del hombre (determinismo) o si, frente a ello, la voluntad humana, como *liberum arbitrium*, representa una causa sui, un principio libre, no sometido a la ley de la cuasalidad, en el torrente del suceder (indeterminismo). - Debería estar fuera de toda duda que aquí se trata de una cuestión de índole filosófica y no de un problema jurídico-penal o incluso de un problema que pueda resolverse por el camino de la legislación", Ibid., pp. 18-19

³⁰ Idem, p. 21.

No obstante lo señalado, a partir de la aparición de su Grundriss (1938-1943), reconociendo ya la importancia que en el ámbito penal tiene la admisión o negación del principio de la libertad humana, sostuvo que su negación llevaría a sustituir un derecho penal de culpabilidad por un derecho penal de seguridad. Si la valoración objetiva de la conducta -dice- es perfectamente posible sin la existencia de la libertad, no lo es la formulación de un reproche personal derivado de tal conducta, porque éste es, en definitiva, la esencia de la culpabilidad.³¹

Con base en el parágrafo 51 del Código penal alemán, en sus posteriores trabajos (1944-1955) Mezger vuelve sobre el tema, exponiendo su pensamiento con mayor claridad: la base del reproche de culpabilidad es que el autor pueda obrar de manera distinta a como obró en realidad. Lo que en último término la ley exige del autor es un "dominarse a sí mismo", un ser "dueño de sus actos". No puede hablarse del delito como de un destino forzoso del hombre.³²

Ya en el Studienbuch, cuando el extinto Profesor alemán se ocupa de la legitimidad del reproche de culpabilidad, a diferencia de lo expuesto en su Tratado, señala que detrás de e

³¹ Grundriss, pp. 81 y 82, citado por DIAZ Palos, F., Op. cit., p. - 126.

³² NAVARRETE Urieta, J.M., Op. cit., p. 47, citado por DIAZ Palos, - F., Ibid., p. 127.

llo se encuentra el gran problema de la libertad del querer - del hombre, esto es, el problema del indeterminismo y del determinismo en la voluntad humana, respecto del cual queda abierta la cuestión ética. En cuanto al derecho penal, sin embargo, se justifica una posición especial, que se encuentra en la siguiente consideración: "...no estamos en condiciones de solucionar en forma empírica la cuestión de si el autor hu biera podido actuar verdaderamente de otra manera en el momento del hecho; nos falta, por lo menos, un criterio seguro --- acerca de cuando tal posibilidad existe y cuando no. Pero la vida práctica y también el derecho establecen determinadas -- exigencias normativas a las personas que pertenecen a la comu nidad social; las cuales tienden a establecer qué es lo que - se les puede reclamar corrientemente a una persona en esta si tuación externa e interna. El derecho, como regla general de la convivencia social humana, debe "generalizar", o sea referirse a conceptos y costumbres generalmente válidas. Es preci so atenerse, aun cuando la vida individual experimente con ello ciertas limitaciones, a lo que es «posible» en determina das circunstancias «típicas». Por lo tanto, es culpable, en el sentido del derecho penal, el que no cumple las exigencias a él dirigidas. De ahí se 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".³³

Finalmente, según Navarrete Urieta, también en el Leipziger Kommentar (1957), el ilustre penalista alemán concede al problema de la libertad humana bastante más importancia que en el Lehrbuch, al reconocer que sin libertad "todas las discusiones y consideraciones en torno a la imputabilidad e inimputabilidad se quedan en la superficie y muchos problemas --- prácticos concernientes a la delimitación de la imputabilidad se quedan sin resolver".

Al resumir el citado Profesor español el pensamiento de Mezger, puntualiza que en la esfera jurídica la libertad es -- una exigencia general, y su fórmula "haber podido obrar de otra manera a como el autor obró en realidad", está en la base del juicio de culpabilidad o reproche, donde la facultad de -- decidir libremente se funda en la participación del hombre en los valores suprapersonales que pueden llegar a convertirse -- en motivos eficientes de la conducta.³⁴

Desde la misma perspectiva normativista causalista, Giuseppe Bettiol, en Italia, ha sostenido el postulado de la liber

³³ Cfr. MEZGER, Edmund, Derecho Penal, Parte General, Libro de Estudio, trad. de la 6ª ed. alemana (1955) por Conrado A. Finzi, 1957, pp. 195 a 198.

³⁴ Op. cit., p. 48, citado por DIAZ Palos, F., Op. cit., p. 128.

tad humana como presupuesto ético-filosófico de la imputabilidad. Este autor entiende que cuando se habla de imputabilidad se hace referencia al hombre en cuanto ser dotado de personalidad moral. Sobre el reconocimiento de que el hombre como -- persona es un valor por excelencia, depende que subsista o se derrumbe el derecho penal, y sobre el reconocimiento de que -- puede actuar con libertad, es posible encontrar una justificación a la pena.

Si bien el Profesor de la Universidad de Padova reconoce que el problema de la libertad es de carácter práctico y no -- debe ser incluido en la esfera de la fórmula filosófica que, -- aunque verdadera, no encuentra su ubicación entre los artículos de un código, ni tampoco debe someterse a discusión en la sala de un tribunal; argumenta posteriormente que todo ello -- es cierto mientras se permanezca en un terreno legislativo o judicial, donde baste hablar de voluntariedad de la acción, -- de conciencia y de voluntad, de capacidad de comprender y de querer. No puede ya, empero, considerarse adecuado cuando se pasa al terreno científico en contacto con la suprema exigencia del derecho penal, en donde si se desea mantener a éste -- vinculado con las nociones de culpabilidad y de pena-castigo, no cabe prescindir de la idea de libertad, entendida como libertad psicológica del sujeto para actuar en un sentido antes que otro. Sin esta libertad de elección, la noción de culpabilidad como reprochabilidad pierde su único y verdadero signi-

ficado, porque lógicamente no es posible reprochar a alguien la comisión de un hecho si tenía la necesidad de ejecutarlo. Esto conduce a reconocer en la práctica, lo que se niega en teoría, o sea, la libertad moral (libre albedrío).³⁵

Sin embargo, aclara después Bettiol, cuando se habla de libertad de la voluntad o de libre albedrío, no se trata de admitir la existencia de un libre albedrío inmotivado, que de ningún modo existe en la realidad, sino de reconocer que la voluntad es libre precisamente porque es motivada, porque en la lucha entre los motivos antagónicos es capaz de autodeterminarse después de haber elegido lo que prefiere. La libertad está por completo en esta capacidad de la voluntad humana de sobreponerse a los motivos para valorarlos y escogerlos. No está sometida a su actuación. Cuando se admite esta posibilidad -concluye el Profesor italiano- de la voluntad humana de elegir entre los motivos antagónicos y de escoger uno pudiendo optar por otro distinto, es decir, de actuar en forma distinta de como actuó en concreto, se reconoce la existencia -- del libre albedrío. Este consiste en una noción filosófica, - pero encuentra su confirmación en las experiencias psicológicas y morales de todos los días.³⁶

³⁵Cfr. BETTIOL, G., Op. cit., pp. 348 a 352.

³⁶Cfr. Ibid., pp. 353 a 355.

Semejante postura adopta Giuseppe Maggiore, para quien - la imputabilidad, como conjunto de condiciones psíquicas que requiere la ley para poner una acción a cargo del agente, se resume en el concepto de libertad, el que no se entiende en - derecho penal si no se tiene conciencia del carácter profunda- mente ético de todo el mundo jurídico. La libertad -dice- como la facultad de ponerse por encima de los motivos, es una - síntesis de libertad y de necesidad, de indeterminismo y de - determinismo. Por ende, concluye, sin libertad no hay imputa- bilidad moral; sin imputabilidad moral no hay imputabilidad - jurídica; y sin imputabilidad jurídica no hay derecho penal, - ya que este triple anillo de defensa cierra el campo de éste; más allá ya no hay sitio para esta disciplina.³⁷

3.2 Normativismo finalista.

La culpabilidad, según el finalismo, es el juicio de re- proche que se formula a un individuo por no haber adaptado su conducta a la norma a pesar de que estaba en situación de ha- cerlo; es, como dice Welzel, "la reprochabilidad de la resolu- ción de la voluntad".³⁸

El reproche de culpabilidad presupone, por ello, que el

³⁷Cfr. MAGGIORE, G., Op. cit., I, pp. 487 a 493.

³⁸El nuevo sistema del derecho penal, p. 85; Derecho Penal Alemán, - p. 198. Ya en el capítulo primero habíamos señalado que en la doctrina de la acción finalista, propuesta por Welzel, la concepción normativa de la culpabilidad había experimentado otra profundización, al excluir de ésta - al dolo y a la culpa, para ubicarlos en el tipo de injusto, supra, pp. 40 y ss.

autor hubiera podido adoptar su resolución de voluntad antijurídica de un modo más correcto, es decir, conforme con la norma, y esto, aduce el que fuera Profesor de la Universidad de Bonn, no en el sentido abstracto de que algún hombre en lugar del autor, sino en el sentido concreto de que este hombre, en esta situación, hubiera podido adoptar su resolución de voluntad de acuerdo con la norma.

Este problema -prosigue Welzel- se descompone, tradicionalmente, en otros dos:

a) ¿Es posible teóricamente la adopción de la resolución de voluntad correcta en lugar de la falsa? (El problema del libre albedrío).

b) En caso de que se admita esta posibilidad, ¿tenía esta capacidad el autor concreto? (El problema de la imputabilidad, o -mejor- de la capacidad concreta de culpabilidad).

Welzel examina la problemática del libre albedrío, desde los aspectos antropológico, caracteriológico y categorial, y con base en estas tres perspectivas afirma la existencia de la libertad de la voluntad como elemento constitutivo del ser humano, pero cuidándose de no caer en los extremos del indeterminismo y del determinismo. Concretamente señala que la "Libertad de la voluntad es la capacidad de poder regirse conforme a sentido. Es la libertad de la coacción causal, ciega, indiferente a sentido, para la autodeterminación conforme a -

sentido. No es -como cree el indeterminismo- la libertad de poder actuar de otro modo (por consiguiente, también mal, o de un modo absurdo), sino para poder actuar conforme a sentido. La libertad no es, por consiguiente, la posibilidad de poder elegir arbitrariamente entre sentido y lo absurdo, el valor o el desvalor; la admisión de una libertad así, sin fundamento, nos conduciría sólo, de nuevo, al camino erróneo del indeterminismo y destruiría al sujeto de la responsabilidad.. La libertad no es un estado sino un acto: el acto de la liberación de la coacción causal de los impulsos para la autodeterminación conforme a sentido. En la falta de este acto se basa el fenómeno de la culpabilidad: culpabilidad es la falta de autodeterminación conforme a sentido en un sujeto que era capaz de ella..."³⁹

Con ello, finaliza el padre del finalismo, se llega al límite máximo en el análisis de los problemas de la libertad. La pregunta de cómo el hombre está en situación de liberarse de la compulsión causal para la autodeterminación conforme a sentido y asumir ésta como una tarea plena de sentido, no puede ser contestada, tal como no puede responderse la pregunta de cómo consigue la cuasa producir el efecto. El planteamiento mismo carece aquí de sentido.⁴⁰

³⁹El nuevo sistema del derecho penal, p. 93; Derecho Penal Alemán, - pp. 209 y 210.

⁴⁰Ibidem.

Reinhart Muarach, también de ocupa del problema de la libertad de la voluntad humana como fundamento de la imputabilidad, argumentando que ésta como la culpabilidad son incompatibles tanto con el estricto indeterminismo como con el extremo determinismo. Con el determinismo, porque al sustituir la voluntad por ciertos factores causales, el hombre no podría actuar de un modo distinto a como lo hubiera hecho, y por consiguiente, no sería posible formularle un reproche por poder actuar de un modo diverso. La pena se dirigirá, en tal caso, igual que los medios empleados para amaestrar a un animal, al instinto. No implicará ningún pathos ético. No llevará consigo ningún reconocimiento del autor como personalidad moral. Como la culpabilidad falta, la pena no podrá retribuirse. La pena del determinismo, se transformará en simple reacción final, debiendo abandonar, por tanto, la idea de justicia.

Con el estricto indeterminismo, porque si, como éste sostiene, el hombre tiene una "libre voluntad" en cuanto está en situación de adoptar sus resoluciones en el vacío, sin ser, ni poder ser influido por los factores causales que le empujan al hecho o le apartan de él, nos hallaremos en realidad, no ante una libertad fundamentadora de la responsabilidad, sino ante el arbitrio excluyente de ésta, dado que las conminaciones penales tendrá tan poca influencia sobre las

resoluciones del autor como los restantes factores causales.⁴¹

De esta confrontación entre dos posiciones inadmisibles, prosigue Maurach, se deriva la existencia y límites de una "libertad" humana volitiva, de una capacidad humana "de actuar conforme a este conocimiento". Al determinismo se le debe el reconocimiento de que toda conducta del hombre está -- condicionada por estímulos, por factores causales que le inclinan a un cierto actuar; al indeterminismo, por el contrario, la comprensión de que el hombre es capaz, en cierta medida, no sólo de conocer el valor o desvalor de este actuar al que le mueven sus impulsos, sino también de orientar activamente su voluntad conforme a la representación valorativa obtenida, en la dirección de lo sentido como "bueno", "de actuar conforme a este conocimiento"⁴²

Finalmente, después de señalar que la posibilidad de la humana autodeterminación, expresión más acertada que el de "libre voluntad", ha sido destacada en el ámbito de la moderna psicología y caracteriología, por la investigación de la personalidad, negando el paralelo determinista entre el hombre y el animal, Maurach concluye que la "capacidad de autodeterminación merece la consideración de presupuesto de la -

⁴¹Cfr. MAURACH, R., Op. cit., II, pp. 94 a 98.

⁴²Ibid., pp. 98 y 99.

imputabilidad y, por tanto, de presupuesto de todo juicio de culpabilidad".⁴³

Semejante posición adopta otro notable jurista alemán, como lo es Hans-Heinrich Jescheck, al afirmar que la culpabilidad como reprochabilidad de la formación de la voluntad, -- presupone lógicamente la libertad de decisión del hombre, -- puesto que sólo si existe básicamente la capacidad de actuar de otra forma podrá hacerse responsable al autor de haber -- llegado al hecho antijurídico en lugar de dominar los impulsos criminales: la determinabilidad de la actuación descansa en la capacidad del hombre de controlar los impulsos que sobre él inciden y de dirigir su decisión según contenidos de sentido, valores y normas.⁴⁴ Sin embargo, a diferencia de Welzel y ante la crítica de la doctrina dominante que reputa in demostrable la fundamentación del reproche de culpabilidad a través de la libertad del hombre como persona individual, -- Jescheck señala que este reproche solamente puede dirigirse al individuo en los términos siguientes: "el autor, en la si tuación en que se encontraba, hubiera podido actuar de otra forma, en el sentido de que con arreglo a nuestra experien-- cia sobre la esencia del hombre, otro en su lugar hubiera ac

⁴³Op. cit., II, p. 101.

⁴⁴Op. cit., Vol. 12, pp. 562 y 564.

tuado de otro modo en las concretas circunstancias empleando la fuerza de voluntad que posiblemente faltó al autor". Pero -culmina- la cuestión de si el acusado hubiese podido contar con la suficiente fuerza de voluntad y de qué modo se hubiera podido imponer ésta en la relación de fuerzas psicológicas caso de haberse utilizado, debe quedar sin respuesta.⁴⁵

Citemos, por último, a Zaffaroni, quien en Argentina, -precisa que la aceptación de la autodeterminación de la voluntad humana es presupuesto necesario del principio de culpabilidad, ya que cuando se desconoce este fundamento, no sólo no se puede construir la culpabilidad sino que tampoco es posible un orden que regule la conducta de entes responsables, o sea, de personas, lo que equivale a decir que es inconcebible el derecho mismo y, por consiguiente, el derecho penal.⁴⁶

Párrafos después, el Profesor argentino, antes de entrar al debate de las posiciones que niegan la autodeterminación humana como fundamento de la culpabilidad penal y a las que habremos de referirnos en su oportunidad, aclara que la autodeterminación, la libertad de la voluntad o el arbitrio, no

⁴⁵JESCHECK, H.H., Op. cit., Vol. 1º, p. 565.

⁴⁶Tratado de Derecho Penal, IV, p. 35.

es la libertad misma, sino un presupuesto de la existencia, -- en la que puede alcanzarse la libertad, punto de vista de -- donde resulta claro que la culpabilidad no presupone la libertad del hombre -- lo que sería absurdo --, sino sólo su autodeterminación. La libertad es un problema moral y no jurídico en sí mismo, puesto que el derecho no puede referirse a -- la libertad más que como su possibilitación.⁴⁷

3.3 Críticas al respecto.

De la exposición que antecede se deduce que tanto en el normativismo causalista como en el finalismo, el fundamento material de la culpabilidad y, por consiguiente, de la imputabilidad, descansa en el "poder actuar de otro modo", es decir, en la libertad de voluntad o autodeterminación de la voluntad humana, lo que constituye, precisamente, el punto de ataque al principio de culpabilidad.

En efecto, después de la consolidación de este planteamiento, frente a los embates del positivismo penal en la segunda mitad del siglo pasado, en ninguna otra época había sido él tan cuestionado por la doctrina como en los últimos --

⁴⁷ Tratado de Derecho Penal, IV, p. 40. También aceptan la libertad de la voluntad como fundamento del reproche de culpabilidad, entre otros, BACIGALUPO, Enrique, Lineamientos de la teoría del delito, pp. 79 a 81, -- WESSELS, Johannes, Op. cit., pp. 109 y 110.

años⁴⁸, en base a que la posibilidad de establecer que un hombre, en una situación concreta, pudo obrar de otro modo, o sea, acerca de la existencia del libre albedrío o libertad de actuar, es un dato científicamente indemostrable.

Ya en 1963, Karl Engisch⁴⁹ dijo al respecto que: aunque

⁴⁸ Cfr. sobre esta posición, entre otros muchos, a: GIMBERNAT Ordeig, E., "¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?", en: Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho, en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa, Bs.As., Pannedille, 1970, pp. 498 y ss.; del mismo: "El sistema del Derecho Penal en la actualidad", en: Estudios Penales, Madrid: Civitas, 1981, pp. 146 y ss.; ROXIN, Claus, "sentido y límites de la pena estatal", en: Problemas básicos del Derecho Penal, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid: Reus, 1976, p. 14; del mismo: "Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad", p. 41; del mismo: "Culpabilidad" y "Responsabilidad" como categorías sistemáticas jurídico-penales, pp. 61 y 62, ambos en: Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal, trad. de F. Muñoz Conde, Madrid: Reus, 1981; del mismo: "Sobre la culpabilidad en el Derecho Penal", en: Política Criminal y Estructura del delito (Elementos del delito en base a la Política Criminal), trad. de J. Bustos Ramírez y H. Hornazábal Malarée, Barcelona: PPU, 1992, pp. 120 y ss.; MUÑOZ Conde, F., "El principio de culpabilidad", en: III Jornadas de Profesores de Derecho Penal, España: Universidad de Santiago de Compostela, 1976, pp. 223 y ss.; del mismo: Teoría General del Delito, Bogotá: Temis, 1990, pp. 127 y ss.; CORDOBA Rolda, J., Culpabilidad y Pena, Barcelona: Bosch, 1977, pp. 23 y ss.; MIR Puig, S., "Fundamento Constitucional de la Pena y Teoría del Delito", en: La Reforma del Derecho Penal, Trabajos del Seminario Hispano-Germánico sobre la Reforma del Derecho Penal, Universidad Autónoma de Barcelona, mayo, 1979, Bellaterra (España), 1980, pp. 142 y ss.; del mismo: "Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena", en: El Poder Penal del Estado, Homenaje a Hilde Kaufmann, Bs.As., Depalma, 1985, pp. 374 y ss.; del mismo: "La perspectiva «ex ante» en Derecho Penal", en: ADPCP, Tomo XXXVI, Fasc. I, Enero-Abril, 1990, Madrid, pp. 17 y ss.; del mismo: Derecho Penal, Parte General, Barcelona: PPU, 3ª ed., 1990, pp. 584 y ss del mismo: "La imputabilidad en derecho penal", en: Psiquiatría Forense, Parte Especial (Psiquiatría y Derecho Penal), Madrid: Cursos del C.R.J.- (3), 1990, pp. 157 y ss.; BUSTOS Ramírez, J., y Valenzuela Bejas, M., Derecho Penal Latinoamericano comparado, Parte General, Tomo I, Bs.As., Depalma, 1981, pp. 229 y ss.; ZUGALDIA Espinar, A., "Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad", en: Estudios Penales. Libro homenaje al Profesor J. Antón Oñeca, Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, España, 1982, pp. 565 y ss.; HASSEMER, W., Fundamentos del Derecho Penal, trad. de F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero, Barcelona: bosch

el hombre poseyera esta capacidad (de poder actuar de otro modo) sería imposible precisar en el caso concreto si se hizo o no uso de ella; porque, aunque se pudiera repetir exactamente la misma situación en la que se actuó, habría siempre circunstancias nuevas, otros datos, etc., que la harían distinta. La capacidad de poder actuar de un modo distinto a como se hizo es, por consiguiente, ontológicamente indemostrable.

Posteriormente, al iniciarse la década de los setentas, Gimbernat Ordeig⁵⁰ expresó que: "...aunque en abstracto existiera el libre albedrío, lo que en cualquier caso es imposible es demostrar si una persona concreta en una situación -- concreta ha cometido libremente o no un determinado delito.. La conducta depende de tal multitud de elementos que cae fue

1984, pp. 281 y ss.; GOMEZ Benítez, J.M., Teoría Jurídica del Delito, De recho Penal, Parte General, Madrid: Civitas, 1984, pp. 449 y ss.; SCHÜNE MANN, Bernd, "La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo", en: El sistema moderno del derecho penal: cuestiones -- fundamentales, trad. de J.M. Sánchez Silva, Madrid: Tecnos, 1991, pp. -- 147 y ss.

⁴⁹Die Lehre von der Willensfreiheit in der Strafrechtsphilosophie-- chen Doktrin der Gegenwart, 2ª ed., Berlín, 1965, p. 24, citado por MU-- NOZ Conde, F., El principio de culpabilidad, p. 223; así como por WELZEL H., "Reflexiones sobre el «libre albedrío»", en: ADPCP, Tomo XXVI, Fasc. II, Núm. 3, mayo-agosto, 1973, Madrid, pp. 221 y ss.

⁵⁰"¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?", pp. 501 y 502. Es autor agrega que "Pretender fundar el derecho penal en el (por lo menos respecto de cada delincuente concreto) indemostrable libre albedrío es, pues, una batalla perdida de antemano; librarla, a pesar de todo, sólo puede tener como resultado aumentar la irritación de los científicos empíricos; pues es simplemente una provocación que los juristas en materias en las que no son especialistas, pretenden darles lecciones a los -- que sí lo son, o rechazar cualquier clase de diálogo con ellos decidiéndose "irracionalmente" (esto es: en una esfera no accesible a la argumen

ra de las posibilidades humanas abarcarlos y averiguar cómo han actuado en el caso concreto: un hombre -con sus siempre limitados conocimientos- no puede juzgar a otro hombre".

También Claus Roxin, al preguntarse qué es lo que realmente fundamenta en el aspecto material el reproche de culpabilidad, criticando la posición sobre el particular de Welzel, argumenta que esta posición tropieza con dificultades -tanto en sus presupuestos como en sus consecuencias: "Se basa en la aceptación de una libertad de voluntad (o libre albedrío) que escapa a la comprobación empírica"⁵¹.

En el mismo sentido que los autores citados, se pronuncian Muñoz Conde, Córdoba Roda, Mir Puig, Bustos Ramírez, Zúgaldía Espinar y Gómez Benítez, entre otros.

La indemostrabilidad de la libertad de la voluntad humana ha hecho que surjan una serie de planteamientos que van -desde aquellos que proponen la supresión del concepto de culpabilidad hasta aquellos otros que sin rechazarlo del todo, -pretenden fundamentarlo en base distintas al "poder actuar -de otro modo". Entre los que sostienen el primer criterio, -

tación) a favor del libre albedrío", Ibid.

⁵¹"«Culpabilidad» y «Responsabilidad» como categorías sistemáticas jurídico-penales", en: Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal, p. 61; también: "Sobre la culpabilidad en Derecho Penal", en: Política Criminal y Estructura del Delito, pp. 122 y 123.

se pueden citar a Gimbernat Ordeig, quien propone la sustitución de la idea de la culpabilidad por la necesidad de la pena, y a Ellscheid-Hassemer, quienes la sustituyen por el principio de la proporcionalidad. Por su parte, entre los que buscan replantear el contenido del concepto de culpabilidad, tenemos, por un lado, a Córdoba Roda, quien nos habla de la necesidad de la pena como requisito adicional de éste, y a Roxin y a Jakobs, quienes analizan a la culpabilidad desde la perspectiva de los fines de la pena; y por otro, a Muñoz Conde, Mir Puig y Gómez Benítez, quienes recurren a la función motivadora de la norma penal para desarrollar todo el tema de la culpabilidad.⁵²

Planteadas la problemática que se presenta actualmente en torno al fundamento material de la culpabilidad, limitaremos su muy interesante estudio, por razones obvias, sólo al problema de la imputabilidad como presupuesto de la pena, ya que la negación de la autodeterminación de la voluntad humana supone, en principio, la del concepto normativo de la culpabilidad y, por lo tanto, la de sus elementos.

⁵²Cfr. obras citadas en la nota 48 y, además, a Ellscheid y Hassemer, "Strafe ohne Vorwurf", en: Seminar Abweichendes Verhalten, II, 1, - pp. 267 y ss.; JAKOBS, Günter, Schuld und Prävention, 1976, pp. 9 y ss., ambos citados por STRANIEWERTH, G., El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad, trad. de E. Bacigalupo, Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980, pp. 104 y ss., y por SCHÜNEMANN, B., "La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo", pp. 158 y ss.

Si, como tradicionalmente se ha dicho, el inimputable - no puede responder penalmente de su hecho antijurídico porque actúa sin libertad ¿cuál es, en las posiciones que niegan la existencia de la autodeterminación de la voluntad humana, el fundamento de la llamada capacidad de culpabilidad?

Gimbernat Ordeig, cuya doctrina conduce a prescindir de la culpabilidad como elemento del delito y del reproche como fundamento de la pena, ha sustituido el derecho penal de culpabilidad por el de "política social": mediante el derecho penal se pretende motivar al sujeto para que no cometa delitos, y es, básicamente, la función preventivo-general de la pena la que fundamenta su existencia.

Partiendo de la sustitución de la categoría de la culpabilidad por la de la necesidad de la pena, desde un punto de vista político-criminal, ya de prevención general, ya de prevención especial, el ilustre jurista español trata de fundamentar por qué, aun prescindiendo de aquella noción del delito, no puede admitirse que se repriman con una pena los "delitos" cometidos por sujetos inimputables, y así nos dice -- que: "Desde el punto de vista del mantenimiento del orden social, proceder con una pena frente a los enfermos mentales o a los menores es intolerable y abusivo porque es también innecesario; pues que su comportamiento delictivo quede impune no disminuye en nada el carácter inhibitorio general de las

prohibiciones penales. El sujeto normal distingue muy bien - esos dos grupos de inimputables -tal vez el progreso de las ciencias empíricas puede segregar en el futuro ulteriores -- grupos del de los "normales"--, sabe que pertenece a otro grupo, y que a él sí que se le va a castigar si realiza un tipo penal; sabe, pues, que la impunidad de aquéllos no afecta a la suya. Por ello, en referencia a los sujetos "imputables" las prohibiciones penales no pierden nada de su vigor inhibitorio porque los "inimputables" queden exentos de responsabilidad criminal".⁵³

Posteriormente, en otro trabajo, en el que al decir del propio Gimbernat, continúa desarrollando estas ideas, después de señalar que de los conocimientos psicológicos de que se dispone, el Derecho penal tiene muy en cuenta dos de ellos: por una parte, la distinción psiquiátrica entre los perturbados mentales -permanente o transitoriamente- y los restantes ciudadanos (los "normales"), y por otra, que mientras que los "normales" suelen responder al estímulo del castigo, el loco reacciona ante él con mucha mayor insensibilidad; precisa en relación a los enajenados que la pena ahí no tiene sentido ni desde el punto de vista de prevención especial ni desde el de prevención general, y agrega: "Por la escasa o nula <motivabi

⁵³ "¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?", en: Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho, pp. 517 y 518.

lidad» del «inimputable», la pena no supone para él, ex ante un factor inhibitorio serio; y, ex post, una vez ya cometido el delito, el método más adecuado para su readaptación social es, no el de la pena, sino del tratamiento médico. Por otra parte, y desde el punto de vista de prevención general, la impunidad del loco en nada relaja la eficacia inhibitoria de la pena frente a los «imputables»; éstos no se identifican con aquél, se saben distintos y saben también, por consiguiente, que a ellos sí que les van a castigar si hacen lo mismo que el enajenado delincuente.⁵⁴

Se advierte, pues, que según nuestro autor, se castiga para motivar que el sujeto no delinca. Y sólo se debe castigar cuando es necesario. Como el no castigar a un inimputable, esto es, a un inmotivable, no afecta a la motivación del imputable, quedará por esa razón, fundamentada su impunidad.

Este planteamiento ha sido cuestionado, no sólo porque no explica hasta qué punto sea demostrable que a los imputables no les afecta la impunidad de quienes no lo son, sino también por su incapacidad para ofrecer una determinación conceptual de las nociones de imputabilidad e inimputabili--

⁵⁴ El sistema del derecho penal en la actualidad, en: Estudios Penales, pp. 147 y 148.

dad. Observa, en efecto, Córdoba Roda, que la vaguedad de -- los conceptos de prevención general y especial, como efectos susceptibles de una real y efectiva constatación en la reali- dad social, permite argumentar que la imposición de penas a los inimputables - o a cierta clase de ellos- puede estar -- justificada bajo los indicados puntos de vista preventivos, - y no estarlo en relación con los sujetos imputables. De ahí que este autor precise que: "...si la sanción penal puede re- sultar, como con gran frecuencia lo es, innecesaria para el sujeto <normal>, y necesaria, en cambio, para el individuo <anormal>, no cabe, evidentemente, definir las categorías - de la <normalidad> y <anormalidad> - o las de imputabili- dad e inimputabilidad- en virtud de los criterios de la nece- sidad y de la innecesiedad de la pena".⁵⁵

Desde el prisma de los fines de la pena, Claus Roxin -- formula su tesis de que la culpabilidad no debía constituir el fundamento, pero sí el límite de la pena.

En diversos trabajos,⁵⁶ en los que el profesor alemán in

⁵⁵ Cfr. CORDOBA Roda, J., Culpabilidad y Pena, pp. 38 y ss. En igual sentido: CEREZO Mir, J., "Culpabilidad y Pena", en: ADPCP, Tomo XXXII, - Fasc. II, mayo-agosto, 1980, Madrid, pp. 348 a 352; MUÑOZ Conde, F., en: Introducción a la obra de Roxin, Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal, pp. 23 y ss.

⁵⁶ Cfr. los trabajos de este autor citados en la nota núm. 48 y, además, "Culpabilidad, prevención y responsabilidad en Derecho Penal", en -- Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal, pp. 147 a 186; Política Crimi- nal y Sistema del Derecho Penal, trad. de F. Muñoz Conde, Barcelona: ---- Bosch, 1972, pp. 67 y ss.; Iniciación al Derecho Penal de Hoy, trad. de -

tenta superar la polémica determinismo-indeterminismo, perfilando su concepción de la culpabilidad a la luz de los principios político-criminales de la teoría del fin de la pena: no es necesario acudir a la demostración del "poder actuar de otro modo distinto" para fundamentar la existencia de la culpabilidad que puede delimitarse por las necesidades de una "prevención" condicionada por los fines de la pena.

Tras el rechazo del concepto de culpabilidad como fundamento de la retribución, pero admitiéndolo como principio limitador de la pena, estima Roxin superado el problema de la libertad de la voluntad humana: "El determinista sólo puede mostrarse satisfecho con un principio de culpabilidad que -- tenga una función limitadora, pues la idea de retribución, -- que fundamenta consecuencias jurídicas perjudiciales en una hipótesis científicamente indemostrable y que está expuesta a una crítica determinista legítima, pierde de este modo su importancia político-criminal... Pero tampoco el indeterminista, que concede a la persona por lo menos un cierto ámbito de libre decisión, apenas puede elegir otro camino que el aquí propuesto; aunque ciertamente el problema de la culpabilidad le inquietará menos que al determinista, a pesar de -- que en el caso concreto apenas podrá demostrar la posibilidad de poder actuar de otro modo. Por las razones de tipo po

lítico ya señaladas, tampoco puede hoy el indeterminista pasar de una aceptación acrítica de la libertad de voluntad y de la culpabilidad a un sistema jurídico estatal en el que domine la retribución independiente de la prevención, porque una tal retribución libre de fin es absurda desde el punto de vista político-criminal. De este modo -concluye Roxin- puede servir también al indeterminista la idea de culpabilidad entendida como límite del poder de intervención estatal, con lo que la polémica en torno a la libertad de voluntad puede estimarse en el fondo como irrelevante para el Derecho penal".⁵⁷

Respecto a la imputabilidad (al igual que en el caso del error de prohibición invencible), siguiendo a Gimbernat, expresa que la exclusión de la responsabilidad se puede explicar exactamente igual por la falta de necesidad de prevención jurídico-penal que desde el punto de vista de falta de culpabilidad. La no motivabilidad por la norma y la exclusión de necesidades de prevención general hace que resulte adecuada la renuncia a sanciones jurídico-penales con total independencia de si se atribuye o no al hombre por principio la capacidad de actuar de otro modo...el hecho socio-psicológico de la experiencia humana de la culpabilidad penetra directamente --

⁵⁷ Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad, en: Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal, pp. 54 y 55.

dentro de los componentes preventivo-generales de la responsabilidad: "Si los hombres dicen del sujeto inimputable: «El no puede hacer nada al respecto», por eso mismo desaparece ya todo efecto ejemplar potencial del hecho. La imposibilidad de una individualización extrema y el hecho de que sea inevitable una cierta generalización normativa orientada por las exigencias del orden jurídico, hacen que incluso resulte más adecuado un modelo de explicación de tipo preventivo"⁵⁸.

Como ya se puso de manifiesto en la crítica a la tesis de Gimbernat, no es posible deducir de las exigencias de la prevención general y de la prevención especial que se apliquen a los inimputables únicamente medidas de seguridad, ya que muy bien se puede plantear desde el punto de vista de la prevención general que la pena es necesaria respecto de los inimputables, como también podría serlo con base en el criterio de la prevención especial, con lo cual éstos tendrían ciertamente más razones para temer las medidas estatales que los propios imputables.

Tampoco Muñoz Conde, ni Mir Puig, se muestran conformes con el fundamento clásico de la imputabilidad, puesto que también para ellos, ésta (la imputabilidad) al igual que la cul-

⁵⁸ «Culpabilidad» y «Responsabilidad» como categorías sistemáticas jurídico-penales", en: Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal, p. 77.

pabilidad, guardan relación directa con la motivabilidad.

Estos autores pretenden encontrar la base de la imputabilidad penal, no tanto en la "libre determinación de la voluntad humana", sino en la capacidad de motivación del sujeto -- por las normas penales.

Congruente con la opinión de aquellos que señalan que el rechazo del concepto tradicional de culpabilidad no significa necesariamente tener que renunciar al mismo como categoría jurídica-penal, sino la necesidad de buscarle un fundamento distinto al del "poder obrar de otro modo", Muñoz Conde nos dice que, a su juicio, dicho fundamento hay que buscarlo en la función motivadora de la norma penal, dado que lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios haceres posibles, sino en que la norma penal le motive 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.⁵⁹

La "motivabilidad", como "capacidad para reaccionar fren

⁵⁹Sobre la función motivadora de la norma penal, Cfr. MUÑOZ Conde, F., "Función de la norma penal y reforma del Derecho penal", en: NPP, Año 2, 1973, BS.As., pp. 397 y ss.; Introducción al Derecho Penal, Barcelona: Bosch, 1975, pp. 50 y ss.; "El principio de culpabilidad", en: III Jornadas de Profesores de Derecho Penal, pp. 229 y ss.; Derecho Penal y Control Social, España: Fundación Universitaria de Jerez, 1985, pp. 31 y ss. En forma crítica: BAJO Fernández, M., "Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma", en: Estudios Penales, Tomo I, España: Universidad de Santiago de Compostela, 1977, pp. 11 y ss.

te a las exigencias normativas" o como "posibilidad de motivación por normas" es, según este autor, la facultad humana fundamental que, unida a otras que le son intrínsecas (inteligencia, afectividad, etc.), permite la atribución a un sujeto de la acción por él cometida y, como consecuencia, la exigencia de la correspondiente responsabilidad.

Como a partir de un determinado desarrollo mental, biológico y cultural del individuo, se espera que este pueda motivarse por los mandatos normativos, "la capacidad de motivación a nivel individual, la capacidad para motivarse por los mandatos normativos, es lo que constituye la esencia de lo que llamamos imputabilidad"⁶⁰ de tal modo que en la medida en que esa capacidad no haya llegado a desarrollarse por falta de madurez o por defectos psíquicos de cualquier origen, no podrá hablarse de culpabilidad.

Mir Puig, por su parte, tras señalar que si bien de los distintos caminos que se han expuesto en torno al problema que nos ocupa, el más correcto es aquel que afirma que el --inimputable es un sujeto no motivable mediante normas, considera que esta formulación, tan radical como la de "no poder actuar de otro modo", puede ser objeto, como ésta, de cier--

⁶⁰MUÑOZ Conde, F., Teoría General del Delito, p. 140.

tas objeciones, ya que si la experiencia ha demostrado que la mayoría de los inimputables no delinquen, es prueba de que sí hacen mella en ellos las normas jurídicas a través de su interiorización o simplemente de su reflejo más o menos informal y difuso en la vida social, aunque no generalmente mediante el conocimiento de la ley, lo que conlleva a señalar que no es exacto que los inimputables no sean en absoluto motivables normativamente.⁶¹

Lo anterior se debe, según este autor, a que, a diferencia de lo que ocurre cuando se halla ausente la propia acción, no falta al inimputable toda posibilidad de entrar en contacto intelectual con la norma, sino que en cuanto aquél actúe conscientemente, la norma puede incidir en su proceso de motivación: "Lo que sucede es que, al hacerlo, la norma no puede -- desplegar la intensidad motivadora que normalmente posee. Pero que de algún modo puede la norma motivar al inimputable -- es algo que intuye la doctrina cuando sostiene que, pese a -- su falta de culpabilidad, el inimputable que mata a otro o -- comete otro hecho previsto por la ley penal realiza un hecho

⁶¹Cfr. del autor: Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho, Barcelona: Bosch, 1979, pp. 66 y ss.; "Fundamento constitucional de la pena y teoría del delito", en: La reforma del Derecho penal, pp. 143 y ss.; "Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena", en: El Poder Penal del Estado. pp. 374 y ss.; "La perspectiva «ex ante» en Derecho Penal", pp. 17 y ss.; Derecho Penal, pp. 586 y ss.; "La imputabilidad en Derecho penal", en: Psiquiatría Forense, pp. 157 y ss.

antijurídico, es decir, un hecho que la ley no le permite "a priori". Si por el hecho lesivo del enfermo mental no se le castiga, ¿por qué se dice que sigue prohibiéndosele y que no se le permite? Pues porque se intuye que decirle al enajenado a priori, "en tu situación tū puedes matar - lícitamente", podrá influir en el sujeto pese a su falta de imputabilidad, y, por tanto, porque se piensa que el - mentenimiento de la prohibición frente al inimputable pue de tener alguna eficacia motivadora".⁶²

Se advierte entonces que para Mir Puig, ni la idea - tradicional del libre albedrío ni la imposibilidad absolu ta de ser motivado por las normas pueden fundamentar la - exclusión de la responsabilidad penal del inimputable, si no su incapacidad normal de motivación: "Aunque el enfermo mental, como todo inimputable, no deja de ser totalmen te motivable por la norma, su decisión no puede conside-- rarse producto de un proceso de motivación normal. En el inimputable concurren unas condiciones mentales que dismi- nuyen por debajo del límite de los que consideramos normal las posibilidades de que dispone el sujeto a priori para a tender a la llamada de la norma. Los oligofrénicos, como -

⁶²"Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena", - p. 381. También en: Función de la pena y teoría del delito en el Esta do Social y Democrático de Derecho, pp. 70 y 71; "Fundamento constitu cional de la pena y teoría del delito", pp. 146 y 147; Derecho Penal, p. 587; "La imputabilidad en Derecho Penal", p. 157.

los menores, no pueden comprender suficientemente el sentido y alcance de la amenaza penal. Los enfermos mentales tampoco pueden captarla siempre sin deformar su significado cuantitativo (esto es, la intensidad de la amenaza) o cualitativo (es decir, su naturaleza). Ello redundaría en una inferior capacidad del inimputable para cumplir el mandato normativo en comparación con las posibilidades de que dispone el hombre que actúa normalmente".⁶³

Imponer al inimputable, concluye el citado autor, pese a su inferioridad, la pena prevista para el hombre normal, supondría sancionar con una dureza desigualmente excesiva una desobediencia de la norma que un hombre normal comprende y disculpa, porque advierte que se debe a una inferioridad decisiva de las condiciones de resistencia del autor frente a la tentación criminal: "No cabe castigar a los inimputables, porque extender a ellos la pena en su situación de incapacidad de resistencia normal frente a los impulsos criminales supondría elevar el nivel de lo exigible penalmente para los inimputables por encima del que se impone al hombre normal. Tratar a los inimputa

⁶³"Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena", p. 381. También: Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho, pp. 72 y 73; "Fundamento constitucional de la pena y teoría del delito", p. 147; Derecho Penal, p. 587 "La imputabilidad en Derecho Penal", pp. 161 y 162.

bles como normales desconociendo que carecen de una capacidad normal para atender a la llamada de la norma vulneraría, en una palabra, el principio de igualdad ante la ley".⁶⁴

En resumen: como los inimputables no son plenamente inmotivables, sino anormalmente motivables, o sea, que su capacidad de recibir el mensaje motivacional coactivo del derecho penal no es normal, en comparación con el término medio de las personas, la imputabilidad significará en este sentido "capacidad normal de motivación".

Desde este punto de vista, lo importante ya no es establecer si un individuo en un momento determinado pudo o no actuar de otra manera, sino constatar la motivabilidad del mismo, esto es, su capacidad para recibir el mensaje motivacional que la norma penal lleva consigo. Sin embargo, esta concepción de la imputabilidad como capacidad normal de motivación no presenta menores dificultades que la que pretende sustituir, puesto que, por un lado, la determinación del concepto de motivación normal implica un juicio de valor en el que pueden influir, ciertamente, consideraciones de prevención general y especial; y por otro, que la comprobación de

⁶⁴"Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena", p. 382; Función de la pena y teoría del delito en un Estado Social y Democrático de Derecho, p. 73; "Fundamento constitucional de la pena y teoría del delito", pp. 147 y 148; "La imputabilidad en Derecho Penal", p. 162; "La perspectiva «ex ante» en Derecho Penal", pp. 20 y 21.

si un delincuente, en la situación concreta en que se hallaba, era susceptible de motivación normal por la norma, no es menos difícil que la comprobación de si podía o no actuar de otro modo.

A nuestro juicio, esta concepción, en el fondo, no sólo no contradice sino confirma la capacidad de la autodeterminación humana como base de la imputabilidad, dado que si ésta es concebida como capacidad normal de motivación que supone que es imputable aquél que puede ser motivado por la norma, y no lo es aquél que no está en condiciones de ser afectado por el mensaje de la misma, cabe de nuevo plantearse si para motivarse no será necesario un cierto grado de libertad, de forma que al sujeto que no tiene posibilidad de optar entre una u otra conducta, poco podrá motivarle el mensaje normativo.

Con lo anterior no pretendemos afirmar que definir a la imputabilidad como "capacidad normal de motivación" o simplemente como "capacidad de motivación" sea incorrecto, que en principio no lo es, sino tan sólo poner de relieve que ésta fórmula no logra diferenciarse en lo esencial de la de quienes consideramos a la imputabilidad como "capacidad de culpabilidad" y basamos a ésta en la autodeterminación de la voluntad del ser humano.

4. Síntesis valorativa.

A lo largo de la exposición que antecede hemos visto que el problema del fundamento de la imputabilidad penal ha tenido, salvo en la posición de los deterministas, una estrecha relación con el problema de la libertad de la voluntad humana, por cuanto ésta con la consolidación de la concepción negativa de la culpabilidad, se ha convertido en el presupuesto necesario de todo derecho penal orientado, entre otros, por el principio "nullum crimen sine culpa".

Es evidente que el principio de culpabilidad, producto de un largo desarrollo jurídico y cultural, presupone lógicamente la autodeterminación de la voluntad humana, por cuanto sólo si se reconoce esa capacidad al hombre podrá justificarse y tener sentido la existencia de los mandatos y prohibiciones que encierran las normas penales y, por consiguiente, la existencia misma del derecho penal.

Al margen de que tan indemostrable es la existencia, en el caso concreto, de la libertad humana, como su no existencia,⁶⁵ en verdad el derecho penal de culpabilidad no requiere para su legitimación -cuando menos en el sentido en que hoy

⁶⁵ Sobre el particular, veáse a: MEZGER, E., Derecho Penal, Libro de Estudio, pp. 196 y ss.; MORENO Hernández, Moisés, "Consideraciones dogmáticas y político-criminales en torno a la culpabilidad", en: Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal (1981), México: UNAM, 1982, pp. 146 y ss.

se le concibe- la prueba de la libertad de la voluntad, dado que la idea de ésta como de la responsabilidad del hombre adulto y mentalmente sano, constituye una indudable realidad de nuestra conciencia social y moral que podemos expresar en los siguientes términos: del mismo modo que en una sociedad determinada, todos partimos de la certeza de la libertad como presupuesto de nuestra actuación y esperamos igualmente - una conducta libre de los demás hombres, resulta evidente la responsabilidad de todo hombre que vive en sociedad frente a todos los demás hombres.

En ese contexto, el problema del fundamento de la imputabilidad penal se reduce a un problema normativo, no ontológico: sólo en la medida en que se reconozca al hombre su capacidad de autodeterminación o, si se prefiere, de motivación, se le puede razonablemente prohibir o mandar algo, y se le puede exigir su correspondiente responsabilidad; en caso contrario, sería admitir y justificar lo que el derecho penal ha superado: responsabilizar al hombre de fenómenos en los que su voluntad no tiene injerencia alguna.

La imputabilidad, concebida como capacidad de comprensión y determinación, tal como lo hace nuestra ley positiva, sólo tiene sentido para un planteamiento que considere al hombre como un fin en sí mismo y no como un medio para el logro de otros fines, esto es, para un planteamiento que admi-

ta la concurrencia de la autodeterminación de la voluntad - humana como base o presupuesto del derecho penal, de la culpabilidad y, por consiguiente, de la imputabilidad.

CAPITULO TERCERO

EL ASPECTO NEGATIVO DE LA IMPUTABILIDAD.

1. Planteamiento.

Una vez expuesto lo relacionado con el ámbito positivo de la imputabilidad, como es común en la exposición istemática de los caracteres del delito, corresponde ahora que se --trate lo concerniente a su aspecto negativo (inimputabili---dad), incluyendo las consecuencias jurídicas que la propia -inimputabilidad trae consigo.

Si la imputabilidad radica, según se vió en el capítulo primero, en la capacidad del sujeto para comprender el carácter ilícito del hecho y de conducirse conforme a esa comprensión, la inimputabilidad supone, consecuentemente, la ausencia de dicha capacidad, esto es, incapacidad para comprender el carácter ilícito del hecho o bien para conducirse de acuerdo con dicha comprensión.

Salvo algunas legislaciones penales como la italiana, -la mayor parte de ellas no proporciona una noción positiva -de lo que se entiende por imputabilidad, limitándose única--mente a señalar, o bien las causas que la anulan, o bien los efectos necesarios que la excluyen, o ambos a la vez (causas y efectos).

Ello se debe al hecho, como ya lo ha puesto de relieve

Welzel, de que la constatación de la capacidad de que se trata, en el caso concreto, no es susceptible de percepción teórica, sobre todo por terceras personas, ya que, en todo caso, su estudio se refiere a la "psique" del ser humano, es decir, a algo que por su propia naturaleza es subjetivo, lo cual será siempre un problema abierto en el terreno de la imputabilidad. Con justa razón Welzel ha expresado que:

La capacidad de culpabilidad concreta de un hombre no es en absoluto objeto de conocimiento teórico, por eso es que con razón los siquiátras conscientes de su responsabilidad -- rechazan responder este problema en forma "científica". Ellos pueden naturalmente constatar la existencia de determinados -- estados mentales anormales, como en enfermedades mentales, -- perturbaciones de la conciencia, etc., pero ya la exclusión -- de la capacidad de culpabilidad en estos estados queda fuera de su -- como de todo -- juicio científico. Todo conocimiento --- científico encuentra aquí su límite, puesto que no puede convertir en objeto algo que por principio no es susceptible de objetivación, esto es, la subjetividad del sujeto. Aquel acto por el cual el hombre se eleva del mundo de los objetos de la experiencia para convertirse en sujeto autoresponsable, escapa a toda posibilidad de objetivación. Es lo no objetivo por antonomasia, lo que nunca puede ser objetivado sin que sea -- destruido en su mismidad. (1)

El juicio acerca de la capacidad de culpabilidad de un hombre se presenta, entonces, como de más accesible formulación desde el aspecto negativo que del positivo; cuestión ésta que las leyes penales toman en cuenta al excluir --partiendo en principio de que generalmente todos son imputables-- a --

¹Derecho Penal Alemán, p. 215; El nuevo sistema del derecho penal, -- pp. 94 y 95. En igual sentido: MEZGER, E., Derecho Penal, Libro de Estudio, p. 196.

aquellos que no son todavía o no lo son ya, debido a su falta suficiente de desarrollo intelectual o a su permanente o transitoria anormalidad psíquica, de entre los capaces de -- comprender lo ilícito de su hacer o de conducirse de acuer-- do con dicha comprensión.

En base a ello se advierte, también, que en este aspecto del delito, como en ningún otro, el juzgador tendrá necesariamente que recurrir a la peritación psiquiátrica para po der determinar en cada caso concreto si el sujeto es o no imputable. Esto no implica que los peritos lo sustituyan, sino que, como auxiliares suyos le aporten los elementos de juicio, en función de su especialidad, para que sea el propio juzgador quien valore, en todo caso, si el sujeto actuó en un estado tal que no tuvo la capacidad suficiente para comprender la ilicitud de us hecho y/o para determinarse de acuerdo con esa comprensión.

Aun cuando, como lo veremos en el transcurso de este capítulo, la imputabilidad posee un contenido naturalístico, - ninguna duda cabe de que se trata de un concepto eminentemente jurídico, como lo prueba el hecho de que, en fin de cuentas, corresponde únicamente al juez valorar en cada caso la imputabilidad o inimputabilidad de un determinado sujeto en una determinada situación.

2. Métodos o criterios.

Tradicionalmente se ha señalado que el legislador dispone de tres métodos o criterios para configurar las fórmulas legales de la incapacidad de culpabilidad, a los que impropiamente se les ha llamado método biológico o psiquiátrico - puro, método psicológico y método mixto, combinado o biopsicológico.

Al margen de lo que posteriormente se expondrá, desde ahora cabe señalar que frecuente y justificadamente cada uno de los citados métodos ha sido criticado por la doctrina, dado que no reflejan con exactitud la naturaleza esencial de la eximente de que se trata. Así lo hace, por ejemplo, Maurach, y más recientemente, Jescheck. El primero, al referirse al método legal para la determinación de la inimputabilidad, argumenta que la terminología tradicional es desafortunada porque "ni se limitan los estados enunciados en la ley a los de naturaleza biológica, ni son sus efectos de especie psicológica"², siendo en su opinión más acertada la terminología adoptada al respecto por M.E. Mayer de bases "etiológicas" y efectos "sintomáticos", o la contraposición hecha por Mezger entre método "descriptivo" y "valorativo", o entre --

²Op. cit., II, p. 103.

causas "orgánicas" y efectos "normativos". Jescheck,³ por su parte, refiriéndose al método mixto (psicológico-biológico) adoptado por el parágrafo 20 del Código penal alemán, considera que la expresión no es exacta y que mejor sería hablar de método "psíquico-normativo", puesto que dicha fórmula, en realidad, se refiere a una causa psíquica y a un criterio de valoración jurídica.

Estas salvedades, no son cuestiones insignificantes o de detalle, como pudieran en principio parecer, sino de fundamental importancia teórica y práctica, ya que, como lo dice Zaffaroni, "nuestro código no clasifica a los hombres en "locos" de competencia médica y "cuerdos" de competencia judicial, sino en hombres a los que en el momento del hecho -- puede exigírsele o no la adecuación de su conducta a derecho"⁴.

2.1 Criterio biológico o psiquiátrico puro.

El método biológico o psiquiátrico puro consiste en enumerar los factores cuya concurrencia es necesaria y suficien

³Op. cit., 12, p. 600, nota 19. Congruente con este autor se manifiesta Zaffaroni, Tratado, IV, p. 121, y de modo semejante Welzel califica al método mixto de "psicológico-normativo", Derecho penal alemán, p. 218, y Rudolphi, de "biológico-normativo", citado por JESCHECK, Ibid.

⁴Tratado, IV, p. 121.

te para sostener la inimputabilidad de un sujeto, sin que se señale la razón por la cual dichas causas traen aparejada la correspondiente incapacidad de culpabilidad. Así, el método biológico puro se apoya en consideraciones de orden biológico u orgánico relacionadas con el fenómeno de la inmadurez mental (v.gr. minoría de edad y sordomudez), y el psiquiátrico elabora la excluyente sobre supuestos de anormalidades -- biopsíquicas identificadas clínicamente (v.gr. demencia, enajenación, alienación o alteración mental, trastorno mental, etc.)

Modelo clásico de este sistema lo constituye el primer supuesto del artículo 64 del Código penal francés de 1810, - al expresar que "Il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action..." (No hay crimen ni delito, cuando el sujeto se encontraba en estado de demencia al tiempo de la acción)⁵.

También se puede citar el artículo 8º, números 1º y 2º, del Código penal español de 1932, que dicen: "Estan exentos

⁵Maurach cita como ejemplos el número 2, artículo 120, del Código penal bávaro de 1813, el parágrafo 40 del Código penal prusiano de 1851 ("No existe crimen ni delito, si el autor al tiempo del hecho, era loco o idiota"), Op. cit., II, p. 103; y Mezger se refiere a los primeros proyectos suizos: el Anteproyecto de 1893, artículo 8; el Proyecto de 1894, artículo 8, párrafo primero, y el Proyecto de 1896, artículo 11, párrafo primero, que dice: "No es punible el que al tiempo del acto se hallaba en estado de enfermedad mental, imbecilidad o incoscienza", -- Tratado, II, p. 79.

de responsabilidad criminal: 1º El enajenado y el que se halla en situación de trastorno mental transitorio, a no ser - que éste haya sido buscado de propósito para delinquir...2º El menor de dieciséis años..."⁶

Como puede verse, si bien en los citados ordenamientos se alude como causas que eximen de responsabilidad penal a la demencia (Código penal francés), a la enajenación, al --- trastorno mental transitorio y a la minoría de edad (Código penal español), no se indica, sin embargo, la razón por la cual dichos estados hacen al sujeto inimputable. Precisamente a partir de este punto se han encauzado las primeras críticas a los códigos que, como los mencionados, siguen el sistema biológico o psiquiátrico puro en la formulación de las causas de inimputabilidad.

En efecto, a la practicabilidad de un tal método se ha opuesto no sólo el deber recurrirse a vocablos cuyo concepto y significado, o no es universalmente válido o se presenta - sumamente estrecho, sino también el que dichos estados, por sí solos, resultan insuficientes para acarrear la correspondiente incapacidad de comorender el carácter ilícito del he-

⁶Código penal español, Texto refundido conforme a la Ley 44/1971, - de 15 de noviembre, Edición Oficial, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1973.

cho o de conducirse conforme a esa comprensión. Esto ha motivado que en los países en los que ha tenido acogida este sistema, la doctrina y la jurisprudencia se hayan visto en la necesidad de completar, por decirlo así, lo que sus leyes no han manifestado expresamente.

Muñoz Conde, por ejemplo, como otros muchos tratadistas españoles, ha expresado que si bien el actual Código penal español se estructura sobre un modelo biológico puro, la doctrina y la jurisprudencia, a la hora de su aplicación práctica, han completado la fórmula legal con una serie de referencias psicológicas, señalando que la enajenación y el trastorno mental transitorio deben tener como efecto, para ser relevantes penalmente, la perturbación plena de las facultades psíquicas que impidan al sujeto el conocimiento de la ilicitud de su comportamiento o de orientarse conforma a dicha comprensión.⁷

⁷"La imputabilidad desde el punto de vista médico y jurídico-penal" en: DPC, Vol. 10, No. 35, mayo-agosto, 1988, Bogotá; Teoría general del delito, p. 144. En el mismo sentido, Gimbernat Ordeig dice que: "A pesar de que el Código Penal...ha adoptado una fórmula biológica pura, la doctrina y la jurisprudencia, interpretan el artículo 8, número 1, en el sentido de la fórmula mixta (biológica-psicológica). Así, en referencia a la enajenación y al trastorno mental transitorio, la jurisprudencia exige, para que puedan acogerse como eximentes, que la enfermedad mental y la perturbación impidan al sujeto discernir entre lo justo y lo injusto o actuar de acuerdo con ese conocimiento". Introducción a la parte general del Derecho Penal Español, Madrid: Universidad Complutense, 1979, p. 71; CORDOBA Roda y RODRIGUEZ Mourullo, señalan: "La situación integrante de la enajenación o del trastorno mental transitorio, equivale a la plena perturbación de las facultades psíquicas, que impide al sujeto conocer la antijuridicidad de su conducta u orientar su actividad conforme a dicho -

Lo anterior demuestra, por una parte, que en el propio campo biológico o psiquiátrico no basta con la sola existencia de la demencia, enajenación o enfermedad mental para que se declare la inimputabilidad de un sujeto. Es necesario, además, que la afección sea de tal magnitud que produzca efectos sobre la capacidad de comprensión y/o determinación del sujeto, por muchos que las leyes se concreten sólo a mencionar las primeras; y por otra, que las legislaciones más modernas se hayan apartado de dicha orientación.⁸

2.2 Criterio psicológico.

La orientación psicológica se limita, en contraste al criterio biológico o psiquiátrico, a indicar los efectos psicológicos que jurídicamente son relevantes para calificar a un sujeto de inimputable, independientemente de las causas o factores que los provocan.

Desde este punto de vista, la causa es irrelevante, lo importante es el efecto: la incapacidad del sujeto para cono-

conocimiento", Comentarios al Código Penal, Tomo I, (Artículos 1-22), -- Barcelona: Ariel, 1972, p. 207. También: DIAZ Palos, F., Op. cit., pp. 222 y ss.; DIAZ-Maroto y Villarejo, Julio, "El enajenado y su tratamiento jurídico-penal", en: ADPCP, Vol. 41, No. 2, mayo-agosto, 1988, Madrid pp. 467, 470 y ss.; GOMEZ Benítez, J.M., Op. cit., pp. 458 y ss.; CEREZO Mir, José, "El tratamiento de los semiimputables", en: ADPCP, Tomo XXVI, Fasc. I, enero-abril, 1973, Madrid, p. 22.

⁸En América, sólo los Códigos penales de Haití y República Dominicana, siguen el modelo del Código penal napoleónico, Cfr. RUA, Jorge de la La Codificación Penal Latinoamericana, Caracas (Venezuela): Universidad Central de Venezuela, 1982, pp. 97 y ss.; Sistemas Penales y Derechos Hu

cer el sentido de la prohibición y de comportarse de acuerdo con tal conocimiento.

Prototipo de este criterio es el número 2º del artículo 11 del Código penal checoslovaco de 1962, al establecer:

Quien no ha podido comprender en el momento del acto que su conducta era peligrosa para la comunidad o no ha podido dominar su conducta, no es penalmente responsable por dicho acto. (9)

En nuestro país participa de esta orientación el Código penal de Veracruz de 1980, al disponer en su artículo 20, -- fracción IX, primera parte, como causa que excluye la inculminación:

Que el agente en el momento de realizar la conducta o hecho, a virtud de cualquier causa, no tuviera la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, con excepción de aquellos casos, en que el sujeto activo haya provocado dolosa o culpablemente dicho estado.

Al igual de lo que acontece con el criterio biológico o psiquiátrico, en el sistema psicológico la doctrina y la ju-

manos en América Latina (informe final), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Buenos Aires: Depalma, 1986, p. 47.

⁹ Mezger cita como ejemplo el "Primer Proyecto del Gobierno de un Código Penal para la Confederación de Alemania del Norte, que en su párrafo 46 contenía la siguiente redacción: "Una acción no puede ser considerada como crimen ni delito cuando la libre determinación de la voluntad del autor se hallaba excluida al tiempo del acto", Tratado, II, p. 80; y Reyes Echandía alude al artículo 34 del Código penal toscano de 1854, -- que expresa: "La violación de la ley penal no es imputable cuando quien la comete no tiene consciencia de sus actos y libertad de acción", Op. cit., p. 68.

risprudencia, según lo pone de relieve Agudelo Betancur,¹⁰ -- fueron elaborando un "catálogo" de fenómenos que podían generar la correspondiente incapacidad de comprender o de determinarse, enunciadas por las legislaciones que la adoptaron, -- dado que no se trata de cualquier leve perturbación o trastorno, sino de perturbaciones más o menos graves, de tal forma que se pueda decir que el acto no es producto de su cabal -- comprensión y autodeterminación. Realmente, como lo veremos, -- una estricta fórmula biológica o psicológica no es factible: ni es posible prescindir de referencias psicológicas o descriptivas, ni tampoco de características valorativas o normativas.

2.3 Criterio mixto.

Con la finalidad de remediar la unilateralidad de los sistemas anteriores, la mayor parte de las legislaciones han adoptado el llamado método mixto o combinado, que consiste en enumerar tanto las causas como los efectos que aquéllas deben producir en el sujeto para determinar su incapacidad de culpabilidad, complementados con la apreciación y valoración que al respecto realice el juzgador.

¹⁰Cfr. Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad, Bogotá: Temis, 1982, pp. 32 y ss. En América, no hay código penal que establezca un sistema psicológico puro, lo que se corresponde con las tendencias de la legislación universal, Cfr. RUA, Jorge de la, -- Op. cit., pp. 97 y ss.

Los ejemplos de las legislaciones y proyectos que siguen este sistema son múltiples. Basta citar, por ejemplo, a los códigos penales de Alemania, Colombia, Cuba, México, y el Código Penal Tipo para Latinoamérica.

El Código penal alemán, reformado en 1975, en su parágrafo 20 señala: "Obra sin culpa el que, al tiempo de la comisión del hecho y a causa de perturbación patológica de la actividad psíquica, o de trastorno mental intenso, o debilidad mental u otros graves defectos de constitución psíquica, - fuere incapaz de apreciar y comprender la ilicitud del hecho o de obrar conforme a esa apreciación y conocimiento"¹¹

La legislación penal colombiana, que data de 1980, en su artículo 31, también adopta una fórmula mixta en los siguientes términos: "Es inimputable quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental"¹²

El ordenamiento penal cubano de 1988, en el punto número 1 de su artículo 20, dispone: "Está exento de responsabi-

¹¹ Código Penal Alemán. Parte General, trad. directa al español (con notas) de Julio César Espínola, Buenos Aires: Depalma, 1976.

¹² Código Penal de Colombia, Decreto No. 100 de enero 23 de 1980, - Colombia: Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1981.

lidad penal el que comete el hecho delictivo en estado de enajenación mental, trastorno mental transitorio o desarrollo mental retardado, si por alguna de estas causas no posee la facultad de comprender el alcance de su acción o de dirigir su conducta".¹³

Nuestra legislación punitiva, reformada en 1984, por su parte, dispone en la fracción II del artículo 15, que son excluyentes de responsabilidad penal: "Padecer el inculpado, - al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, - excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente".

Finalmente, el texto del artículo 19 del Código Penal - Tipo para Latinoamérica, aprobado en la ciudad de México, en la sexta sesión vespertina del veintidós de octubre de 1965, con semejante criterio que los anteriores, postula: "No es - imputable quien, en el momento de la acción u omisión, no posea, a causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado, o de grave perturbación de la conciencia, la capacidad de comprender el carácter ilícito del he--

¹³Ley No. 62, Código Penal Cubano, editado por el órgano de divulgación del Ministerio de Justicia, La Habana, Cuba, agosto de 1988.

cho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión"¹⁴

Un adecuado análisis de los códigos que, como los citados, adoptan una fórmula mixta, pone de relieve lo siguiente:

Por una parte, que toda fórmula mixta o combinada se integra de dos partes. En la primera, se enumeran las llamadas causa "biológicas" o "psiquiátricas" de inimputabilidad, cuya nomenclatura varía según el ordenamiento legal de que se trate: perturbación patológica de la actividad psíquica, --- trastorno mental intenso, debilidad mental u otros graves de efectos de constitución psíquica (Código penal alemán); inmadurez psicológica o trastorno mental (Código penal colombiano); enajenación mental, trastorno mental transitorio o desarrollo mental retardado (Código penal cubano); trastorno mental o desarrollo intelectual retardado (Código penal mexicano); enfermedad mental, desarrollo psíquico incompleto o retardado o grave perturbación de la consciencia (Código penal Tipo para Latinoamérica); y en la segunda, se señalan los efectos, comúnmente denominados "psicológicos", imprescindibles para la inimputabilidad: incapacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y/o para determinarse de acuerdo con dicha comprensión.

¹⁴ Código Penal Tipo para Latinoamérica, México: Procuraduría General de Justicia de la República-Academia Mexicana de Ciencias Penales, - 1967, p. 494.

Por otra, muestra que no deben confundirse los fenómenos que producen la inimputabilidad con la inimputabilidad misma, es decir, que la mera referencia a las causas "biológicas" o "psiquiátricas" no prejuzga por sí sola acerca de la inimputabilidad del sujeto, sino que ellas se señalan bajo reserva de que, en el caso concreto, impidan comprender el carácter ilícito del hecho o de conducirse de acuerdo con esa comprensión.

Hay que reconocer que dado el carácter esencialmente -- descriptivo de la primera parte de las fórmulas mixtas, el juez tiene que verificarlas recurriendo al perito médico, -- por ser este el único capacitado técnicamente para investigar si un sujeto padece alguna especie de psicosis o de oligofrenia, por ejemplo. Debe señalarse, sin embargo, que no sucede lo mismo con la incapacidad a que se refiere la segunda parte de la fórmula, naturalísticamente condicionada por aquella causa, por cuanto ya no se trata aquí de algo semejante a un diagnóstico médico-legal, sino la de determinar si un sujeto es o no capaz de actuar culpablemente, lo que entraña un juicio de carácter eminentemente valorativo, o sea, normativo.

Lo anterior se hace más evidente si tomamos en cuenta que inimputabilidad no significa ni muchos menos se identifica con enfermedad mental, ya que ni todo estado de inimputa-

bilidad supone enfermedad mental ni toda enfermedad mental acarrea sin más la inimputabilidad.

Lo primero lo corroboraremos al analizar los supuestos de inimputabilidad que no son necesariamente morbosos, como en el caso de ciertas psicopatías y ciertas neurosis, o los múltiples casos de perturbaciones de la consciencia de raíz psicológica o fisiológica; y lo segundo, cuando veamos que incluso en el propio ámbito de las enfermedades mentales en sentido estricto (psicosis) no es exacto, como lo pretendía Mezger,¹⁵ que con la simple comprobación de la psicosis quedaba excluida, en principio, la imputabilidad, de tal modo que la cuestión se reservaba exclusivamente a la actuación del psiquiatra. En efecto, como lo observó Maurach,¹⁶ aún en los casos de firme diagnóstico de una propia enfermedad mental (psicosis) lo más que cabría afirmar es que en estos casos "faltaría probablemente la imputabilidad", por mucho -- que estos ofrezcan al juez puntos de partida más concretos para los efectos psicológicos exigidos por la ley que aquellos (perturbaciones no patológicas de la consciencia, psi

¹⁵Derecho Penal, Libro de Estudio, p. 219.

¹⁶Op. cit., II, p. 111. Alberca Llorente, psiquiatra español, al respecto señala que: "...no toda esquizofrenia, ni toda psicopatía, ni siquiera toda parálisis general, tienen la misma valoración penal, ni menos aún la tienen a lo largo de todo su curso", "La actualidad de la enfermedad y la tipicidad del delito en Derecho Penal", en: Psiquiatría y Derecho Penal, Madrid: Tecnos, 1965, p. 45.

copatías, neurosis, etc.) en donde se exige un examen más riguroso y una verificación valorativa más fina para llegar a afirmarse la incapacidad de culpabilidad.

No basta, pues, en el análisis de la inimputabilidad -- con hacer una labor de simple comprobación de las causas a las que se ha aludido, sino que se requiere, además, averiguar si la causa o causas comprobadas tuvieron o no trascendencia en la capacidad de comprensión o de determinación del sujeto, lo que demuestra que la imputabilidad es un concepto jurídico cuya valoración corresponde única y exclusivamente al juez, a quien el perito ilustra con los datos de su ciencia.

Hecha esta aclaración, a continuación nos ocuparemos de estos estados o situaciones que no hay inconveniente en seguir llamando, siempre que se tenga en cuenta lo expuesto, - causas de inimputabilidad o excluyentes de imputabilidad.

3. Las causas de inimputabilidad.

En la enumeración de las causas de inimputabilidad, los textos vigentes se caracterizan por una amplia variedad de criterios, como puede observarse, verbigracia, en los códigos penales antes citados, en donde se habla de enfermedad mental, perturbación patológica de la actividad psíquica, enajenación mental, perturbación patológica de la actividad -

psíquica, enajenación mental, grave perturbación de la conciencia, trastorno mental, debilidad mental, etc., queriendo con ello encontrar una nomenclatura que abarque todas las posibles causas que traigan como consecuencia la correspondiente incapacidad de comprensión y/o determinación.

No obstante lo difícil y complejo de la empresa, el estudio sistemático de las causas enumeradas por las legislaciones que adoptan el criterio mixto, pone de relieve, en nuestra modesta opinión, que todas ellas parten de dos amplios supuestos: a) falta de suficiente desarrollo intelectual, b) falta de salud psíquica,¹⁷⁻¹⁸ lo que ha sido recogido por nuestro legislador federal al hablar de desarrollo in

¹⁷ Jiménez de Asúa, con base en el estudio que hiciera de los códigos penales hispanoamericanos, alude a las siguientes causas: "a) Falta de desarrollo mental (minoría de edad y sordomudez); b) Falta de salud mental; c) Trastorno mental transitorio (embriaguez, fiebre y dolor)", - La ley y el delito, pp. 339 y 340. Según Frias Caballero, las causas de inimputabilidad pueden ser divididas en los siguientes cuatro grupos: -- "a) defecto de desarrollo mental (oligofrenia); b) perturbación profunda de la conciencia; c) Alteración morbosa del psiquismo; d) alteraciones del psiquismo no necesariamente morbosas (otras anomalías psíquicas equivalentes)", Op. cit., p. 218. Porte Petit, en cambio, enumera como excluyentes de la imputabilidad: "1. Inmadurez mental (falta de desarrollo mental); a) Menores y b) Retraso mental; 2. Trastorno mental transitorio 3. Falta de salud mental", Programa de derecho penal, pp. 573 y ss., y - García Ramírez, las siguientes: "por falta de suficiente desarrollo intelectual (insuficientes para los fines de la capacidad de entender y de querer) y por graves anomalías psíquicas...minoría y sordomudez, por lo que respecta a la falta de desarrollo mental; y trastornos mentales permanente y transitorio, por lo que atañe a la falta de salud psíquica", - La imputabilidad en el derecho penal mexicano, p. 23.

¹⁸ Hacemos alusión a lo "psíquico" y no a lo "mental", porque el primer término es mucho más amplio que el segundo y en cierta forma abarca a éste. Al respecto cabe señalar que el psiquiatra José Luis Patiño, refiriéndose al uso de los conceptos de mente y psique, nos dice que re-

telectual retardado y trastorno mental.

Dado que el estudio de los aspectos estrictamente biopsiquiátricos de la materia exceden de la competencia del jurista, la exposición que sigue se ciñe sólo a algunas explicaciones elementales que en manera alguna podrían suplir la información que al respecto se encuentra en los tratados de psiquiatría pura o forense.

Por esa razón, la presente exposición tomará como base lo reglamentado por nuestra legislación penal federal sobre el tema, sin perjuicio de lo que se expondrá en el capítulo quinto de este trabajo.

3.2 El desarrollo intelectual retardado.

Este primer grupo se relaciona con los fenómenos de la inmadurez psicológica, en donde podemos incluir algunos grados de la oligofrenia (moderada, grave y profunda), en cuanto

sulta inapropiado utilizarlos como sinónimos puesto que con uno u otro se alude a dos series de fenómenos radicalmente distintos por su esencia. -- Concretamente expresa: "Por mente debe entenderse el conjunto de funciones cerebrales superiores, como son: conciencia, juicio, razonamiento, memoria, atención, comprensión, etc. Cuando estas funciones se alteran, aparecen justamente las llamadas enfermedades mentales... Por psique debe entenderse el conjunto de experiencias internas vividas por el sujeto desde su nacimiento. Este conjunto, en cuanto a su nivel vivencial, es bien distinto de cualquier tipo de función cerebral. Constituye, precisamente, lo psicológico en cuanto tal. En tanto que la alteración mental -alteración en función cerebral- da nacimiento a la alucinación o al delirio, la psique -lo psicológico- connota el contenido de ambos, que siempre es completamente individual y específico, según sea la trayectoria biográfica de cada paciente", Psiquiatría clínica, Mexico: Salvat Mexicana de Ediciones, 2ª ed., 1990, pp. 28 y 29.

formas de insuficiencias mentales congénitas; a los casos de detención del desarrollo cerebral a temprana edad por diversos factores (traumatismos, infecciones, etc.) y aquellos otros de deficiente desarrollo intelectual originados en la falta de comunicación humana y social, como acontece con los sordomudos no educados y los ciegos de nacimiento, quienes al estar privados de las funciones de oír, hablar y ver, tienen considerablemente reducido su mundo de relación que les crea una seria dificultad de adaptación en su trato con los demás seres humanos.

a) Oligofrenias.¹⁹ Etimológicamente, oligofrenia significa "poca inteligencia" (oligos=poco; phren=inteligencia), y clásicamente se le ha definido como "estados congénitos o precozmente adquiridos y permanentes, que se acompañan de una detención del desarrollo psíquico, preferentemente en la esfera intelectual".²⁰

Las oligofrenias han sido clasificadas según la deficien

¹⁹ La terminología con que se designa a este grupo no es uniforme. El más generalizado es el de oligofrenia, de origen alemán (Kraepelin); los italianos prefieren hablar de frenastenia (frenia=mente; astenia=debilidad) los franceses utilizan la de debilidad mental, al igual como lo hace la American Psychiatric Association, y la Asociación Americana para la Deficiencia Mental, habla de retardo mental.

²⁰ CABELLO, Vicente P., Psiquiatría Forense en el Derecho Penal, Tomo II-B, Buenos Aires: Hammurabi, 1982, p. 228; SOLOMON, Philip, y PATCH, Vernon D., Manual de Psiquiatría, trad. de Armando Soto R., México: El manual moderno, 1976, p. 337.

cia que revelan en cuanto a las facultades intelectuales, en profunda, media y superficial, antaño llamadas idiocia, imbecilidad y debilidad mental, respectivamente.²¹

El oligofrénico profundo se caracteriza, en el plano intelectual, por una falta absoluta, o casi absoluta, de la inteligencia que lo hace incapaz de expresar sus pensamientos y de comprender el pensamiento hablado de los demás; y en el plano somático, por presentar malformaciones como macrocefalia, microcefalia, escafocefalia, paladar hendido, etc. Su edad mental va de 0 a 3 años, con un coeficiente intelectual que no excede la cifra de 25.

En el oligofrénico medio se admite como signo distintivo la capacidad oral: "aunque el imbécil hable, el lenguaje es defectuoso, infantil y dislábico; excepcionalmente lee, deletreando; la escritura casi nunca se alcanza, sumándose a la incapacidad mental, las dificultades motrices. Adquieren por

²¹ Esta última terminología ha sido eliminada porque, además de que su uso tiene sentido peyorativo, no tiene un significado profundo y, por tanto, científicamente válido. Vid. PATIÑO, J.L., Op. cit., p. 70; SOLORZANO Niño, Roberto, Psiquiatría clínica y forense, Bogotá: Temis, 1990, p. 334, y SOLOMON, Philip, y otro, Op. cit., p. 339.

Sobre los diversos métodos o criterios para la determinación del retraso mental, consúltese también a los autores citados, y a CABELLO, - V.P., Op. cit., pp. 232 y ss. El C.I. (coeficiente intelectual) se obtiene al dividir la edad mental por la edad cronológica. Si el sujeto es capaz de los mismos rendimientos que un sujeto de su edad, esto es, si el numerador y el denominador son iguales, el coeficiente es igual a 1 (uno). Será inferior a 1 si no iguala más que a sujetos más jóvenes y superior a 1 si supera las mismas pruebas que los sujetos de más edad, ubicándose de esta manera a los superdotados y a los infradotados.

imitación hábitos rudimentarios. En contraste con la real indigencia, la memoria aparece como la función menos insuficiente; en todo caso es automática. La falta de conceptos y simplicidad asociativa no se incorporan a una concurrencia relacionante".²² Su edad mental se extiende de los 3 a los 7 años y un coeficiente intelectual del 25 al 50.

En cuanto a la debilidad mental, o grado superficial de la oligofrenia, se dice que es el oligofrénico que sabe comunicarse de palabra y por escrito con las demás personas, pero muestra un retraso de dos a tres años en el curso de sus estudios, sin que ello se deba a una escolaridad insuficiente ni a ninguno de los defectos reseñados en los grados anteriores. Su edad mental es de 7 a 10 años y su coeficiente intelectual oscila entre el 50% y el 70%.

La imbecilidad es sólo una diferencia de grado con la idiocia, porque en ambas no únicamente su vida intelectual es la afectada, sino también la afectiva y la instintiva, es decir, toda la personalidad, lo que nos lleva a afirmar, con Quiroz Cuarón, que "estos insuficientes son incapaces de conocer el valor de sus actos, y si tienen algún conocimiento de ellos, por su pobre empirismo, por la fuerza de sus instintos desarrollados -que son incapaces de inhibir-, hacen que no le

²⁰CABELLO, V.P., Op. cit., II-B, p. 241.

sean imputados sus actos, como no les son imputables al menor de edad"²³

En este grupo, los que mayores problemas presentan para el derecho penal con respecto a la inimputabilidad son los estados de debilidad mental o de oligofrenia superficial, a los que frecuentemente se les ha negado a priori su carácter de eximente o se les ha estimado como un caso de atenuante de la pena, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal.²⁴ Ello no es del todo exacto, dado que si lo esencial en las oligofrenias es la incapacidad del sujeto de comprender, de asimilar los hábitos y las normas sociales, el criterio de apreciación no solo depende de la medida del déficit intelectual del individuo, sino también del caso concreto y del delito de que se trate, sobre todo en aquellos en los que, como en el fraude, es necesario que el autor comprenda y maneje ciertos conceptos que implican una determinada preparación técnica.

Conviene citar aquí, como prueba de lo aseverado, lo señalado por Mezger, Fontán Balestra y Vicente P. Cabello. El primero, sostiene, refiriéndose a los imbeciles, que esencial

²³ Medicina Forense, México: Porrúa, 1977, p. 847.

²⁴ En España, por ejemplo, la jurisprudencia ha sostenido ampliamente el criterio de que el débil mental es imputable y que, a lo más, puede ser acreedor a una atenuante, lo que la doctrina ha aceptado en forma crítica. Cfr. DIAZ-Maroto t Villajero, J., Op. cit., pp. 481 y ss.; GOMEZ Benítez, J.M., Op. cit., pp. 463 y 464, y a CARBONELL Mateu, J.L., Op. cit., pp. 232 a 234.

En México, Olga Islas, tomando como base la clasificación de la --

mente es decisiva la medida de la deficiencia intelectual en relación con las exigencias que el hecho concreto pone en orden a la capacidad de comprensión del autor. Puede ser -dice- "que se deba afirmar esta capacidad y, con ello, la imputabilidad, por ejemplo, respecto de un simple ladrón, y que la -- misma deba ser negada ante una estafa complicada o una falsedad documental. Pero es también posible que se afirme esta -- comprensión y que la imbecilidad excluya la capacidad de --- obrar según esta comprensión"; y los segundos indican que "es perfectamente posible que un individuo capaz de comprender la naturaleza delictuosa del homicidio, por ejemplo, no comprenda, en cambio, la de la destrucción de un documento o la de - cheque sin fondos", cuyos hechos, fácilmente apreciables en - los menores, suelen presentarse también en algunas formas de insuficiencia o de debilidad mental.²⁵

En el mismo sentido, Langelüddeke, psiquiátra alemán, expresa: "Un débil mental es, digamos, plenamente responsable - de un robo cometido por él porque tiene plenamente compren---

oligofrenia en leve, moderada, grave y profunda, expresa que la primera - (leve) es irrelevante y el sujeto es plenamente capaz, Análisis lógico de los delitos contra la vida, p. 61.

²⁵MEZGER, E., Derecho Penal, pp. 219 y 220; FONTAN Balestra, C., y CABELLO, V.P., "Imputabilidad Jurídica", en: RDPC, No. 4, Oct.-Dic., 1970 Bs.As., p. 465. En el mismo sentido, Zaffaroni, en relación a los oligofrénicos superficiales dice: "En cada caso deberá indagarse si existe en el individuo la capacidad necesaria para comprender la anti-juridicidad de su acto, sobre todo en los delitos patrimoniales y, en general, en cualquier aspecto en que es necesario que el autor comprenda y maneje un concepto.- abstracto, capacidad que está muy reducida en los oligofrénicos", La capacidad psíquica de delito, No. 32, p. 67.

sión de la prohibición de su acción; el mismo débil mental, - sin embargo, posiblemente debe quedar exculpado por una falsedad documental porque no ha formado una idea de este supuesto de hecho más complicado".²⁶

La cuestión del oligofrénico superficial -como en todas las supuestas causas de inimputabilidad- conduce a sostener que la imputabilidad o la inimputabilidad debe ser apreciada en cada caso y en relación con cada delito, y por ello se debe hacer un cuidadoso análisis de tipo pericial para que el juzgador esté en condiciones de declarar o bien la inimputabilidad o no del débil mental, o bien la imputabilidad dismi-nuida, siempre que ésta se encuentre prevista en la legislación de que se trate.

b) Sordomudez. Se etiqueta de sordomudo al sujeto que, - por alguna lesión congénita o adquirida, periférica o central, completa o incompleta del sistema auditivo, ha perdido el uso de oído o del habla.

La sordomudez puede ser congénita o adquirida, y su etiología es múltiple. La congénita -nos ilustra Solórzano Niño- puede deberse a lesiones herenciales por cromosopatías; o a enfermedades intrauterinas, como anoxia; o a enfermedades virales sufridas por el feto a través de la madre, como la ru-

²⁶Psiquiatría Forense, trad. de L. Beneytez Merino, Madrid: Espasa-Calpe, 1972, p. 76.

beola, la roseola, el sarampión, el herpes, etc.; a los traumas maternos, las irradiaciones, o por procesos adquiridos -- por el neonato.²⁷ La sordomudez adquirida, puede, en cambio, - tener su origen en una enfermedad o trauma biológico o psicológico que privó al individuo de la capacidad de hablar y oír.

La sordomudez no es, por sí sola, causa de inimputabilidad; lo es cuando como consecuencia de dicho estado, la persona no ha logrado el desarrollo psicológico global que le permita comprender la ilicitud de sus actos, o la de actuar conforme a esa comprensión. Generalmente esto ocurre cuando la anomalía es congénita o al menos tempranamente adquirida, y - el que la sufre carece parcial o absolutamente de educación, - ya que en estos casos en los que el sordomudo está privado de las funciones de oír y hablar, ve reducido considerablemente su mundo de relación lo que le crea serias dificultades de -- adaptación en su trato con los demás hombres. La comunicación del hombre con sus semejantes -expresa Pavón Vasconcelos-, -- constituye factor esencial para un desarrollo adecuado de las facultades intelectuales y para la formación ético-social del individuo; por ello, quien nace privado de tales facultades o las ha perdido a temprana edad, no puede ser equiparado en -- condiciones de adaptabilidad y desarrollo intelectual con una

²⁷Op. cit., p. 336.

persona normal.²⁸

Es pues, el deficiente desarrollo intelectual del sordo mudo no educado, originado en sus limitaciones fisiológicas, lo que justifica la eximente. Aquel que ha adquirido la sordomudez en edad adulta o ha sido debidamente instruido, no queda amparado por la excluyente, en razón de que el primero ha alcanzado un desarrollo intelectual completo antes de --- caer en dicho estado; y el segundo, porque es del conocimiento general que en la actualidad, después de los enormes adelantos alcanzados en la educación y tratamiento de los sordomudos "se admite en el campo del Derecho Penal que éstos, -- por lo general, tienen una capacidad intelectual normal y, -- consecuentemente, son plenamente responsables en sede penal".²⁹

²⁸ Imputabilidad e Inimputabilidad, pp. 112 y 113. Bettiol, refiriéndose al tema expresa: "En realidad no puede decirse que el sordomudo tenga una noción exacta de la vida de relación, porque aislado como está -- del mundo exterior, no ha podido formarse una idea clara de todas las -- exigencias y valores de la vida social. Por ello existe para él una anomalía de carácter síquico relacionada particularmente con la capacidad -- de comprender", Op. cit., p. 382; y Langéluddeke, dice: "La falta de la facultad auditiva repercute sobre el desarrollo intelectual en mayor grado que la ceguera, por ejemplo, porque en el supuesto de la sordera -- no en la adquirida tardíamente-- falta la posibilidad de ponerse en relación de manera inmediata con los demás hombres. Especialmente, el pensamiento adolece de que al sordomudo no le es posible formar conceptos abstractos. En consecuencia, también el sordomudo que no ha recibido ninguna instrucción es equiparable a un absoluto «débil mental»", Op. cit., pp. 97-98.

²⁹ ZAFFARONI, E.R., La capacidad psíquica de delito, núm. 32, p. 20. Al respecto García Ramírez señala: "Hoy en día, a la luz de una inteligencia más científica de la sordomudez, el relativo problema penal tiende a centrarse en torno a la extensión de la eximente. Frente a una exclusión por demás amplia, que tabula rasa declaraba inimputable al sordomudo en general, se prefiere discriminar al sordomudo por nacimiento de aquel que sufrió la pérdida de los sentidos a partir de cierta edad, y --

Las consideraciones anteriores permiten afirmar que el sordomudo no educado, cuyo mal es congénito, o por lo menos tempranamente adquirido, puede ser considerado como inimputable o con imputabilidad disminuida, según que su situación personal le impida total o parcialmente comprender el carácter ilícito de su conducta, o de actuar conforme a esa comprensión.

c) Otros supuestos. Además de los casos mencionados en los incisos que anteceden, dentro del grupo abarcado por el desarrollo intelectual retardado, se puede mencionar la situación de aquellas personas que viviendo en un cierto aislamiento con el mundo que los rodea, pueden carecer del suficiente desarrollo psíquico que les permita comprender el alcance de sus acciones, o de conducirse de acuerdo con dicha comprensión, como acontece con los ciegos de nacimiento y -- las personas mantenidas por sus parientes durante años en un artificial encierro (no rara vez con los sujetos inválidos), e incluso, el de quienes, privados del afecto materno no llegaron a verlo sustituido inmediatamente por el de otro hogar o familia.³⁰

al sordomudo instruido del que carece en absoluto de instrucción. De aquí se llega, fácilmente, a la imputabilidad condicionada", La imputabilidad en el derecho penal mexicano, p. 28.

³⁰ SPITZ, con sus experimentos en niños normales, demostró como el niño privado del afecto de su madre y de una correcta estimulación ambiental en las fases tempranas de su vida, no lograba un desarrollo armónico orgánico-psicológico: estos niños tenían menor peso, retraso motor y sensorial, retraso en el lenguaje, coeficiente intelectual menor y tendencia

En todos estos casos, cuando el sujeto carezca total o parcialmente del desarrollo intelectual necesario para comprender lo ilícito de su conducta o para adecuar ésta al derecho, nos inclinamos a sostener que estamos en presencia de la eximente que nos ocupa, o a lo sumo, en un supuesto de imputabilidad disminuida.

3.2 El trastorno mental.

Ya habíamos señalado que en la enumeración de las causas de inimputabilidad los textos legales se caracterizan por una amplia variedad de criterios al utilizar expresiones como enfermedad mental, enajenación o alienación mental, grave -- perturbación de la conciencia, perturbación patológica de la actividad mental, alteraciones morbosas de las facultades, - trastorno mental, etc., queriendo con ello encontrar una nomenclatura que abarque todas las posibles causas, sean de origen morbooso, fisiológico o psicológico, que traigan como consecuencia la correspondiente incapacidad de comprensión y/o determinación.

Nuestro Código penal, al igual que el de Colombia, utiliza la expresión "trastorno mental", cuyo término, al no ha

a las infecciones, además de ser seres tristes, apáticos, desinteresados y retraídos, en comparación con otro grupo patrón de niños, criados con sus madres y sin ningún tipo de limitación. Cfr. SOLORZANO Niño, R., Op. cit., p. 28 y ss.

cer mención a entidad nosológica alguna permite, por una parte, abarcar no sólo las perturbaciones de la consciencia que tienen origen morboso o patológico, sino también aquellas -- perturbaciones cuyo origen puede ser fisiológico o psicológico, como sucede con ciertas neurosis, psicopatías y otras manifestaciones de grave perturbación de la emotividad y de la afectividad, e incluso, a los trastornos mentales de naturaleza transitoria, sean estos de raíz mórbida o psicológica;-- y por otra parte, descartar la necesidad de crear en el ámbito jurídico un concepto de enfermedad mental más amplio que el concepto psiquiátrico de la misma, en lo que se conoce como "bipolaridad del concepto de enfermedad mental".³¹

El trastorno mental, como perturbación de la consciencia,³² puede ser transitorio o permanente, según que dicho estado se presente únicamente durante el tiempo en que el sujeto que lo padece lleva a cabo la actividad o inactividad

³¹ La expresión procede de Mezger, quien la introdujo al derecho penal debido a la necesidad de incluir en el parágrafo 51 del Código Penal Alemán de 1871, aquellos estados anormales de la personalidad que por no considerarse propias enfermedades mentales, quedaban excluidas del citado parágrafo. Cfr. MEZGER, E., Tratado de Derecho Penal, II, p. 90. RODRIGUEZ Devesa, J.M., "El concepto bipolar de enfermedad mental", en: -- Los delincuentes mentalmente anormales (Conferencias y Comunicaciones), -- XI Curso Internacional de la Sociedad Internacional de Criminología, Madrid, 1961-1962, Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, pp. -- 521 y ss.

³² Aludimos al vocablo "consciencia" no en su sentido moral, religioso o filosófico, sino neurofisiológico, esto es, como un estado de vigilia (función mental), regido por el juicio crítico, que posibilita al individuo el darse cuenta de sí mismo y del mundo circundante.

típicas, o que perdure más allá del tiempo en que se realizan éstas.

Con estas precisiones, en los puntos subsiguientes aludiremos, en primer lugar, a las propias enfermedades mentales o psicosis, a las neurosis y a las psicopatías o personalidades psicopáticas, y posteriormente a los casos de trastorno mental de naturaleza transitoria, no sin antes manifestar que lo hacemos de una manera ejemplificativa y sumamente breve, dado que su estudio es materia propia de la psiquiatría forense. Para efectos jurídico-penales basta que el trastorno mental sea de tal naturaleza que produzca en el sujeto que lo padece una incapacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y/o de conducirse de acuerdo con dicha comprensión, a los fines de declarar su inimputabilidad.

3.2.1 Trastornos mentales permanentes.

a) Psicosis. Atendiendo a un criterio etiológico, las psicosis suelen clasificarse en funcionales o endógenas y orgánicas o exógenas, dado que en las primeras se trata de alteraciones mentales cuyo agente causal es por ahora desconocido, en tanto que en las segundas su fundamento somático es conocido, se desarrollan en el cerebro o afectan directamente al mismo. En el grupo de las psicosis funcionales se menciona principalmente a la esquizofrenia, a la psicosis maníaco-depresiva y a la paranoia; y en las psicosis exógenas a -

los delirios, a las demencias y a las epilepsias.

Esquizofrenias. Emilio Kraepelin, en 1896, la llamó "demencia precoz", y Eugen Bleuler, en 1911, la denominó "esquizofrenia" que quiere decir "mente hendida, dividida o partida (esquizo=hendir, dividir, fisurar). Es la más común de las enfermedades mentales, y se caracteriza, en términos generales, por la pérdida del contacto con la realidad, que conduce al paciente, regularmente, a una desintegración de su personalidad.³³

Bleuler³⁴ clasificó clínicamente los síntomas de la esquizofrenia en fundamentales, básicos o primarios (aquellos que se cree que están presentes hasta cierto grado en cada caso de esquizofrenia), y secundarios o accesorios (aquellos que pueden o no estar presentes). Los síntomas fundamentales son: 1.- Trastornos de la asociación: las asociaciones lógicas que normalmente conducen de un pensamiento a otro aparecen relajadas. El resultado es que la ideación se muestra extravagante, ilógico y caótico; 2.- Autismo (forma de ideación en la cual el contenido mayor es principalmente subjetivo o

³³ Solórzano Niño la define como "la más común de las enfermedades mentales, de aparición súbita y precisa en el tiempo, caracterizada por la alteración básica del pensamiento, con destrucción de la personalidad desorientación, pérdida del control vital con la realidad y creación de un mundo no comprensible para los demás, sin que el paciente vuelva a ser el mismo que era antes", Op. cit., p. 262.

³² Tratado de Psiquiatría, revisado por Manfred Bleuler, trad. de - la 10ª ed. alemana por A. Guerra Miralles, Madrid: Espasa-Calpe, 2ª ed., 1967, pp. 425 y ss.

endógeno): el paciente está preocupado con ideas provenientes de ensueños y fantasías -aun alucinaciones e ideas delirantes-. Conforme aumenta la ideación autista se presenta una interferencia correspondiente con la relación con la realidad y la prueba de la realidad. Es el llamado "mundo esquizofrénico"; 3.- Incongruencia afectiva (embotamiento afectivo): las respuestas emocionales pueden ser inadecuadas al contenido del pensamiento. El estado afectivo a menudo es inconsistente o exagerado. El trastorno afectivo puede incluir indiferencias, frivolidad, constricción, impasibilidad o afecto obtuso; y 4.- Ambivalencia: el paciente esquizofrénico encubre sentimientos contradictorios, deseos o ideas hacia un objeto determinado, persona o situación, v.gr., odia y ama a la misma persona al mismo tiempo; risa y llanto simultáneos. Los síntomas secundarios son: 1.- Alucinaciones; 2.- Ilusiones; 3.- Ideas delirantes; 4.- Ecolalia (repetición de la conversación de otro); 5.- Despersonalización (la sensación de sentirse dividido de su propia personalidad); 6.- Ecopraxia (repetición de los movimientos de otro); 7.- Mane-rismos (gestos iterativos u otras formas de expresión); 8.- Estereotipia (repetición persistente sin sentido de cualquier acción); 9.- Impulsividad (acciones ejecutadas inesperadamente sin suficiente reflexión y sin consideración de toda la personalidad, y 10.- Apatía.

Los tipos clínicos de la esquizofrenia se pueden reducir

a cuatro: a) Esquizofrenia simple, que se caracteriza principalmente por la reducción del interés en las relaciones humanas y el mundo exterior, depauperación de la personalidad, apatía e indiferencia; b) Esquizofrenia catatónica, en la que el paciente tiene una grave tendencia a la inmovilidad, al mutismo, a la flexibilidad cêrea; c) Esquizofrenia hebefrênica, que se inicia tempranamente, evoluciona por brotes y presenta abundante sintomatología secundaria; y, d) Esquizofrenia paranoide: hipertrofia del Yo y delirios interpretativos persecutorios.³⁵

Psicosis maníaco-depresiva. Falret la llamó "locura circular", Kraepelin "maníaco-depresiva", y Kurt Kolle, la denominó "maníaco-melancólica". La psicosis maníaco-depresiva es una típica enfermedad cíclica, es decir, que aparece en forma periódica, en la que se suceden estados depresivos a los estados maníacos, los que pueden acontecer dentro de un mismo día, o en forma semanal o anual.

Los síntomas básicos de la psicosis maníaco-depresiva o círculo de formas ciclotímicas como también se le llama, son los siguientes: 1.- Distimias alegres o depresivas; 2.- Fuga de ideas, o bien inhibición del curso del pensamiento; 3.- Facilitación o inhibición anormales de las funciones centrífu

³⁵Cfr. BLEULER, Eugen, Op. cit., pp. 458 a 463.

gas correspondientes a la decisión, la acción y la vertiente psíquica de la motilidad. Como síntomas accesorios se añaden las ideas delirantes y alucinaciones (casi exclusivamente visuales y acústicas) y manifestaciones "nerviosas".³⁶

Se clasifican³⁷ en el tipo maniaco, el tipo de depresión y el tipo circular. En el tipo maniaco los trastornos vistos en la manía son la imagen opuesta de los observados en la depresión. La tríada clásica de la manía consiste en: 1.- Estado afectivo inestable con elación; 2.- Presión para verbalizar, y 3.- Aumento de la actividad motora. En el tipo de depresión, la tríada clásica está constituida por: 1.- Estado de ánimo deprimido; 2.- Disminución de la velocidad de ideación, y 3.- Retardo psicomotor. El tipo circular se caracteriza por una alternancia de las fases maniaca y depresiva.

Paranoia (Para=de lado, paralelo; noes=pensamiento). Es una psicosis caracterizada "por un delirio crónico, monotemático, sistematizado, irrefutable a la argumentación lógica, psicológicamente comprensible, con conservación de las funciones psíquicas, sin presencia de alucinaciones".³⁸

³⁶Cfr. BLEULER, E., Op. cit., pp. 487 y ss.

³⁷Cfr. SOLOMON, P., y PATCH, V.D., Op. cit., pp. 116 y ss.

³⁸SOLORZANO Niño, R., Op. cit., p. 288.

El síntoma principal de la psicosis paranoide o reacción paranoide, es un sistema de delirios relativamente bien organizado, por lo común de naturaleza persecutoria. Generalmente, la persona que sufre de psicosis paranoide parece ser -- muy normal en su conversación, en su sensibilidad emocional y en sus acciones, al grado de que sólo las ideas delirantes ponen en evidencia al desequilibrio latente. Por tratarse de sólo un delirio, en Europa se le conoce también como "monomanía".

Las formas clínicas de la paranoia están determinadas - por las características delirantes, siendo las principales: 1.- Paranoia persecutoria; 2.- Paranoia celotípica; 3.- Paranoia querulante; 4.- Paranoia mística; y 5.- Paranoia compartida.³⁹

A diferencia de las psicosis funcionales, las psicosis exógenas, también llamadas "somatógenas", tienen un fundamento somático conocido y sus causas pueden ser tumorales, tóxicas, metabólicas, endocrinas, traumáticas, vasculares e infecciosas. Los especialistas de la materia, las dividen en - sintomáticas y orgánicas. Las primeras son psicosis agudas, - reversibles, y cursan paralelas con una enfermedad orgánica, de la cual prácticamente son síntomas (de ahí que se les lla

³⁹Cfr. SOLORZANO Niño, R., Op. cit., pp. 290 y ss.

me "sintomáticas"); las segundas son consecuencia directa de las alteraciones orgánicas del cerebro (de ahí el nombre de psicosis "orgánicas").

Solórzano Niño⁴⁰ enumera como principales psicosis sintomáticas al delirium, la confusión mental, el estado crepuscular, el síndrome amnésico de Korsakoff, la alucinosis sintomática, el síndrome hiperestésico hiperemtoivo, la neurastenia sintomática, la amencia o bouffées délirantes, la epilepsia sintomática, la psicosis tramática y el síndrome de hipervigilancia (producido por drogas alucinógenas).

Algunos tratadistas, como Philip Solomon y Vernon D. -- Patch, señalan que las psicosis orgánicas se dividen en forma natural en delirio y demencia dependiendo de si la disfunción básica está a nivel mental inferior o superior del encéfalo.⁴¹

⁴⁰Op. cit., p. 259.

⁴¹Clínicamente, se puede afirmar que el encéfalo, que es la parte integrante del sistema nervioso central que se alberga en el interior del cráneo y que comprende el cerebro, el tronco cerebral con el bulbo raquídeo y el cerebelo, opera a grosso modo en dos niveles: el inferior y el elevado o superior. En el nivel inferior (primitivo y sensorial) abarca la cognición consciente y la reactividad tanto al cuerpo y sus instintos como al mundo exterior y sus estímulos. Por lo tanto, los sentimientos y las emociones residen aquí a lo largo del sensorio (sensación y percepción)...El nivel superior (inteligencia y juicio) del encéfalo lo constituye el intelecto, Este es el nivel en el cual pensamos, recordamos, comparamos, consultamos nuestra experiencia, entendemos, razonamos resolvemos problemas, simbolizamos, denominamos cosas con palabras, y ejecutamos decisiones. Cfr. SOLOMON, P., y PATCH, D.V., Op. cit., pp. 14 y ss.

Delirios. En el delirio, llamada "locura razonante", la disfunción se encuentra en el nivel mental inferior y se caracteriza por los siguientes síntomas: 1.- Sensorio alterado: esto puede variar desde una ligera obnubilación mental hasta el estupor, cambiando a menudo rápidamente. En la forma en que fluctúa, así lo hacen otras facultades mentales; 2.- Desorientación; 3.- Emociones y estado afectivo anormales: no corresponden a la realidad sino a datos alterados del sensorio, incluyendo alucinaciones (generalmente visuales), ilusiones e ideas delirantes; 4.- Confusión mental: se hallan alterados la memoria, la comprensión, el conocimiento de los hechos, la habilidad para razonar y el juicio, y por lo general falta autocognición; 5.- Conducta inadecuada, impulsiva, irracional o violenta.⁴²

Las causas principales de los delirios son traumatismos, envenenamiento agudo, trastornos metabólicos y al sobredosis o el abuso de las drogas.

Demencias. Demencia, en sentido psiquiátrico,⁴³ es una "d**ebil**itaci**ón** global, crónica, progresiva, definitiva e irrepara**da**

⁴²Cfr. SOLOMON, P., y PATCH, V.D., Op. cit., pp. 123 y ss.

⁴³Decimos en sentido psiquiátrico, toda vez que en lo jurídico el vocablo demencia ha sido utilizado como sinónimo de "alienación mental" o "enajenación mental", que proviene del latín alienus, aliis=extraño, otro que es el enfermo mental, que por serlo, se hace distinto de sí mismo y extraño a los demás, con lo que se excede, en mucho, el verdadero significado de la expresión.

ble de todas las funciones psíquicas".⁴⁴ La disfunción es a nivel mental superior (intelecto y juicio), produciéndose una alteración de los procesos intelectuales, reconocida fundamentalmente por la pérdida de cualquiera o de todas de las siguientes funciones: 1.- Memoria; 2.- Aprendizaje, comprensión, cálculo, razonamiento, resolución de problemas y otros poderes cognitivos; y 3.- Juicio y funciones creadoras.⁴⁵

Las principales formas clínicas de la demencia, son: a) demencia senil, que es el resultado de la degeneración y desaparición de las células nerviosas del cerebro debido al -- proceso normal de envejecimiento. La edad en que aparece está por encima de los 65 años; b) Demencia arterioesclerótica, en donde los trastornos vasculares afectan al tejido nervioso, empieza comúnmente a partir de los cincuenta y cinco años y las manifestaciones psíquicas son casi idénticas como en la demencia senil a medida que va avanzando este tipo de demencia; c) demencia paralítica (Parálisis General Progresiva), que tiene su origen en una infección sifilítica cuya lesión básica es una inflamación de los meninges y de la corteza cerebral, siendo sus manifestaciones principales "los delirios de grandeza"; y d) demencia coreica, cuyo debilitamien

⁴⁴ BETTA, Juan C., Manual de Psiquiatría, Buenos Aires: Editorial U niversitaria, 1962, 3ª ed., p. 303.

⁴⁵ Cfr. SOLOMON, P., y PATCH, V.D., Op. cit., pp. 125 y ss.

to global va acompañado de inestabilidad y marcada irritabilidad.

Epilepsias. La palabra epilepsia deriva del verbo griego epilambanein, que significa agarrar, atacar, sorprender; el enfermo sufre un "ataque" y son crisis cerebrales que provienen de una descarga de población neuronal. Generalmente, la epilepsia constituye un indicio de que hay un trastorno en el mecanismo íntimo de la actividad electroquímica funcional de las células (neuronas) que constituyen el cerebro, traduciendo en una alteración del ritmo funcional del citado órgano, que por producirse en forma brusca e inesperada, se le denomina "disritmia cerebral paroxística"⁴⁶ y la cual se registra a través de su manifestación bioeléctrica por medio de la "electroencefalografía". Lo anterior ha permitido diferenciar dos grandes grupos de crisis epilépticas: las llamadas generalizadoras o centroencefálicas, cuyo inicio es bilateral, por producirse en los dos hemisferios cerebrales, y las parciales, que se originan en determinada región de un hemisferio.

Las epilepsias generalizadoras corresponden a las llamadas crisis epilépticas del "gran mal" o "gran crisis", que se inician en forma brusca con pérdida de la consciencia, a

⁴⁶Cfr. LEON, Levit, ¿Qué es la epilepsia?, Buenos Aires: El Ateneo 1979, pp. 45 y ss.

compañada de movimientos de mayor o menor violencia (convulsiones); suelen con frecuencia ser precedidas de un "aura" - la cual "puede manifestarse como un hormigueo o una sensación de calor o frío, más o menos intensos, en alguna zona del cuerpo: son las llamadas "auras sensitivas". En otras ocasiones, puede ser una contracción muscular o un movimiento involuntario: llamadas "auras motoras". Otras veces son sensaciones raras en la vista, visiones, ruidos o sonidos o zumbidos, en los oídos: son las llamadas "auras sensoriales". Otras, una impresión de temor o de una emoción: son las "auras psíquicas".⁴⁷

Junto a las crisis de "gran mal", existen las crisis -- epilépticas de "pequeño mal", "petit mal", "ausencias" o "ataque menor", las cuales consisten en "una instantánea y muy breve pérdida de la consciencia o "ausencia", sin complicaciones. Su duración rara vez pasa de unos pocos segundos, y suelen repetirse varias veces al día".⁴⁸

En el caso de las crisis convulsivas de "gran mal" es -

⁴⁷ LEON, Levit, Op. cit., p. 8. Cfr. también a: SOLORZANO Niño, R., Op. cit., pp. 293 y ss.; LANGE LÜDDEKE, Albrecht, Op. cit., pp. 481 y -- ss.

⁴⁸ LEON, Levit, Ibid., p. 10.

evidente que hay ausencia de conducta, aunque el problema más grave en esta clase de epilepsias, lo constituyen las "auras" que suelen preceder al acceso, en las que, por lo general, hay una perturbación de la consciencia o puede haberla⁴⁹ y, por consiguiente, ausencia de imputabilidad.

También revisten interés para el tema, las epilepsias parciales porque en ellas el proceso epiléptico se asienta en el lóbulo temporal, dando lugar a alteraciones de la consciencia y trastornos afectivos, ocasionándose los llamados "estados crepusculares" y las auténticas psicosis epilépticas, ante lo cual podemos estar en presencia de un estado de inimputabilidad o, a lo sumo, en un caso de imputabilidad disminuida.

b) Neurosis. Nos informa Quiroz Cuarón que el término "neurosis" data de fines del siglo XVII y se debe a Cullen. Originariamente significó, simplemente, "afección nerviosa" pero al progresar la anatomía patológica, se fué restringiendo esta expresión para aquellas enfermedades que aparentemente no tenían un substratum anatómico-patológico.

En la actualidad, la neurosis "es una conducta espe--

⁴⁹ Zaffaroni, E. Raúl, Tratado, IV, p. 165.

cial, reiterativa y muy arraigada a la personalidad, en la cual lo que ha fracasado es la adaptación al medio, y el dinamismo psíquico produce manifestaciones patológicas psicósomáticas, frecuentemente por vivencias, por recuerdos reprimidos; es decir, por haber quedado "fijados" al trauma: el terror, el miedo, o las impresiones profundas que tocan los núcleos más íntimos de las tendencias instintivas que despiertan actitudes arcaicas".⁵⁰

La Organización Mundial de la Salud caracteriza a las neurosis como "un trastorno mental, sin base orgánica demostrable, en el cual el paciente puede mostrar considerable discernimiento y su apreciación de la realidad no está alterada en el sentido de que, en general, no confunde sus experiencias subjetivas morbosas y fantasías con la realidad externa. El comportamiento puede estar grandemente afectado aunque por lo común permanece dentro de límites socialmente aceptables, pero la personalidad no está desorganizada". Son, en pocas palabras, formas inadecuadas de reacción (angustia) a una situación dada que se mantienen o actúan crónicamente, duraderamente, y cuya respuesta obedece a ciertas vivencias del sujeto en cuestión.

Los tipos de neurosis son principalmente descriptivos:

⁵⁰ QUIROZ Cuarón, Alfonso, Op. cit., p. 682.

de ansiedad, de histerismo, fóbicos, obsesivo-compulsivos, depresivos, etcétera.

1.- Neurosis de ansiedad.⁵¹ Ansiedad es el término empleado para describir la experiencia subjetiva de una tensión desagradable, inquietud y angustia que acompaña a la amenaza y al conflicto físicos. Puede ocurrir después de un largo período de tensión emocional y se manifiesta por fatiga, insomnio, anorexia, vértigo, irritabilidad y sensación de cansancio y tirantez; 2.- Neurosis de histerismo. El término histerismo⁵² se confina en la actualidad a una forma específica de neurosis caracterizada por la pérdida de funcionamiento ya sea en la esfera física o en la mental. La pérdida física (histeria de conversión) puede ser de una función motora (v.gr. "parálisis" o incapacidad para hablar) o de una sensación ("anestesia", "ceguera"). La pérdida mental (disociación) puede ser en la conciencia -- (v.gr. "desmayos", trances, fugas), en la memoria (amnesia) o en la integración total (éxtasis, "fragmentación de la -

⁵¹ Hay dos expresiones que se usan en las neurosis que son: la angustia, que tiene una repercusión orgánica (náuseas, cefalea, inquietud), y la ansiedad, que se refiere más al campo psíquico.

⁵² Philip Solomon informa que la palabra "histerismo" ha pasado por muchas variantes de significado, como por ejemplo, para expresar la creencia de que los padecimientos nerviosos provenían de anomalías del útero, y hoy en día es empleada en forma injustificada para significar desde histerismo incontrolable (pérdida emocional temporal de control) hasta cualquier padecimiento neurótico (o aún psicótico), Op. cit., p. 132.

personalidad); 3.- Neurosis fóbica. El síntoma primordial, además de la angustia, es la fobia que es el resultado de transformar la ansiedad que es indefinida y vaga, en algo concreto como es el miedo y el pánico. Las fobias más comunes son: agorafobia (temor a los espacios abiertos); claustrofobia (temor a los espacios cerrados); acrofobia (temor a los lugares elevados); xenofobia (miedo a los extraños); acuafobia (temor al agua); zoofobia (miedo a los animales); oclofobia (temor a las multitudes y aglomeraciones); monofobia (temor a estar solo); nictofobia (miedo a la oscuridad) y misofobia (temor a los gérmenes y a la suciedad); - 4.- Neurosis obsesivo-compulsiva. Consiste en la aparición de pensamientos y acciones persistentes y molestas que no se pueden controlar y que se refieren a preocupaciones exageradas sobre un hecho real, resultando inútil señalarle - al sujeto lo irreal de sus obsesiones o compulsiones puesto que ya lo sabe y sufre por ello; y 5.- Neurosis depresiva o reacción depresiva. Es una mezcla de ansiedad y depresión en donde predomina esta última y se caracteriza por - insomnio, anorexia, astenia, crisis de llanto inmotivado, - pesimismo, fallos en la memoria, cefáleas, etc.⁵³

Se ha considerado que, por lo general, las neurosis -

⁵³Cfr. SOLCANC, Philip, y otro, Op. cit., pp. 129 y ss.; SOLORZA No Niño, Roberto, Op. cit., pp. 235 y ss.

no dan lugar a la inimputabilidad, sino en ciertos casos a imputabilidad disminuída, lo cual se debe al hecho de que frecuentemente se haya pretendido negar a la neurosis -al igual como ocurre con las psicopatías- el carácter de enfermedad mental (que en rigor no lo es), como también que se haya observado que el paso de la salud a la neurosis es a veces bastante sutil. Sin embargo, como lo señala Zaffaroni y en cierto sentido Frías Caballero, no hay ninguna razón fundada para afirmar que la neurosis sólo puede fundar una imputabilidad disminuída, si tomamos en consideración, como lo hemos reiterado a lo largo de este capítulo, que lo decisivo no es la constatación de un determinado estado de anormalidad psíquica para declarar sin más ni más la inimputabilidad, sino que dicho estado (en nuestro caso la neurosis) deje sentir su influencia sobre ambos o alguno de los elementos "psicológicos" integrantes de la capacidad de culpabilidad.

Es cierto que el neurótico no debe ser considerado en principio como inimputable, pero ello no significa ni mucho menos autoriza a excluirlo, por definición, del círculo de las personas que pueden llegar a ser inimputables, ya que si bien en la generalidad de los casos las neurosis no darán lugar a una inimputabilidad, la gravedad que puede alcanzar algunas de ellas, como en el ejemplo que po

ne Zaffaroni de las "histerias conversivas", que según vemos pueden generar una alteración profunda de la conciencia, bien pueden fundar una incapacidad de culpabilidad y aún, como lo señala el autor citado, una más profunda incapacidad de delito.⁵⁴

c) Psicopatías. El concepto de psicopatía se inició en 1803 con Pinel, al hablar de "manía sin delirio"; en 1835, Pritchard la denominó "locura moral (moral insanity)" y, en 1838, J.L. Koch prefirió hablar de una inferioridad psicopática, de una psicopatía constitucional o del psicopático. En la actualidad se habla de "personalidades psicopáticas" y la Asociación Psiquiátrica Americana se pronuncia por "trastornos sociopáticos de la personalidad" o "personalidad antisocial".

El problema de las personalidades psicopáticas o antisociales, es uno de los más discutidos no solo en el área jurídico-penal, sino también en el ámbito de la propia disciplina psiquiátrica, en donde no se define claramente que se entiende por tales pues todavía hay grandes dudas al respecto.

El concepto clásico se debe a Kurt Schneider quien las

⁵⁴ Tratado, IV, p. 171.

definió como "aquellas personalidades que sufren por su anormalidad o hacen sufrir, bajo ella, a la sociedad",⁵⁵ y actualmente la Asociación Psiquiátrica Americana emplea el término para individuos de comportamiento habitualmente antisocial, que se muestran siempre inquietos, incapaces de extraer ninguna experiencia de los hechos pasados o de los castigos recibidos, y quienes suelen ser insensibles y hedonistas de muy acentuada inmadurez emocional, carentes de responsabilidad y de juicio y muy hábiles para racionalizar su comportamiento, a fin de que parezca correcto, sensato y justificado.

El Doctor Patiño Rojas, en un claro análisis, sintetiza clínicamente los rasgos de las personalidades psicopáticas en las siguientes características:

- 1) Inmadurez de la personalidad en su mayor gravedad patológica;
- 2) Funciones intelectuales dentro de niveles normales;
- 3) Incapacidad total para adaptar su comportamiento a las normas culturales del grupo;
- 4) Conducta sistemáticamente antisocial y parasocial;
- 5) Incapacidad de regir su comportamiento por pautas morales;
- 6) Incapacidad de asimilar experiencias que orienten la trayectoria vital;
- 7) Conducta anormal desde la infancia;
- 8) Tendencia a la satisfacción inmediata de sus apetencias o caprichos;

⁵⁵Las personalidades psicopáticas, versión española de Bartolomé Llopis, Madrid: Morata, 1962, p. 27. El concepto proporcionado por este psiquiatra, ha sido criticado por lo extenso e impreciso y, sobre todo, porque se vincula con la difícil noción de la anormalidad. Cfr. PATIÑO, José Luis, Op. cit., pp. 320 y ss.

- 9) Foco o ningún sentimiento de culpa;
- 10) Exclusión de oligofrénicos, neuróticos u otros padecimientos neurológicos evidenciales;
- 11) Incapacidad de afectos profundos y duraderos;
- 12) Mitomanía y mundo fantástico del psicopático;
- 13) Irreductibilidad del cuadro a toda terapia. (56)

Clínicamente se advierte, pues, que los sujetos con este tipo de trastornos presentan una alteración en su actitud y comportamiento, afectándose en general diferentes aspectos de su personalidad, fundamentalmente la afectividad, el control de impulsos, las formas de percibir la realidad, de pensar y la manera de relacionarse con los demás.

De las personalidades psicopáticas se han elaborado numerosas clasificaciones, partiendo de diversos puntos de vista: genéticos, anatómicos, clínicos, caracterológicos y psicológicos. De entre ellas destaca la de Kurt Schneider - porque además de haberse expandido por todo el orbe psiquiátrico, tiene la gran ventaja de su enlace directo con la realidad clínica, según lo pone de manifiesto Rojas Ballesteros⁵⁷.

Schneider las distribuye en tres grandes apartados, según el área que considera primordialmente afectada:

⁵⁶ Cfr. PATIÑO, José Luis, Op. cit., pp. 328 y ss.

⁵⁷ "El psicópata como sujeto delictivo", en: Los delincuentes mentalmente anormales, p. 43.

1. Alteración especial de los afectos. Se trata de alteraciones orientadas principalmente en torno del área de la afectividad, pudiendo distinguir entre ellas los hipertímicos, depresivos, lábiles de ánimo y explosivos.

2. Alteración de los sentimientos del yo, como los fanáticos y desalmados y los inseguros y necesitados de estimación.

3. Alteración de la voluntad, alrededor de los trastornos volitivos, y que pueden ser abúlicos y asténicos.⁵⁸

Hoy en día, según los criterios diagnósticos DSM-III y DSM-III-R, así como los de la Organización Mundial de la Salud (ICD-10), se incluyen estos cuadros dentro de los trastornos de la personalidad, siendo denominados por las dos primeras clasificaciones como antisocial y por la ICD-10 como trastorno de personalidad disocial, sociopática, antisocial, asocial o psicopática.

Tradicionalmente se ha considerado, partiendo de un concepto "intelectualista" de la enfermedad mental y de la identificación de la inimputabilidad con ésta, que el psicópata es imputable, dado que éste no se caracteriza por un defecto en sus facultades intelectivas, sino por deficien-

⁵⁸ Cfr. SCHNEIDER, K., Op. cit., pp. 87 y ss. Vid. también a CASAS Barquero Nieves, "Imputabilidad en trastornos de personalidad psicopática", en: Doctrina Penal, Año 13, Nos. 49 a 52, 1990, Bs.As., p. 108 y ss.

cias en su afectividad y carácter. Sin embargo, los adelantos experimentados por la psiquiatría en la materia han hecho posible que en el ámbito jurídico-penal tienda a admitirse la inimputabilidad del psicopático en determinados casos, especialmente los calificados por los psiquiatras forenses de "graves".

En Alemania, por ejemplo, Edmundo Mezger comentando el parágrafo 51 del Código Penal alemán modificado por la ley de reforma de 24 de noviembre de 1933, y ya antes al correspondiente al de 1871,⁵⁹ incluía dentro de las "perturbaciones morbosas de la actividad del espíritu", además de las auténticas enfermedades mentales (psicosis), de la imbecilidad y de las perturbaciones de distinta índole (rasgos y reacciones particulares anormales), a las personalidades anormales (psicopatías) sólo en los casos más graves, puesto que "una excesiva moderación jurídico-penal frente a la mayoría de los casos de psicopatas más leves es en extremo inconveniente e injustificada"⁶⁰

⁵⁹ El parágrafo 51 del Código Penal Alemán de 1871, decía: "No hay acción punible cuando el autor se encontraba al tiempo del acto en un estado de inconsciencia o de perturbación morbosa de la actividad del espíritu que excluía su libre determinación de la voluntad", y el modificado establecía: "No existe acción punible, si el autor al tiempo del hecho, a causa de perturbación de la consciencia, perturbación morbosa de la actividad del espíritu o debilidad mental, es incapaz de comprender la ilicitud del hecho o de obrar según esta comprensión".

⁶⁰ Cfr. MEZGER, Edmundo, Derecho Penal, pp. 212 y ss.

En forma semejante, Maurach, dentro de los "trastornos morbosos de la actividad anímica", cuyo concepto legal va - más allá del estrecho concepto psiquiátrico, ya que el objeto primario de lo "morboso" no lo ha de ser necesariamente la propia "actividad intelectual", sino también los trastornos profundos de la actividad volitiva, sensitiva e instintiva, incluía además de las propias enfermedades mentales - en sentido psiquiátrico (psicosis), a las anomalías aprehensibles tan solo psíquicamente, en donde caben los numerosos casos de psicopatías que se caracterizan de "más graves".⁶¹

La actual doctrina alemana, como la expuesta por Baumann, Wessels, Jescheck y Stratenwerth, incluye dentro de las "otras anomalías psíquicas graves" del parágrafo 20 del Código Penal Alemán de 1975, a las más graves formas de manifestación de las psicopatías, neurosis y perturbaciones sexuales.⁶²

En España, Rodríguez Devesa ha sostenido que el pensamiento tradicional de que la imputabilidad falta cuando el

⁶¹ Tratado, II, pp. 105 a 108 y 111.

⁶² BAUMANN, Op. cit., p. 224; WESSELS, Op. cit., p. 113; JESCHECK, Op. cit., vol. 12, p. 604 y STRATENWERTH, Derecho Penal, p. 170.

sujeto carece de inteligencia o de voluntad debe ser abandonado si se pretende llegar a una comprensión de los problemas que la imputabilidad suscita tanto de lege lata como de lege ferenda; para la ley penal no es la falta de aquélla o de ésta lo que decide sobre la inimputabilidad, "sino la presencia de determinado género de dificultades de control de comportamiento por parte del sujeto". Consecuentemente, la inimputabilidad comprende no solamente las psicosis y las formas oligofrénicas de idiocia e imbecilidad, sino también "aquellos casos no bien definidos, fronterizos o equiparables en sus efectos a los de una psicosis o una oligofrenia profunda: determinadas psicopatías, debiles mentales próximos a la imbecilidad, anormalidades psíquicas designadas como casos oscuros o dudosos en todas las clasificaciones psiquiátricas"⁶³

Entre los juspenalistas argentinos, Marracino, Spolansky, Frías Caballero y Zaffaroni, entre otros, han señalado, en contra de la opinión dominante en su país, que de manera

⁶³Según el dicho de Cobo del Rosal y de Vives Antón, en la doctrina española se admiten, por regla general, matizaciones en la responsabilidad de los psicópatas, llegando a aceptarse su total inimputabilidad en algunos casos, Op. cit., Tomo I, p. 427. Alberca Llorente, psiquiatra español, desde la década de los sesenta ha expresado que "tras aceptar que es difícil medir la gravedad de una psicopatía...hay acuerdo en considerar inimputables a las psicopatías graves (Wetzel, los Mac Cord, Palmieri, Stumpf, Aschaffenburg, Kranz y Langelüddeke), mientras que las leves no se benefician ni de la atenuación", "La actualidad de la enfermedad y la tipicidad del delito en Derecho Penal", en: Psiquiatría y Derecho Penal, p. 61, y antes en: "Psicopatías y delincuencia", en: Los delincuentes mentalmente anormales, pp. 64 y ss. Vid. también a CEREZO Mir, J., "El tratamiento de los semiimputables", pp. 22 y 23.

excepcional las psicopatías pueden ocasionar una situación de inimputabilidad, como también lo ha hecho en Colombia, - Reyes Echandía.⁶⁴

En nuestro país, García Ramírez y Carlos A. Madrazo -- propugnan por la inimputabilidad de las personalidades psicopáticas, y Lima Malvido los considera como sujetos con - imputabilidad disminuida.⁶⁵

La tesis que considera en forma generalizante que las personalidades psicopáticas son plenamente imputables exactamente como si se tratara de sujetos normales, cualquiera que sea la profundidad y extensión de sus anomalías, deba ser rechazada, dado que ello implica limitar erróneamente la eximente de que se trata a los defectos de la inteligencia o de la voluntad, con total exclusión de lo afectivo, - cuando la propia psiquiatría ha puesto de relieve que esas

⁶⁴ Vid. MARRACINO, Germán Alfredo, "Personalidad perversa e inimputabilidad", en: Jurisprudencia Argentina, Serie Moderna, Año XXIII, No. 904, 27 de junio de 1961, Es.As.; SPOLANSKY, Norberto Eduardo, "Imputabilidad y comprensión de la criminalidad", en: Revista de Derecho Penal y Criminología, No. 1, Enero-Marzo, 1968, Es.As., pp. 33 y ss.; FRIAS-Caballero, J., OP. Cit., pp. 333 y ss.; ZAFFARONI, E.R., Tratado, IV, - pp. 151 y ss.; REYES Echandía, A., Op. cit., pp. 55 a 57 y 134.

⁶⁵ Vid. GARCIA Ramírez, S., "La personalidad psicopática ante el Derecho Penal", en: Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XXVIII, No. 109, Enero-Abril, 1978, México, pp. 104-105, y La imputabilidad en el derecho penal mexicano, pp. 34 y 35; MADRAZO, Carlos A., - La reforma Penal (1983-1985), México: Porrúa, 1989, p. 133; MALVIDO Lima, Ma. de la Luz, La personalidad psicopática (Estudio criminológico) México: s.e., 1976, p. 127.

capas o estratos de la personalidad ya no deben ni pueden - concebirse como elementos aislados o independientes, porque entre ellos existe una íntima relación en donde la afectividad también juega un papel importante, principalmente en la determinación de la esfera volitiva.

Si tomamos en consideración que los psicópatas se caracterizan, en general, por un defecto permanente en su actividad afectiva, con repercusiones en la esfera intelectual y volitiva, que le impiden internalizar valores y normas de conducta, resulta evidente que en los casos más graves y -- profundos pueden ser inimputables o por menos con imputabilidad disminuida, sobre todo cuando la psicopatía se presenta asociada con alguna otra anomalía psíquica.

Al igual de lo que sucede en todas las causas de inimputabilidad, debe señalarse e insistirse en que la psicopatía no es en sí misma la que acarrea sin más la incapacidad de culpabilidad, sino que es indispensable, además, que concurre, como consecuencia de aquélla, la incapacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o la de obrar de acuerdo con dicha comprensión, lo que sólo se podrá resolver sobre la base del análisis que se haga de cada caso en particular.

3.2.2 Trastornos mentales transitorios.

El trastorno mental, además de permanente, puede ser - transitorio, diferenciándose éste de aquél más por la brevedad de su duración que por su intensidad.

La importancia de la distinción no reside tanto en la inimputabilidad, pues ambos de producir los efectos "psicológicos" que exigen las leyes penales traen consigo la incapacidad de culpabilidad, sino en las medidas aplicables en uno u otro caso.

El término "trastorno mental transitorio" fué introducido en el ámbito jurídico-penal por el psiquiatra español José Sanchis Banús cuando formaba parte de la Comisión parlamentaria redactora del Código penal español de 1932, en - sustitución del "estado de inconsciencia", estampado en el proyecto que sirvió de base al citado ordenamiento puniti--vo. Las razones que Sanchis Banús adujo como fundamento de la mencionada rectificación consistieron en que la noción - de "consciencia" es, por una parte, imprecisa, y por otra, - en que no hay "situaciones de inconsciencia", sino sólo --- "grados de la consciencia" y, además, en que la perturba---ción de la consciencia no es nunca pura, ya que va acompaña de una perturbación global del psiquismo.⁶⁶

⁶⁶Cfr. JIMENEZ de Asúa, L., La ley y el delito, pp. 346 y ss.

El trastorno mental transitorio derivado de las perturbaciones de la consciencia engloba tanto a las de base mórbida o patológica, como a las de génesis psicológica o fisiológica,⁶⁷ cuya casuística, por su variedad, es punto menos que imposible abarcarla aquí. Ello sobre todo si se toma en cuenta que en la doctrina no siempre hay uniformidad y acuerdo - en torno de cuáles son las hipótesis que traen consigo la ausencia de acto por involuntabilidad, y cuáles las que producen un estado de inimputabilidad, o por menos de imputabilidad disminuida.

Refiriéndose al tema de la consciencia, Zaffaroni ha presentado la inequívoca regla siguiente: "toda vez que haya una perturbación de la consciencia que impida la comprensión de la antijuridicidad de la conducta o la adecuación de la misma al derecho, habrá inimputabilidad; toda vez que la consciencia esté anulada, habrá incapacidad de conducta o involuntabilidad"⁶⁸

⁶⁷La polémica suscitada, sobre todo en España, acerca de la necesidad de una base patológica en el trastorno mental transitorio, debe considerarse actualmente superada desde el momento en que, psicológicamente es posible una perturbación de la consciencia cuyo origen se deba a causas psicológicas o fisiológicas. Sobre dicha polémica, son ilustrativos los ensayos de PEREZ-Vitoria, Octavio, "El «trastorno mental transitorio» como causa de inimputabilidad en el Código Penal Español" y de LOPEZ Saiz, Ignacio, y CODON, José María, "La base patológica como característica fundamental del «trastorno mental transitorio»", ambos publicados en el ADPCP, el primero en el Tomo V, Fasc. I, enero-abril, 1952, pp. 26-44, y el segundo en el Tomo VII, Fasc. II, mayo-agosto, 1954, pp. 269 a 279, Madrid, España.

⁶⁸La capacidad psíquica de delito, núm. 31, p. 76.

Langelüddeke enumera como ejemplos de las perturbaciones normales de la consciencia al agotamiento, el sueño, los estados letárgicos, el sonambulismo, los estados del hipnotismo y las emociones, y como anormales, los delirios febriles, los estados anormales de las gestantes, los estados crepusculares y la embriaguez.⁶⁹

De entre ellos, la doctrina dominante afirma que el agotamiento, el sueño normal y los estados letárgicos, constituyen evidentes casos de ausencia de acto, mientras que el sonambulismo y los estados del hipnotismo, incluyendo a la embriaguez del sueño, al estado crepuscular hípico y a la sugestión posthipnótica, los considera como "dudosos".

En efecto, mientras que algunos autores como Jiménez de Asúa, Cerezo Mir y Pavón Vasconelos sostienen categóricamente que el sonambulismo y los estados del hipnotismo generan una ausencia de acto, otros, como Reyes Echandía, los ubican dentro de los factores de inimputabilidad, y hay quienes, como Zaffaroni y Frías Caballero, advirtiendo que en la actualidad se carece de sólidas bases científicas sobre el tema, señalan que es menester considerarlos como supuestos de ausencia de acto por ser lo más favorable al reo, agregando el último de los citados que, mientras el problema extrajurídi-

⁶⁹Op. cit., p. 56.

co, psicológico o psiquiátrico no sea elucidado por los especialistas, la cuestión penal no puede resolverse en términos razonablemente fundados.⁷⁰

Otra posible fuente de inimputabilidad por trastorno mental transitorio la constituyen los estados emotivos violentos o agudos y ciertos grados del miedo. La característica común de este grupo, como de muchos otros, reside en que las soluciones jurídico-penales dependen del grado que alcanza la perturbación de la consciencia. Si la tensión emotiva alcanza niveles de explosividad capaces de comprometer seriamente la posibilidad de inhibición y aún de actuación consciente, estaremos en presencia de una situación de inimputabilidad o de imputabilidad disminuida, e incluso de ausencia de acto, como en el caso del sujeto que se halla aterrado o aterrorizado.⁷¹

Dentro del grupo de las perturbaciones patológicas de la consciencia, Langelüddeke, además de enumerar a los "deli

⁷⁰Cfr. JIMENEZ de Asúa, L., Tratado, III, pp. 691 y ss.; CEREZO -- Mir, J., "El tratamiento de los semiimputables", p. 28.; PAVON Vasconcelos, F., Imputabilidad e Inimputabilidad, pp. 100 y ss.; REYES Echandía, A., Op. cit., pp. 135 y ss.; ZAFFARONI, E.R., "La capacidad psíquica de delito, núm. 32, pp. 46 y ss.; del mismo, Tratado, III, pp. 154 y ss.; - FRIAS Caballero, J., Op. cit., pp. 231 y ss.

⁷¹Cfr. ZAFFARONI, E.R., Tratado, IV, p. 134 y ss.; LANGELÜDDEKE, - A., Op. cit., pp. 60 y ss.; FRIAS Caballero, J., Ibid., pp. 235 y ss.; - CARMONA Salgado, Concha, "Los estados emotivos y pasionales como causa de atenuación: sus incidencias y delimitaciones con la circunstancia de trastorno mental transitorio", en: ADPCP, Tomo XXXIV, Fascs. II y III, - mayo-diciembre, 1981, Madrid, España, pp. 433 y ss.

rios febriles" y a los estados anormales de la "gestación", - cuyo diagnósticó también plantea especiales dificultades y - que excepcionalmente pueden constituir supuestos de inimputa**u** bilidad, incluye a los estados crepusculares y a la embria-- guez.

Acerca de los estados crepusculares, el citado psiquiá-- tra señala que en la bibliografía se entienden cosas distin-- tas, ya que algunos autores los consideran como estados le-- tárgicos más o menos intensos, con comprensión dificultada, - con oscura y retardada ideación, con ausencia o defecto de - la capacidad de orientación, algunas veces acompañados de -- sensaciones delirantes y alucinatorias o de pseudopercepcio-- nes, en tanto que otros los conciben como estados agudos, -- temporalmente delimitados, de alteración de la consciencia, - según se advierte en los casos de epilepsia y en algunos ca-- sos de lesiones cerebrales o como consecuencia de intoxica-- ciones. Indica que mientras el primer grupo no presenta difi-- cultades por lo llamativo de sus síntomas, el segundo no es sencillo de enjuiciar, tanto en lo que se refiere a su diag-- nósticó como a su importancia forense, presentándose casos - en los que no raramente se exculpan acciones criminales por estados crepusculares, cuando en realidad se trata de una -- simple evasión de un psicópata o de un diáfano intento de ha-- llar un pretexto para salir de un apuro.⁷²

⁷²Op. cit., pp. 68 y 69.

Finalmente, también los episodios de intoxicación aguda, sea por embriaguez alcohólica o por cualquier otro tóxico, suelen plantear problemas médico-forenses y dogmáticos. De entre ello, únicamente haremos mención de los casos de intoxicación etílica porque, además de ser los más importantes por su frecuencia, plantean un problema dogmático análogo al de otros tóxicos.

La embriaguez ha sido reconocida como causa de inimputabilidad sobre la base de haberse probado que al alterarse el metabolismo cerebral por la presencia de sustancias etílicas en el torrente sanguíneo, surge una perturbación de la consciencia o un estado de plena inconsciencia, según sea la cantidad de alcohol que haya absorbido el organismo humano.

Por esa razón, el diagnóstico de la intoxicación etílica cobra vital importancia para los efectos de la inimputabilidad. Una de las clasificaciones médico-legales más significativas para el tema es aquella que, atendiendo al grado o intensidad del trastorno, habla de embriaguez semiplena o incompleta, plena o completa y coma alcohólico o período comatoso, y, atendiendo a las formas clínicas de la intoxicación distingue la intoxicación crónica de la simple embriaguez aguda o transitoria, sea patológica o fisiológica.

En la embriaguez incompleta el alcohol ingerido "actúa

primero sobre las células y tejidos más diferenciados, como son los del sistema nervioso central y los de la corteza cerebral, de tal manera que las representaciones éticas y estéticas se disocian, y se liberan automatismos, originándose - estados impulsivos y agresiones en actitudes, gestos, ademanes, palabras o hechos; se pierde la autocrítica, y la memoria se perturba, pero se conserva"; no hay pérdida de la --- consciencia. La segunda fase o grado de la ebriedad (ebriedad completa) se caracteriza por una "irritabilidad mayor, - en la que el sujeto es más impulsivo, insolente y provocador, tornándose aún más peligroso; la palabra articulada es lenta y las expresiones incoherentes; ocurre lo mismo con las expresiones escritas, en las que se hacen manifiestos los temblores y la falta de coordinación motriz; esto sucede también en la marcha, que se hace zigzageante; la sensibilidad general se embota; aparece la confusión mental: el sujeto es tá desorientado y pierde la memoria". Por último, el estado comatoso, en el cual hay inconsciencia completa, reflejos reprimidos y temperatura subnormal.⁷³

Esta clasificación suele coordinarse con aquella otra - que, tomando en cuenta la forma de adquisición de la intoxicación, distingue la embriaguez involuntaria, accidental o - fortuita, de la voluntaria, esto es, la embriaguez que se --

⁷³QUIROZ Cuarón, A., Op. cit., p. 703.

produce sin que el sujeto haya tenido la intención de ingerir el tóxico, de la que, no persiguiendo precisamente la embriaguez, exhibe la intención del sujeto de ingerir el tóxico.

Para efectos de la inimputabilidad, se estima relevante a la embriaguez completa, patológica o fisiológica, pues ésta, si reúne los requisitos legales de ser accidental o involuntaria, puede eximir al sujeto de responsabilidad bajo el amparo del trastorno mental transitorio, toda vez que en dicho estado se es incapaz de comprender la ilicitud del hecho o la de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

La embriaguez incompleta o parcial, accidental o involuntaria, si bien en principio es irrelevante, en determinados casos puede constituir un supuesto de imputabilidad disminuida.

Cabe advertir, para cerrar este acápite, que la precedente enumeración de los trastornos mentales capaces de servir de fundamento a situaciones de inimputabilidad, no es ni con mucho exhaustiva. Cualquier perturbación de la conciencia que transitoriamente impida comprender la ilicitud de la conducta o la adecuación de la misma al derecho, debe considerarse como causa de incapacidad de culpabilidad.

4. Consecuencias jurídicas.

De acuerdo con un derecho penal basado en el principio de culpabilidad, si bien a los inimputables que cometan un hecho previsto en las leyes como delito no se les puede imponer pena alguna por estar exentos de responsabilidad penal, ello no impide, sin embargo, la aplicación de determinadas medidas de seguridad, cuya reglamentación debe satisfacer -- las exigencias propias de un Estado de Derecho, tales como -- señalar para su aplicación la previa comisión de un hecho -- previsto en la ley como delito, la entrada en juego del criterio de la peligrosidad criminal, del principio de proporcionalidad y el de intervención mínima, así como el de limitar la duración de las medidas de seguridad al máximo de la punibilidad señalada para el delito de que se trate.

Las legislaciones penales de corte moderno han establecido básicamente como medidas de seguridad para inimputables al internamiento y al tratamiento psiquiátrico en libertad o ambulatorio,⁷⁴ los que pueden aplicarse tanto a los inimputables permanentes como a los que transitoriamente se encuentran en dicho estado, siempre y cuando su condición de peligrosidad así lo exiga, es decir, que sólo en los casos en -

⁷⁴ Así lo establecen, entre otros, los Códigos penales de Alemania -- (arts. 61, 63 y 65 inc. 3), España (art. 8, inc. 1ª), Colombia (arts. 12 33 y 93), Cuba (art. 85, inc. a) y 86) y México (art. 67)

los que el sujeto por su peligrosidad requiera de tratamiento psiquiátrico, se justificará la imposición de éste como medida de seguridad.⁷⁵

Por ello, las medidas de seguridad, como "medidas asistenciales, consecuentes a un hecho típico antijurídico, aplicado por los órganos jurisdiccionales (con la ayuda de peritos en las ciencias del hombre), a tenor de la ley, a las personas (naturales) peligrosas (con peligrosidad delictual) para lograr la prevención especial",⁷⁶ requieren para su procedencia, además del criterio de la peligrosidad delictual,⁷⁷ que la clase y duración de la medida sea proporcional a la gravedad del evento dañoso, o como lo establece el Código penal alemán: "cuando de la valoración conjunta del hecho y de su autor y como consecuencia de su estado, pueda inferirse -

⁷⁵ Sobre el tema, Romeo Casabona señala: "La comisión del delito y la absolución no deben conducir necesariamente a la conclusión de la existencia de peligrosidad o a la aplicación directa de la medida de seguridad sin ulteriores comprobaciones por el mero hecho de la existencia de una perturbación o anomalía. La peligrosidad del inimputable debe quedar también plenamente demostrada. La aplicación de medidas de seguridad (particularmente si consisten en privación de libertad) estará condicionada por la peligrosidad y la intensidad de ésta, debiendo dejar de aplicarse en el preciso momento en que la peligrosidad haya cesado; pues no se puede pretender prolongar la medida hasta conseguir la «curación» definitiva del peligroso, lo que no impide que en ciertos casos ambas circunstancias coincidan (curación y cese de la peligrosidad", Peligrosidad y derecho penal preventivo, Barcelona: Bosch, 1986, p. 60.

⁷⁶ BERISTAIN, A., Medidas penales en Derecho contemporáneo (Teoría, legislación positiva y realización práctica), Madrid: Reus, 1974, p. 49.

⁷⁷ La peligrosidad delictual se define como "el conjunto de condiciones objetivas y subjetivas por las que una persona probablemente llegará a ser ulteriormente autora de un delito", BERISTAIN, A., Ibid, p. 88

que cometerá hechos antijurídicos de importancia, demostrativos de que se trata de un sujeto peligroso para la sociedad (art. 63)".

Podemos concluir, entonces, que para la aplicación de una medida de seguridad a un inimputable, no basta el simple estado de inimputabilidad, sino que se requiere, por una parte, que el hecho cometido por aquél, además de típico, sea antijurídico, o sea, no justificado, lo que no descarta la posibilidad de que concurran en beneficio del propio incapaz las restantes excluyentes de responsabilidad,⁷⁸ inclusive las de inculpabilidad que sean compatibles con el estado de inimputabilidad,⁷⁹ y por otro, que el sujeto sea peligroso, es decir, que por su estado o condición sea probable que en el futuro lleve a cabo actos que constituyan infracciones a la --

⁷⁸Cfr. MAURACH, R., Tratado, II, pp. 575 y ss.; WELZEL, H., Derecho Penal Alemán, pp. 360 y ss.; JESCHECK, H.H., Tratado, 2ª, pp. 118 y ss.; BACIGALUPO, E., "La antijuridicidad y la justificación de los hechos cometidos por inimputables permanentes en el Código Penal Mexicano" pp. 23 y ss.; AGUDELO Betancur, N., Op. cit.; JOSHI Jubert, Ujala, "Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuridicidad", en: ADPCP, Vol. 42, Fasc. I, enero-abril, 1989, Madrid, España, pp. 125 y ss.; MUÑOZ Conde, F., "La creencia errónea de estar obrando licitamente", en: DPC, Vol. 10, No. 34, enero-abril, 1988, Bogotá, Colombia, pp. 21 y ss.

⁷⁹En el ámbito del error de prohibición, salvo el caso de la eximentes putativas que es posible afecte a un inimputable (v.gr., un enfermo mental que padece manía persecutoria, cree ser objeto de una agresión y lesiona o mata a otra persona), no resultan admisibles las restantes, ya que presuponen una capacidad de comprensión del sentido de las normas de la que carece el incapaz de culpabilidad. En el mismo sentido, RIGHI, Esteban, "Medidas de seguridad: descripción legal, aplicación judicial y ejecución", en: Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal, p. 186.

ley penal. Esta cualidad de la persona en la que se aprecia la probabilidad de cometer en lo futuro un delito, estará dada por el llamado juicio de peligrosidad, a través de dos momentos: la comprobación de la cualidad sintomática de peligroso (el diagnóstico de peligrosidad), por un lado, y la comprobación de la relación entre dicha cualidad y el futuro criminal del sujeto (prognosis criminal), por el otro.⁸⁰

⁸⁰Cfr. ROMEO Casabona, Carlos María, Op. cit., pp. 30 y ss.

CAPITULO CUARTO

PROBLEMAS PARTICULARES

1. Planteamiento.

Hemos reservado el presente capítulo para el análisis - de la problemática que se presenta en torno de tres temas -- que se vinculan estrechamente con el objeto de nuestra invesgación. El primero se relaciona con la teoría de las actiones liberae in causa, cuya problemática, ciertamente vigente también para otros elementos del delito, deriva de la exigencia doctrinal y legislativa de que la imputabilidad debe existir en el momento en que el sujeto lleva a cabo la actividad o inactividad típica. El segundo surge de los casos en los - que pese a la notable disminución de la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con dicha comprensión, no es, sin embargo, suficiente pa-ra excluir la imputabilidad del sujeto, y hace necesario discutir acerca del tratamiento jurídico que a dicho fenómeno, - conocido como imputabilidad disminuida o atenuada, debe dár-sele en el ámbito penal. Y el tercero nace de la consagra-ción legislativa del indígena como inimputable, apoyada por la opinión de algunos juristas que lo consideran así por el hecho de ser tal.

2. El momento de la imputabilidad.

De acuerdo con los principios básicos que informan al -

derecho penal contemporáneo y con la mayoría de las fórmulas legales de la inimputabilidad, se puede afirmar que las condiciones de la imputabilidad deben estar presentes en el momento en que el sujeto despliega la actividad o la inactividad típica, esto es, en el momento de la comisión del hecho. Sin embargo, en ocasiones el sujeto, antes de actuar se coloca, preordenada o simplemente en forma voluntaria o imprudente, en situación de inimputabilidad, y en esas condiciones realiza el hecho típico. En estos casos, el problema que se plantea es el de si tal sujeto es o no responsable penalmente y, de serlo, el de como se fundamenta la imputabilidad y la culpabilidad del autor. Tales cuestiones nos llevan directamente a la problemática de las acciones liberae in causa, es decir, a las acciones libres en su causa, pero determinadas en cuanto a sus efectos.

Otros supuestos, como aquellos en que el sujeto se torna inimputable después de acaecido el hecho típico o durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad correspondiente, carecen aquí de significado, dado que dichos estados (inimputabilidad subsequens) no inciden sobre la imputabilidad existente en el momento del hecho, sino sólo en cuestiones procesales y de ejecución penal (suspensión del proceso o de la ejecución de la pena privativa de libertad hasta en tanto se recobre la salud mental).

2.1 Acciones liberae in causa.

La teoría de las acciones liberae in causa se remonta a los prácticos medievales con el fin de explicar especialmente, basados en el derecho canónico, los casos de delitos cometidos en estado de embriaguez voluntariamente contraída. Ha sido aceptada por la mayor parte de la doctrina penal de nuestros, pero su admisión se encuentra, no obstante, rodeada de controversias.

Un primer punto de discusión estriba en determinar si su admisión representa una excepción a los principios generales sobre la imputabilidad y la culpabilidad, o si, por el contrario, se trata de una "excepción aparente", que los deja intangibles.

Esta discusión es seguida por la tocante al campo de aplicación de la teoría de las acciones liberae in causa en la moderna teoría del delito. Se suele extenderla a hipótesis en que no es la imputabilidad la que aparece excluida en el momento de la ejecución del hecho típico, sino otros elementos del delito como la acción, la antijuridicidad o la culpabilidad por razones atribuibles al propio sujeto. Su examen, aunque interesante, escapa a los fines de este trabajo de investigación.

Igualmente suscitan controversias las cuestiones relacio

nadas con los fundamentos básicos de las acciones liberae in causa y las formas en que suelen presentarse éstas, es decir, la existencia tanto de acciones (u omisiones) liberae in causa dolosas como culposas.

Como la polémica en torno al campo de aplicación de la teoría de las acciones liberae in causa en la moderna teoría del delito excede en mucho el ámbito de la imputabilidad, sólo nos concretaremos al estudio de los temas que se vinculan directamente con la materia de nuestra investigación, para lo que es pertinente que precisemos, en principio, qué se entiende por acciones liberae in causa y cuál es su estructura.

a) Concepto y estructura.

Con la expresión *actio libera in causa* se designa en la literatura tradicional el fenómeno delictivo que se presenta cuando "se produce un resultado contrario al derecho, por un acto o una omisión, en estado de inimputabilidad, si bien esta conducta fué ocasionada por un acto (acción u omisión) doloso o culposo, cometido en estado de imputabilidad"¹, es de--

¹LISZT, F. von, Op. cit., II, pp. 399 y 400. El concepto que de las acciones libres en su causa proporciona la doctrina contemporánea, casi es uniforme. Por ejemplo, MAURACH las define como la "acción cuya causa decisiva ("causa") es interpuesta por el sujeto en estado de imputabilidad ("libre"), produciéndose el resultado típico en un momento de inimputabilidad", Op. cit., II, p. 113; MAGGIORE, como aquellos actos que, habiendo sido queridos mientras el autor era imputable -y por tanto libres en el momento causal-, se verifican cuando el agente no está ya en estado de imputabilidad, Op. cit., I, p. 505, y JESCHECK, como "un comportamien-

cir, aquel fenómeno que se caracteriza porque, si bien al --- tiempo del hecho típico el autor se encuentra en estado de inimputabilidad, dicha situación puede referirse a un momento anterior (actio praecedens) en que era plenamente capaz de -- culpabilidad.

Estructuralmente, las acciones libres en su causa presentan dos momentos bien diferenciados: la actio praecedens, realizada antes del comienzo de la ejecución del delito, y en -- virtud de la cual el sujeto se coloca en situación de inimputabilidad; y la realización de la acción típica siendo el sujeto incapaz de culpabilidad. Entre ambos momentos la doctrina exige, además, que medie un nexo causal no sólo objetivo o externo, sino también de carácter psicológico o anímico.²

to que el autor pone en marcha de forma responsable, pero no desemboca en una acción típica hasta un determinado momento en que el sujeto ha perdido la capacidad de acción o la plena capacidad de culpabilidad", Op. cit. I, p. 610. En México, CANTU Creel dice que existen "cuando el sujeto teniendo capacidad de entender y de querer, comisivamente se coloca voluntaria o culposamente en un estado de incapacidad de culpabilidad, o de ausencia de conducta; u omisivamente no evita en forma voluntaria o culposa la presentación de dichas hipótesis, produciéndose un resultado típico", - Breve ensayo sobre la conducta libre en su causa, México: Anales de Jurisprudencia, Tomo 152, 1970, p. 51; y VELA Treviño, las define como "las -- conductas productoras de un resultado típico en un momento de inimputabilidad del sujeto actuante, pero puesta la causa en pleno estado de imputabilidad", Op. cit., p. 36.

²Alonso Alamo, por ejemplo, señala que no basta una simple relación de sucesión, sino que es preciso un efectivo enlace causal externo y psicológico. La actio praecedens puede estar dirigida a la causación de la i inimputabilidad (o de la incapacidad de acción) con la finalidad de cometer en tal situación un delito, pero basta que al realizar la acción precedente (por ejemplo, al beber en exceso) el sujeto haya al menos podido prever la producción del hecho típico, "La acción «libera in causa»", en: ADPCP, Vol. 42, No. 1, enero-abril, 1990, Madrid, pp. 81 y ss. Para MAGGIO Re, las acciones liberae in causa se verifican siempre que se encuentre:

De acuerdo con ello, como la acción que se lleva a cabo en estado de inimputabilidad no es libre en ese momento, pero lo ha sido "en su causa", es posible que se traslade la culpabilidad a ese momento previo, es decir, a la conducta que el sujeto realiza para colocarse en situación de incapacidad de culpabilidad.

Se advierte, entonces, que en la teoría de las acciones liberae in causa se anticipa la culpabilidad de un sujeto -- por un hecho típico que se produce cuando es inimputable, pese a la existencia del principio que señala que el autor debe ser capaz de culpabilidad al tiempo del hecho.

No obstante lo claro de la cuestión, un sector de la -- doctrina, siguiendo a Maurach y sin que fundamente suficientemente dicha posición, no duda en afirmar que la actio libera in causa es sólo una "excepción aparente" al principio de culpabilidad.³ Para llegar a dicha conclusión, los autores -- que la mantienen "no sólo extienden la culpabilidad a una --

1) Una voluntad inicial, que se supone causa libre y consciente; 2) Un estado de incapacidad de entender o de querer en que el agente se haya puesto voluntariamente; 3) Un resultado; 4) Una nexa de causalidad -- aunque -- sea mediato o indirecto -- entre la acción y el resultado, Op. cit., I, pp. 505 y 506.

³ Además del autor citado (Tratado, II, p. 113), participan de esta postura, entre otros, ANIOLISEI, F, m Op. cit., p. 441; DIAZ Palos, F., Op. cit., p. 49; GARCIA Ramírez, S., La imputabilidad... p. 20; LOPEZ Betancourt, E., Op. cit., p. 8. Zaffaroni, en principio se adhirió a este criterio (La capacidad psíquica de delito, No. 33, pp. 15 y ss.), el que varió después en su Tratado (III, pp. 439 y ss.) y en su Manual de Derecho Penal (pp. 475 y ss.).

conducta anterior a la conducta típica, sino que extienden la tipicidad misma a la conducta de procurarse la inculpabilidad",⁴ produciéndose así una "anticipación" de la realización del tipo,⁵ y, con ello, la existencia ya de tentativa de delito en la realización de la acción precedente,⁶ cuando lo ciertos que éstas no representan en lo absoluto ningún peligro para el bien jurídico protegido, ni constituyen, por consiguiente, principio de ejecución alguno.

De ello se deduce que, en verdad, las acciones liberae in causa representan una excepción al principio que señala -- que la imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho,⁷ excepción que ha sido expresamente prevista, -

⁴ZAFFARONI, E.R., Tratado, III, p. 40.

⁵Se advierte una "anticipación" de la realización del tipo, en LISZT cuando afirma que momento decisivo no es la ejecución del resultado, sino el impulso dado, cuando existe imputabilidad, para que la cadena causal - se desarrolle, Op. cit., II, p. 400. En el mismo sentido se manifiestan: COBO/Vives, Op. cit., p. 406; MUÑOZ Conde, F., Teoría general del delito, pp 18 y 155; VELA Treviño, S., Op. cit., pp. 43 y 44; CANTU Creel, S., -- Op. cit., p. 49; GARCIA Ramírez, S., La imputabilidad...p. 20, entre otros

⁶ANPOLISEI señala, por ejemplo, que quien se embriaga para ponerse en condiciones de cometer un delito, en el momento en que se procura la - embriaguez comienza ya en realidad a cometer el delito, Op. cit., p. 441. De seguirse este criterio, se llegaría a la conclusión de que en el caso en que el sujeto por causas ajenas a su voluntad (v.gr., el que ni siquiera llega a salir de su casa en busca de la víctima a quien pretende matar), si bien no responde por delito consumado, sí lo debe hacer por tentativa.

⁷En este sentido, entre otros, SOLER, S., Op. cit., II, p. 46; BE--TTIOL, G., Op. cit., p. 363; RANIERI, S., Op. cit., I, p. 230; MUÑOZ Conde, F., Teoría... p. 154; BACIGALUPO, E., Manual..., p. 161; GALLINO Yanzi, C., "Imputabilidad Criminal", en: Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo IX, p. 239; JESCHECK, H.H., Op. cit., 1^o, pp. 610 y 612; LOPEZ Betancourt E., Op. cit., p. 8; MUÑAGORRI Laguña, I., "Sobre la presencia de la «acción libera in causa» en el art. 8.1 del Código Penal", en: ADPCP, Tomo - XLIV, Fasc. II, mayo-agosto, 1991, p. 249.

aunque parcialmente, en algunos ordenamientos punitivos.⁸

b) Fundamento.

Precisado el concepto de las acciones liberae in causa, - cabe plantearnos el problema del fundamento de la punición de tales acciones, ya que como se advirtió en el punto que antecede, ante la necesidad de sancionar aquellos casos en los -- que falta la respectiva congruencia entre injusto y culpabilidad, tanto la doctrina como algunas leyes penales han recurrido a la teoría que se analiza, en vía de excepción a los principios de la imputabilidad.

De entre los diversos argumentos que se han vertido para fundamentar la punición de las acciones libres en su causa, - sobresalen dos: uno que advierte un paralelismo entre la actio libera in causa y la autoría mediata, y otro que trae a colación el principio causa causae est causa causati.

Un amplio sector doctrinal, entendiendo que desde la --- perspectiva del injusto material no cabe hallar diferencias, - por ejemplo, entre quien se sirve de un inimputable para cometer el delito y quien se hace a sí mismo inimputable y en es-

⁸ Así acontece en los Código penales de Italia (art. 87), España --- (art. 8, 1º), Colombia (art. 32) y México (art. 15, II), así como el Códⁱ Penal Tipo para Latinoamérica (art. 21).

ta situación comete el delito, pretende hallar como fundamento de la punibilidad de la actio libera in causa el paralelismo existente entre ésta y la autoría mediata: "Si el «ejecutor» es un puro instrumento del autor mediato, en la actio libera in causa el sujeto incapaz al tiempo del hecho es un puro instrumento de sí mismo".⁹

Al margen de las diferencias existentes entre ambas figuras, aún admitiendo dicho paralelismo, en el fondo no se llega a contestar la cuestión del por qué debe responder quien es incapaz de culpabilidad al tiempo del hecho, incapacidad presente en la actio libera in causa y no, en cambio, en la autoría mediata: "Si se admite que en la actio libera in causa la causación de la propia incapacidad no es aún comienzo de ejecución y que, por tanto, la acción típica es realizada por un sujeto incapaz, entonces, el recurso a la autoría mediata no nos dice nada sobre el porqué de la punibilidad de un sujeto incapaz al tiempo del hecho".¹⁰

Otro sector de la doctrina, al vincular la actio libera in causa con el resultado mediante las leyes de la causalidad

⁹ALONSO Alamo, M., Op. cit., p. 64. Este paralelismo ya se advertía en CARRARA, F., Op. cit., I^a, pp. 226 y ss.; LISZT, F., Op. cit., II, p. 400, y BELING, E., Esquema, p. 72, siendo compartido por autores como SAUER, G., Op. cit., p. 145; MEZGER, E., Tratado, II, p. 70; MAURACH, R., Op. cit., II, p. 113; WELZEL, H., Derecho penal alemán, p. 220; JESCHECK, H.H., Op. cit., I, p. 612; GOMEZ Benítez, J.M., Op. cit., p. 477; BACIGA-LUPO, E., Manual de Derecho Penal, p. 162; LOPEZ Betancourt, E., Op. cit. p. 8, entre otros.

¹⁰ALONSO Alamo, M., Ibid., p. 65.

pretende fundamentar la punibilidad de las acciones libres en su causa en la existencia de un enlace causal físico y psíquico entre el hacer precedente "libre" y la acción (u omisión) "no libre" invocando el principio causa causae est causa causati: "Siendo el sujeto incapaz (de acción, de culpabilidad) al tiempo del hecho, se retrotrae esta situación a un momento anterior en que aún capaz, produce (voluntariamente) su situación de incapacidad o «no libertad», es decir, al momento en que, aún «libre», coloca la «causa decisiva» (la causa eficiente".¹¹

Al igual de lo que acontece con la postura antes analizada, en ésta tampoco se proporciona una respuesta al porqué de la punición del incapaz de culpabilidad al tiempo del hecho, - dado que el criterio de la causalidad (física y psíquica) lleva, en definitiva, a fundamentar la responsabilidad en la conducta anterior a la ejecución del hecho, traspasando de esta manera las barreras del "tiempo del Hecho" la que debe referirse la imputabilidad.

Además, quienes invocan el principio causa causae est -- causa causati para fundamentar la actio libera in causa, fre-

¹¹ ALONSO Alamo, M., Op. cit., p. 65. BETTIOL, por ejemplo, expresa que "El criterio de punibilidad debe buscarse en el principio según el cual causa causae est causa causati: el que determina voluntariamente una situación de la cual se deriva un evento lesivo, debe ser llamado a responder penalmente de éste, independientemente de si fue previsto o -- querido", Op. cit., pp. 363 y 364.

cuentemente desdibujan el contenido y límite de la misma. Esto se advierte en Manzini, cuando pone como ejemplo, advirtiendo un paralelismo, entre "quien coloca una bomba provista de un mecanismo de <tiempo> que la haga explotar después de varias horas cuando el delincuente se encuentre lejos y, eventualmente, en un estado transitorio de absoluta inconsciencia..." y quien predispone su propio poder de acción material para actuar cuando "la propia mente estará ofuscada o paralizada por la desatención, por el sueño, por la embriaguez o -- por el delirio", en donde cabe ver, dice, una "causalidad voluntaria", afirmando que basta que el dolo acompañe a un momento cualquiera de la acción.¹²

Independientemente de que en la actio libera in causa no está ausente el dolo, sino la capacidad de culpabilidad, existe entre las hipótesis consideradas una importante diferencia: mientras que quien coloca una bomba realiza un acto típico de ejecución, quien, por ejemplo, se embriaga para darse ánimos y en dicho estado cometer el delito, se mueve todavía en una fase previa a la ejecución, según se puntualizó anteriormente, esto es, la acción precedente no constituye principio de ejecución alguno.

Si no cabe equiparar la actio libera in causa con la au-

¹² MANZINI, V., Tratado, II, pp. 168 y ss., citado por ALONSO Alamo, M., Op. cit., p. 66.

toría mediata, ni tampoco invocar el principio causa causae - est causa causati como fundamento de la punibilidad de las acciones libres en su causa, no nos queda más que llegar a la conclusión de que las razones por las cuales aquellas representan una excepción a los principios generales de la imputabilidad se derivan de la necesidad de sancionar situaciones que de otra forma quedarían impunes, con graves consecuencias para la prevención general.¹³ Esto conlleva, a su vez, la necesidad de que el legislador establezca y reglamente expresamente la materia que la figura, correctamente concebida, pretende captar, o sea, que dicha excepción se establezca únicamente para aquellos casos que, a pesar de la instrumentación dogmática existente, no se podrían llegar a sancionar sin menoscabo del principio de culpabilidad.

c) Formas.

Ligado al problema del fundamento de la punibilidad de las acciones liberae in causa se presenta la cuestión de determinar en qué casos se justifica, por razones de política criminal, que el legislador establezca expresamente como excepción a los principios de la imputabilidad, la punición de la materia que la figura pretende captar. Es decir, en qué supuestos, a pesar de la instrumentación dogmática existente, -

¹³En el mismo sentido: BUNSTER, A., "En torno de la imputabilidad penal", p. 142, y ALCNSO Alamo, M., Op. cit., pp. 66 y 67.

resulta necesario acudir al expediente de la *actio libera in causa* para sancionar los hechos de un inimputable, que de otra forma quedarían impunes.

Un enorme sector doctrinario admite la existencia tanto de acciones *liberae in causa* dolosas como culposas,¹⁴ aún admitiendo la escasa importancia práctica que ofrecen las primeras, que raramente suelen darse en la vida cotidiana, salvo en sus formas de omisión.

Los ejemplos que comúnmente se citan al respecto provienen de Liszt¹⁵ cuando hace alusión al guardagujas que se embriaga con la intención de no hacer el cambio de agujas a la llegada del tren expreso; y a la madre que sabiendo que se agita intranquila durante el sueño, coloca, por imprudencia, a su hijo junto a la cama y le aplasta.

Pero aparte del caso de la preordenación, en donde el sujeto se coloca en estado de inimputabilidad con el fin de cometer, en dicho estado, el delito proyectado, el principio de la *actio libera in causa* se ha ampliado para abarcar aquellos

¹⁴ Así, entre otros, MAURACH, R., Op. cit., II, p. 113; WELZEL, H., - Derecho Penal Alemán, p. 220; DIAZ Palos, F., Op. cit., pp. 185 y 193; GOMEZ Benítez, J.M., Op. cit., p. 477; JESCHECK, H.H., Op. cit., I, p. 612; BACIGALUPO, E., Manual..., pp. 162 y 162; ALONSO Alamo, M., Op. cit., pp. 93 y ss.; FRIAS Caballero, J., Op. cit., pp. 208 y ss.; REYES Echandía, A. Op. cit., pp. 153 y 154; LOPEZ Betancourt, E., Op. cit., p. 9.

¹⁵ Op. cit., II, p. 400.

otros en los que el estado de inimputabilidad es adquirido -- por el agente de modo simplemente voluntario o imprudentemente.

A partir de ello, los iuspenalistas que se han ocupado del tema¹⁶ mencionan como supuestos de acciones liberae in -- causa dolosas: 1) el caso en que el sujeto se coloca en estado de inimputabilidad con la finalidad de cometer, en dicho estado, un delito, y 2) el caso en que el sujeto simplemente se coloca en dicho estado, representándose y aceptando la posterior realización del hecho típico; y como supuestos de acciones liberae in causa culposas: 1) el caso en que el sujeto, voluntaria o imprudentemente, se coloca en estado de inimputabilidad, previendo la posibilidad de realizar un hecho delictivo, pero con la esperanza de que éste no se produzca, y 2) el caso en que el sujeto, voluntaria o imprudentemente, se coloca en estado de inimputabilidad, sin prever la posibilidad de realizar un hecho delictivo, siendo éste previsible.

Ahora bien, si partimos de la premisa de que sólo en los casos en que resulta insuficiente la instrumentación dogmática existente, se justifica la excepción a los principios de -

¹⁶Cfr. ZAFFARONI, E.R., La capacidad psíquica de delito, No. 33, p. 21; ALONSO Alamo, M., Op. cit., pp. 94 y ss.; FRIAS Caballero, J., Op. cit., p. 211; PORTE Petit, C., Programa de Derecho Penal, p. 561; PAVON - Vasconcelos y VARGAS López, Código Penal de Michoacán Comentado, Parte General, México: Porrúa, 2ª ed., pp. 161 a 163

la imputabilidad que la teoría de las acciones liberae in causa representa, entonces no nos queda otro camino que llegar a la conclusión, con Zaffaroni y Cousiño MacIver, de que la "admisión de la doctrina de las acciones liberae in causa para resolver los hechos culposos es errada, ya que éstos son fácilmente explicables con la actual teoría de la culpa, sin necesidad de acudir a ninguna ficción"¹⁷

En efecto, si la culpa, según la opinión dominante,¹⁸ se fundamenta en la infracción de un deber de cuidado, resulta obvio que quien se torna inimputable, voluntaria o imprudentemente, previendo la posibilidad de realizar un evento delictivo, pero con la esperanza de que este no se produzca, o que sin preverlo, sea éste previsible, está violando un deber objetivo de cuidado configurador, de producirse el resultado típico, de los caracteres del delito culposo. Y ello porque en el momento de cometer el injusto se hallaba en estado y en si

¹⁷ Cfr. ZAFFARONI, E.R., Tratado, III, p. 445, y Manual de Derecho Penal, pp. 475 y 476; y a COUSIÑO MacIver, Luis, Derecho Penal Chileno, - Parte General, Tomo I, Chile: Edit. Jurídica de Chile, 1975, pp. 532 y ss. quienes citan a HORN, Eckhard (Actio libera in causa eine notwendige, eine zulässige Rechtsfigur?, en: Goldammer's Archiv, 1969, pp. 195 y ss.). En el mismo sentido, ANIOLISEI, F., Op. cit., p. 441, quien cita a VANNINI (L'"actio libera in causa") y a ALTAVILLA (manuale, p. 209).

¹⁸ Cfr. MAURACH, R., Op. cit., II, pp. 221 y ss.; WELZEL, H., Derecho penal alemán, pp. 182 y ss.; JESCHECK, H.H., Op. cit., II, pp. 774 y ss.; ZAFFARONI, E.R., Tratado, III, pp. 385 y ss.; del mismo, Manual de Derecho Penal, pp. 453 y ss.; BACIGALUPO, E., Lineamientos, pp. 137 y ss.; del mismo, Manual de Derecho Penal, pp. 213 y ss.; MUÑOZ Conde, F., Teoría general del delito, pp. 71 y ss.; MALAMUT Goti, Jaime E., El delito - imprudente, Buenos Aires: Astrea, 1972; del mismo, La estructura penal de la culpa, Buenos Aires, 1976, entre otros.

tuación de culpabilidad, y ese injusto, por lo mismo, le es perfectamente reprochable

Descartada, pues, la necesidad de acudir a la doctrina de la *actio libera in causa* para fundamentar la punición del sujeto que en estado de inimputabilidad realiza culposamente un hecho típico, el ámbito de la aplicación de aquella se ve reducido a los casos en los que no es posible sancionar, sin menoscabo del principio de culpabilidad, al sujeto que preordenadamente se torna inimputable con el propósito de, en dicho estado, cometer el delito, o que, previéndolo, acepte su comisión, dada la insuficiencia de la instrumentación dogmática existente.

Ello supone, por un lado, que para la configuración de la *actio* (u *omissio*) *libera in causa dolosa*, debe existir correlación entre el delito que el sujeto se ha representado y el efectivamente producido, puesto que no basta que el autor se haya representado la posibilidad de cometer un delito en general, y, por otro, que en la *actio* (u *omissio*) *libera in causa dolosa* puede concurrir un error de tipo,¹⁹ *aberratio*

¹⁹La relevancia del error de tipo en la *actio libera in causa dolosa* no supone, como lo ha puesto de relieve Alonso Alamo, un menoscabo de la exigencia de que el sujeto se haya representado un determinado delito, como en principio pudiera suponerse. El que por error se cometa un delito distinto del proyectado no fundamenta la impunidad, ya que la "exigencia de que en las *actiones liberae in causa* la *actio praecedens* esté enlazada psicológicamente a un delito determinado y de que éste haya sido el efectivamente producido, debe entenderse con excepción de los

ictus, error in objeto o el fenómeno de la preterintencionalidad, cuyo tratamiento jurídico debe seguir las reglas generales.

En suma, el ámbito de aplicación de las acciones liberae in causa se reduce sólo a los casos en los que el sujeto preordenadamente se torna inimputable con el propósito de cometer, en dicho estado, el delito proyectado, o que, previendo dolo, acepte su comisión.

3. La imputabilidad disminuida.

Partiendo del hecho de que pueden presentarse en el sujeto situaciones en las que, pese a encontrarse notablemente disminuida su capacidad de comprensión y determinación, no son suficientes para excluir su imputabilidad, la doctrina sostuvo (sobre todo la italiana y la alemana) y las leyes penales consagraron, la llamada imputabilidad disminuida, parcial o atenuada, cuya problemática estriba no tanto en su aceptación legal, sino en el tratamiento jurídico que debe dársele a dichos casos.

supuestos de error de tipo", Op. cit., p. 89. En estos casos, el sujeto debe responder por la actio libera in causa otorgándose relevancia al error conforme a las reglas generales, ya que de no ser así, quedaría el inimputable que incurre en error en peor situación que el sujeto imputable, lo que en modo alguno es pretendido por la figura de la actio libera in causa, cuya función es sólo neutralizar un alibi introducido dolosamente.

3.1 Terminología.

Al fenómeno citado la doctrina suele llamarlo imputabilidad disminuida, parcial, atenuada, semi-imputabilidad o semi-responsabilidad, cuyas expresiones, en opinión de algunos iuspenalistas, por equívocas resultan desafortunadas. Como Maurach señala "no nos hallamos ni ante un caso límite, ni ante la duda de si el autor es imputable o inimputable... ni tampoco ante un grado intermedio entre la plena imputabilidad y la inimputabilidad en el sentido de que el sujeto únicamente podía conocer «en parte» el injusto del hecho, o de que tan sólo «hasta un cierto grado» era dueño de sí; estos casos suprimen la imputabilidad", sino de una situación en la que el autor es realmente imputable, "pero para alcanzar el grado de conocimiento y dirección de un sujeto ánimicamente normal, debe esforzar mucho más su voluntad".²⁰

Es evidente que las expresiones con que se califica al fenómeno de que se trata no resultan del todo apropiadas, - porque dan la idea de que se está en presencia de lo que la antigua psiquiatría tenía por casos de "semi-alienación" o de "semi-locura", y que actualmente se designan con el nombre de "border-line" o "fronterizos". No obstante, si con e

²⁰Op. cit., II, pp. 119 y 120. MEZGER también encuentra equivocada la expresión "imputabilidad disminuida o atenuada", pues considera que - el hombre es imputable o no lo es, está dentro o fuera del Derecho penal que los casos que se mencionan con tales nombres, lejos de expresar la - personalidad del sujeto, muestran una personalidad distinta que debe ser tratada diversamente, Tratado, II, p. 411.

llo la literatura y las legislaciones penales aluden a aquellas situaciones en las que la persona, sin perder su capacidad de comprensión y determinación, experimenta una notable o grave disminución de dicha capacidad en virtud de las mismas causas que traen aparejada la correspondiente incapacidad de culpabilidad, creemos que bien puede aceptarse la denominación de imputabilidad disminuida, y no así las restantes, porque se ajustan más a las categorías psiquiátricas aludidas -que en sí mismas encierran una imprecisión diagnóstica-, que al fenómeno que tratan de delimitar.

3.2 Supuestos.

Como las bases "biológicas" de la imputabilidad disminuida son las mismas que en la inimputabilidad, diferenciándose únicamente por el grado y el efecto producido, aquí como allá tenemos que acudir necesariamente al auxilio de la - psiquiatría forense, cuyo ámbito pertenece a lo más difícil y cuestionable de esta disciplina, según lo precisa Langell²¹ ddeke.

Ya al tratar el tema de las causas "biológicas" de la - inimputabilidad se puso de relieve que pueden darse casos en los que, debido al grado alcanzado por el trastorno mental, - sea permanente o transitorio, o al nivel de la inmadurez psi

²¹Op. cit., p. 83.

cológica, si bien no se priva por completo al sujeto de su capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de obrar conforme a dicha comprensión,²² sí en cambio, se ve ésta notablemente disminuida.

Los casos de imputabilidad disminuida o atenuada pueden presentarse tanto en los trastornos mentales, sean estos permanentes o de naturaleza transitoria, patológicos o fisiológicos, como en los supuestos de desarrollo psíquico incompleto. Entre los primeros, por vía de ejemplo, se cuentan -- las formas más leves de esquizofrenia, de manía y de melancolía, el inicio de las alteraciones epilépticas, las parálisis generales progresivas iniciales, los casos de demencia arterioesclerótica, incipiente y senil, así como los numerosos casos de psicopatías y neurosis,²³ que son las más comunes.

En el trastorno mental transitorio la imputabilidad disminuida puede estar presente, por ejemplo, en los estados emotivos, crepusculares, de agotamiento, o en los múltiples casos de intoxicaciones agudas y crónicas por el alcohol u o--

²²Vid. supra, Capítulo III, puntos 3.1 y 3.2.

²³Cfr. MAGGENDORFER, F., "Responsabilidad penal", revisado por W. Villinger, en: Apéndice de Psiquiatría Forense al Tratado de Psiquiatría de E. Bleuler, pp. 649 y 650; LANGELÜDDEKE, A., Op. cit., p. 83; ZAFFARONI, E.R., Tratado, IV, pp. 181 y 182; WEYGANDT, W., Psiquiatría Forense, versión española de Rafael Luengo, México: Editora Nacional, 2ª ed., --- 1959, pp. 39 y ss.

tras sustancias semejantes.²⁴

Respecto al desarrollo psíquico incompleto o retardado, hay que citar en primer término al extenso grupo de las formas más leves de la oligofrenia, como los débiles mentales, a los sordomudos no educados en forma suficiente y eficiente, a sí como a los demás casos de inmadurez psicológica precisados en el capítulo tercero de este trabajo.²⁵

Las enfermedades que particularmente afectan la esfera intelectual de la personalidad, como la oligofrenia, la parálisis general progresiva o la demencia senil, o la afectiva, como las psicopatías, o el carácter, como las neurosis, comportan el grupo más extenso de situaciones en las que la capacidad de comprensión y determinación no está completamente suprimida, sino disminuida, en mayor o menor grado. Ello no significa, sin embargo, que todos estos casos den lugar siempre a una imputabilidad disminuida, sino que deben valorarse conforme a los principios generales expuestos al tratar las causas de inimputabilidad, es decir, caso por caso.

²⁴Cfr. los autores citados en la nota precedente. El Dr. Pablo Bonnet, engloba como cuadros de trastorno mental "incompleto", a los llamados estados crepusculares, en los que incluye: "1) "Estados oniroides", - es decir, semejantes -pero no iguales- a los oníricos; 2) "delitos reflexoides" de Hans Gross; 3) Emociones violentas; 4) Estado puerperal; 5) Estados preparoxísticos epilépticos; 6) Estados post-paroxísticos epilépticos", "El trastorno mental transitorio", en: Criminalia, Año XXX, No. 4 abril de 1964, México, p. 250.

²⁵Vid. supra, pp. 135 y ss.

3. Tratamiento jurídico.

Según lo hemos precisado, ante la posibilidad, admitida por la propia psiquiatría forense, de situaciones en las que el sujeto sufre una grave disminución de su capacidad de culpabilidad, la doctrina sostuvo y algunas leyes han consagrado aún reconociendo el carácter imputable de aquél, la llamada - imputabilidad disminuida, atenuada o parcial.

Actualmente resulta incuestionable que el derecho penal debe tomar en cuenta estos casos. El problema que con ello se presenta, sin embargo, radica en saber cómo debe apreciarlos, pues cuestión diferente a la mera aceptación legal de la imputabilidad disminuida es el tratamiento que a la misma debe -- dársele. No sin razón se ha dicho que el "tratamiento de los semiimputables es uno de los principales problemas de política criminal que se plantea actualmente en todos los países"²⁶

Los sistemas adoptados al respecto, básicamente se reducen a los siguientes: a) establecer potestativamente la facultad del juzgador para atenuar la pena en tales casos, con la posibilidad de aplicar una medida de seguridad si el sujeto es peligroso, como sucede en la legislación alemana (arts. 21, 49 inc. 1, 63 y 65, inc. 3); b) consagrar la atenuación de la pena como obligatoria, conjuntamente con la aplicación de una

²⁶CEREZO Mir, J., "El tratamiento de los semiimputables", p. 13.

medida de seguridad en los casos en los que la propia ley presume la peligrosidad del sujeto, o se demuestre ésta, como acontece en la legislación italiana (arts. 89 y 219); c) establecer la atenuación de la pena como obligatoria, conjuntamente con la facultad potestativa del juzgador de imponer una medida de seguridad, como lo preve la legislación española (art. 9, 1ª); y d) consagrar potestativamente la facultad del juzgador para atenuar la pena o imponer una medida de seguridad.

El sistema que acumula la pena y la medida de seguridad en el tratamiento de los sujetos con imputabilidad disminuida ha sido censurado por la doctrina²⁷ argumentando que además - de que importa un doble "castigo" o tratamiento, la aplicación de una pena atenuada ajustada al grado de culpabilidad y de una medida de seguridad en función de la peligrosidad del mismo delincuente, es representativa de una "mentalidad teórica que desconoce las necesidades de la práctica". Tanto es absurdo aplicar primero la pena, con lo cual puede empeorar - el estado del enfermo y a continuación la medida con objeto -

²⁷ Cfr. CEREZO Mir, J., "El tratamiento de los semiimputables", p. 29; BEITOL, G., Op. cit., p. 374; ROMEO Casabona, C.M., Op. cit., p. 82; CUELLO Calón, E., La moderna penología (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y Medidas. Su ejecución), Barcelona: Bosch, 1958; pp. 107 y ss.; BARREIRO, A.J., Las medidas de seguridad en el Derecho Español, Madrid: Civitas, 1976, p. 186; JESCHECK, H.H., Op. cit., 1ª, pp. 116 y ss.; Código Penal Tipo para Latinoamérica, deliberaciones de la Segunda Reunión Plenaria, Op. cit., pp. 292 y ss.; MUÑOZ Conde, F., Penas y Medidas de Seguridad: monismo versus dualismo", en: Derecho Penal y Control Social, pp. 58 y ss.; REYES Echandía, A., Op. cit., pp. 38 y 39.

de conseguir su curación, como aplicar en primer lugar la medida de seguridad y a continuación la pena, ya que si el enfermo se ha curado puede recaer si se le somete a continuación al cumplimiento de la pena.

Tampoco resulta del todo feliz, aun sin desconocer sus ventajas en relación con los anteriores, el llamado sistema vicarial o sustitutivo, que permite que la ejecución de la pena sea sustituida por una medida de seguridad, computándose el tiempo de ejecución de la medida en el de la pena y con la posibilidad de suspender lo que resta de ésta, en el caso de que con la ejecución de la medida se hubieran conseguido ya metas resocializadoras. Esto porque a la par con la dificultad práctica de su aplicación y ejecución, con ello se llega, por lo menos en materia de ejecución, a un sistema monista en el que las diferencias entre penas y medidas de seguridad prácticamente desaparecen, propiciando cierta confusión entre ambas.²⁸

Es evidente que para un derecho penal de culpabilidad, propio de un estado de derecho, la imputabilidad disminuida debe constituir una obligatoria causa de atenuación de la pena: capacidad de culpabilidad disminuida significa, necesaria

²⁸ Cfr. ROMEO Casabona, C.M., Op. cit., p. 84; CARBONELL Mateu, J.C. et all., Op. cit., pp. 61 y 62; MUÑOZ Conde, F., Penas y Medidas de Seguridad: monismo versus dualismo, pp. 57 y ss.; BARREIRO, A.J., Op. cit., pp. 188 y 189.

mente, culpabilidad disminuida y, por tanto, pena atenuada.²⁹ Sin embargo, por razones de política criminal creemos que sería conveniente en estos casos conferir al juez la facultad de atenuar obligatoriamente la pena, que podría ser hasta la mitad de la que corresponda al delito cometido, o bien, imponer, alternativamente, una medida de seguridad, si así conviene a los fines de la defensa social y el examen de la personalidad del agente revele que requiere de tratamiento. Dicha medida sólo podrá ser de internamiento en los casos en que la pena que corresponda al delito cometido sea privativa de libertad, y sin que su duración pueda exceder de la mitad de ésta.

Lo anterior requiere, para su correcta aplicación, que el juez, al igual como acontece en la aplicación de las medidas para inimputables, posea una formación criminológica, psicológica y psiquiátrica sólida, con independencia del apoyo de los diversos especialistas en la materia.

4. La imputabilidad del indígena.

Otro de los temas que se relacionan estrechamente con el objeto de nuestra investigación, específicamente con el de la inimputabilidad, es el de la situación de los indígenas no integrados a la "civilización", por la importancia que su tratamiento jurídico-penal representa en aquellos países que,

²⁹Cfr. MAURACH, R., Tratado, II, pp. 121 y 122; BAUMANN, J., Op. cit., p. 225; STRATENWERTH, G., Derecho Penal, p. 174; ZAFFARONI, E.R., Tratado, IV, pp. 175 y ss., entre otros.

como el nuestro y, en general, de Latinoamérica, la población indígena supera el 12%.³⁰

El problema de la situación del indígena ante el Derecho Penal, se ha tratado de resolver desde diversas perspectivas, tanto de índole doctrinal como legislativas. La doctrina ha expuesto sobre el tema varias soluciones que van desde aquellas que consideran que el problema indígena debe ser tratado y resuelto a partir de las normas generales que consagran los ordenamientos punitivos para todas las personas, atento al principio de la igualdad ante la ley, hasta aquellas otras que señalan que la calidad del indígena impide la aplicación de preceptos legales expedidos con el fin de regular conductas de personas que se desenvuelven en un medio social y cultural totalmente diferente, pronunciándose por un régimen jurídico especial aplicable solamente a ellos.

Un tercer grupo, cuya postura es ampliamente dominante, estima que en la ley penal deben existir algunos preceptos especiales destinados a considerar las características particulares de los indígenas, pero no hasta el punto de aceptar un régimen jurídico completo destinado especial

³⁰ Sobre los datos demográficos, etnográficos y lingüísticos de la población indígena en México, consúltese a VALDES, Luz María, El perfil demográfico de los indios mexicanos, México: Siglo XXI, 2ª ed., 1989.

mente a ellos, sino sólo en algunos aspectos como en los casos de inimputabilidad, o en el de las reglas para la individualización de las penas, y últimamente, dentro de las disposiciones relativas al error de prohibición, la que consideramos es la vía correcta.

No obstante lo interesante que resulta el estudio del tópico que nos ocupa, por razones obvias, vamos a limitarnos a exponer aquí, tanto desde el ámbito doctrinal como legislativo, solo lo relacionado con las posturas que señalan que el indígena debe ser considerado como inimputable.³¹

En el ámbito doctrinal, Medrano Ossio, primero, y Aníbal Bruno, después, son los autores que han sostenido con mayor énfasis el criterio de la inimputabilidad del indígena. Desde el punto de vista del Derecho penal positivo, dice Medrano Ossio, el indígena no puede ser considerado como idéntico a los demás, porque no está jurídicamente adaptado al medio social donde actúa sojuzgado; se halla al margen de la civilización a la cual han llegado los pueblos: "Los

³¹De los estudios específicos en torno al problema del indígena ante el Derecho penal, que se han hecho en los últimos años, se encuentran los elaborados por: YRURETA, Gladys, El indígena ante la ley penal Venezuela: Universidad Central de Venezuela, 1981; y SANCUINO Madarriaga, Alirio, "El indígena ante el Derecho penal", en: Estudios de Derecho, Universidad de Antioquia, Año L. 2ª Época, Vol. XLVIII, Nos. 115--116. Marzo-Septiembre de 1990, Medellín, Colombia, pp. 205 a 237.

indígenas van al delito -prosigue este autor-, debido a su inadaptabilidad jurídica dentro del medio. sumada a su vez a cierta incapacidad mental por falta de medios educativos, que acondicionen su vida...la clase indígena por sus antecedentes psicológicos, por la inferioridad en que se debate en competencia con las demás clases, por su realidad social, -deban ser considerados inimputables por el delito cometido, y la pena infecunda debe ser sustituida por medidas psicopedagógicas, psiquiátricas y otras que hagan al individuo, un ser incorporado definitivamente a la actual civilización"³²

Por su parte, Aníbal Bruno, es de la opinión de que -- los salvajes no adaptados a la vida social de nuestro nivel, a las normas complejas que la regulan y a los criterios de valor de nuestros juicios, deben ser asimilados, desde el - punto de vista de la imputabilidad penal, a la categoría de los sordomudos, pues aunque no haya allí nada teratológico o patológico, su condición los coloca en situación de incapacidad de entendimiento y orientación volitiva, en la cualidad y grado exigidos por el código. Agrega este autor que en los indígenas existen, además, ciertas tonalidades en -- sus procesos psíquicos y ciertos complejos afectivos que --

³² MEDRANO Ossio, José, "Responsabilidad penal de los indígenas", - en: Criminalia, Año VIII, No. 5, 1942, México, pp. 318 y 319.

los dirigen, bastantes para confirmar esa inimputabilidad.³³

A nivel legislativo, sólo el Código penal boliviano - vigente desde el dos de abril de 1973, y en nuestro país, - al Código penal del Estado de Michoacán, de 1980, consig-- nan expresamente al indígena como inimputable, aunque no - de una manera genérica sino a condición de que no haya te-- nido ningún contacto con la civilización, o no estuviere - integrado a ésta, respectivamente.³⁴

Así, el Código penal de Bolivia, en su artículo 17, - inciso 5, dispone que son inimputables: "El indio selváti-- co que no hubiera tenido ningún contacto con la civiliza-- ción", y en el párrafo segundo del artículo 18, que se re-- fiere a la "semiimputabilidad", señala que: "El juez proce-- derá en igual forma (esto es, atenuando la pena o decretan-- do la medida de seguridad más conveniente), cuando el agen-- te sea un indígena cuya incapacidad derive de su inadapta-- bilidad al medio cultural boliviano y de su falta de ins-- trucción".

³³ BRUNO, Aníbal, Derecho Penal, parte general, Tomo II, pp. 137 y 138, citado por YRORETA, Gladys, Op. cit., pp. 61 y 62.

³⁴ La situación del indígena ha sido considerada de diferente ma-- nera en otros ordenamientos punitivos. El Código penal peruano de 1924, lo trata en las reglas para la aplicación de las penas (arts. 44 y 45), y el Código penal colombiano vigente desde 1981, en su art. 96 in fine relativo a "Otras medidas aplicables a los inimputables", establece que "Cuando se tratare de indígena inimputable por inmadurez psicológica, la

El Código penal michoacano, vigente desde 1980, en la fracción II del artículo 16, considera como causa de inimputabilidad: "La condición de indígena analfabeto no integrado a la civilización".

Aun cuando en los textos legales transcritos únicamente se considera como inimputables a los indígenas que no han tenido ningún contacto con la "civilización" o no han estado integrados a ésta, estimamos criticable dicha solución, puesto que declarar la inimputabilidad de los indígenas en estos y otros casos, es tanto como admitir en ellos una supuesta inferioridad psicobiológica o psicosocial en relación con el hombre "civilizado", cuando lo cierto es que ambos tienen una manera diferente de ver la vida y el mundo.

Contra esta pretendida inferioridad psicobiológica o psicosocial del indígena, López-Rey ha afirmado que en el indio no hay una inferioridad propia, sino una cultura diferente; el que el indio no esté "preparado" para la civilización que le quieren imponer los blancos y mestizos (en

medida consistirá en la reintegración a su medio ambiente natural". Sobre los proyectos de Código penal que se han ocupado del tema, véase a REYES Echandía, A., Op. cit., pp. 75 a 114, en lo que respecta a Eolivia; y a YRURETA, Gladys, Op. cit., pp. 103 a 110, tratándose de Venezuela.

tiende el término "civilización", únicamente como una referencia a medios especialmente técnicos) no indica una inferioridad, pues la cultura aparejada a una civilización más adelantada no pueda afirmarse que sea una cultura superior a la del indígena, por muy desintegrada que ésta pueda hallarse debido al rebajamiento económico y social en que -- las clases dominantes mantienen al indio. El valor de una cultura --dice-- radica en su aptitud para hacer un hombre superior, y la cultura occidental sólo ha hecho un hombre técnicamente más apto, lo que no es igual. A culturas y --personalidades diferentes, corresponden también mentalidades diferentes, orientadas a fines y concepciones diversas de la vida. En sí, todo hombre es igual a otro hombre, aun que no haya ninguno idéntico; situaciones económicas y sociales pueden dejar a algunos en notoria desventaja, pero sin que por ello sea posible afirmar una inferioridad del sujeto en sí, sino, cuando más, una defectuosa organización social. La verdad es que el indio vive un status muy inferior a aquel que no lo es, pues se lo somete a una situación de servidumbre, de sumisión o, en el mejor de los casos, de una pretendida protección. Son esa atmósfera de desprecio y subestimación, esa condición económica y social inferior en que se le mantiene y el mundo empírico-cultural diverso en el que vive, los que dan como resultado que sus sentimientos, entendimientos y voluntad se dirijan en forma

diferente, y hacen de él un ser especial.³⁵

Estas observaciones nos llevan a afirmar que en el ámbito penal, los indígenas, como cualquier ser humano, pueden ser imputables o inimputables, no por el hecho ser indígenas, sino porque pueden concurrir en ellos las mismas causas que en otros seres acarrear la correspondiente incapacidad de culpabilidad, como lo son el trastorno mental y el desarrollo intelectual retardado.

Estimamos, pues, equivocado que el indígena por el sólo hecho de ser tal, sea declarado inimputable, por cuanto ello equivale a considerársele un ser mentalmente inferior con relación al hombre "civilizado", cuando lo que sucede es que existe en ellos una diferente concepción ontológica de la vida y el mundo; y si bien es cierto que tratándose de determinados hechos típicos previstos por las leyes penales, ciertos indígenas -sobre todo los no "integrados"- no logran captar su ilicitud ni formarse conciencia de su anti-juridicidad, ello no se debe a un defecto, insuficiencia o falta de desarrollo mental o intelectual, sino porque -como ya lo señalamos- su visión del hombre y del mun-

³⁵ Introducción a la Criminología, Tomo II, Bs.As., El Ateneo, -- pp. 251-252, 262, 274-275, 278 y 280, citado por YRURETA, Gladys, Op.-cit., pp. 58 y 59.

do los conducen a ver las cosas de manera distinta al hombre "civilizado". La cuestión debe ubicarse, entonces, no en el ámbito de las causales de inimputabilidad, sino en todo caso, en las disposiciones referentes al llamado error de prohibición, camino que en cierto sentido ya se deja vislumbrar en nuestra legislación penal federal.³⁶

Concluyendo, el indígena, como cualquier persona, será calificado de inimputable no por su condición de tal, sino sólo cuando a causa de trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, no sea capaz de comprender la ilicitud de su conducta o de conducirse conforme a dicha comprensión.

³⁶ En efecto, la situación que en nuestra legislación penal federal guarda el problema del indígena que delinque, se encuentra prevista en el artículo 59 bis, adicionado por el Artículo Segundo del Decreto de 30 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 13 de enero de 1984, que dispone: "Cuando el hecho se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la Ley Penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto, se le podrá imponer hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso". En la Exposición de motivos respectiva, se lee: "Durante la Consulta Nacional sobre Administración de Justicia, realizada en todas las entidades federativas, se percibió claramente la necesidad de tomar en cuenta, sobre todo en lugares donde se asientan grupos étnicos no incorporados a la cultura media nacional, el extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto para modificar, en virtud de dicho atraso y aislamiento, las consecuencias penales correspondientes". Vid. El marco legislativo para el cambio, Septiembre a diciembre 1983, México: Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Presidencia de la República, agosto de 1984.

CAPITULO QUINTO

LA IMPUTABILIDAD EN LA LEGISLACION PENAL MEXICANA.

1. Antecedentes.

El estudio de la imputabilidad en nuestro derecho penal positivo obliga, ante todo, a hacer referencia a la evolución que dicho concepto ha experimentado en la tradición jurídico-penal mexicana, desde las primeras codificaciones penales del México Independiente que se remontan a los años de 1835 y 1869, con la promulgación de los Códigos Penales que en esos años rigieron en el Estado de Veracruz, hasta el Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal hoy vigente, que data de 1931; pasando por las legislaciones penales de 1871 y 1929 y por los Anteproyectos de reformas de 1912, 1934 y 1942, así como por los Anteproyectos de Código Penal de los años de 1949, 1958, 1963, 1983, 1989 y 1992; dado que ello nos permitirá, por un lado, conocer las influencias que la imputabilidad y su aspecto negativo ha recibido en cuanto a su reglamentación, y por otro, comprender que su actual régimen jurídico no es producto del azar, sino de las modernas tendencias político-criminales -- que han inspirado las reformas introducidas al sistema jurídico-penal mexicano en los últimos años.

1.1 Código Penal para el Estado de Veracruz de 1835.

No obstante que el Código Penal de 1871 representa el

inicio de la tradición legislativa penal a nivel federal, - ante la falta de algún otro antecedente legislativo¹ es dable afirmar que el desarrollo histórico del concepto y contenido de la imputabilidad en el derecho penal mexicano --- principia con el Código Penal para el Estado de Veracruz² - de 1835, que si bien no señala expresamente los factores -- que la conforman, la lectura de su articulado permite inferir que ya hacía alusión a lo que en la actualidad podríamos catalogar como causas de inimputabilidad. Esto se desprende, concretamente, de lo dispuesto en los artículos 113 a 116, que rezan:

Artículo 113. Si el menor de diez y siete años cometiere alguna acción que tenga el carácter de delito, se examinará y declarará previamente en el juicio si ha obrado ó no - con discernimiento y malicia, segun lo que resulte, y lo mas ó menos desarrolladas que estén sus facultades intelectuales.

Artículo 114. Si se declarare haber obrado sin discernimiento y malicia el menor de diez y siete años, no se le impondrá pena alguna, y se le entregará a sus padres, abuelos tutores ó curadores para que le corrijan y cuiden de él; pero si estos no lo pudieren hacer ó no merecieren confianza, y la edad adulta del menor y la gravedad del caso requiere otra medida al prudente juicio del juez, podrá este ponerle en una casa de corrección por el tiempo que crea conveniente, con tal que nunca pase de la época en que cumpla los -- veinte y cinco años de edad.

¹Por investigaciones propias de Porte Petit, se sabe de la existencia de un Código Penal para el Estado de México que data de 1831, el que no mencionamos dado que se desconoce su texto. Vid. PORTE Petit, Celestino, Evolución legislativa penal en México, México: Editorial Jurídica Mexicana, agosto de 1965, pp. 15 a 18.

²Dicho Código fue promulgado por decreto del 28 de abril de 1835, - confirmándose después su vigencia por decreto del 15 de diciembre de --- 1835, Vid. Leyes Penales Mexicanas, México: INACIPE, 1979, Tomo I, pp. - 23 a 25.

Artículo 115. Si se declarare haber obrado con discernimiento y malicia, será castigado en el orden que previene este código.

Artículo 116. Tampoco se puede tener por delincuente al que cometa la acción hallándose dormido, ó en estado de demencia actual ó delirio, ó privado del uso de su razón, ó de cualquiera otra manera independiente de su voluntad. La embriaguez voluntaria y espontánea, y cualquiera otra privación ó alteración de la razón de la misma clase, no será -- nunca disculpa del delito que se cometa en este estado, ni por ella disminuirá la pena respectiva.

Como se observa, aun cuando se podría afirmar que la falta de salud psíquica ya se consideraba como causa de inimputabilidad, cabe advertir que ello sólo acontecía en los supuestos en los que la acción se realizaba hallándose el sujeto en estado de demencia actual o delirio, o privado del uso de su razón, dado que tanto el sueño como "cualquiera otra manera independiente de su voluntad" a que se refiere el artículo 116 transcrito, constituirían, en términos actuales, supuestos de ausencia de conducta, precisamente por tratarse de aquellos casos en los que el sujeto carece de voluntad de actuar, como también sucede cuando el sujeto es forzado a cometer la acción prohibida por la ley bajo alguna violencia material a la que no haya podido resistirse, mencionada en el artículo 111 del citado código.

En el caso de la embriaguez y cualquiera otra privación o alteración de la razón de la misma clase, para que tuviera fuerza de eximente se requería que no fuera voluntaria

ria ni espontánea (art. 116 in fine), con lo cual parece aceptarse la teoría de las acciones liberae in causa.

Tratándose de la minoría de edad cuyo límite máximo era de diecisiete años, en veces funcionaba como causa de inimputabilidad (arts. 113 y 114) y en veces como circunstancia que atenuaba la pena (art. 120, 1ª). El primer supuesto tenía lugar a condición de que se declarara previamente en el juicio la inimputabilidad del menor de diecisiete años, o sea, que no había obrado con discernimiento ni malicia, lo que sin embargo no descartaba la posibilidad de que se le impusiera una medida correctiva en aquellos casos en los que ante la falta de quienes cuidaran de él o lo corrigieran (padres, abuelos, tutores o curadores), o habiéndolos no merecieren confianza, y la gravedad del caso así lo requería, el juez a su prudente arbitrio podía disponer su depósito en alguna "casa honrada por vía de corrección", prevista no como medida preventiva sino como pena en el número 11 del artículo 1ª del propio código.

Finalmente, en el supuesto de que se declarara que el menor de diecisiete años de edad había obrado con discernimiento y malicia, aun cuando el artículo 115 prevenía que se le castigaría en el orden prevenido por el propio código, la corta edad del sujeto, en unión con su rudeza y poca

malicia (art. 120, 1ª), funcionaba como una circunstancia -
atenuante de la pena, lo que bien podría considerarse, hoy
en día, como un supuesto de imputabilidad disminuída.

1.2 Código Penal para el Estado de Veracruz-Llave de 1869.

El Código Penal para el Estado de Veracruz-Llave de --
1869, llamado Código de Corona³, a diferencia del de 1835, -
dedica un capítulo especial a las causas que denomina "circ-
unstancias que eximen de pena", entre las que incluye aque-
llas que anulan la imputabilidad.

Al igual como ocurría en el Código Penal de 1835, la -
falta de salud psíquica se consideraba como excluyente de -
responsabilidad, en los casos en que el sujeto actuaba bajo
un estado de demencia o delirio, o se encontraba privado de
la razón, con la única diferencia de que aquí se requería -
justificar plenamente estas excepciones (art. 32).

A su vez, la embriaguez voluntaria y espontánea, o ---
cualquier otra privación o trastorno de la razón de la mis-
ma clase, no eran considerados como eximentes ni atenuantes
de la pena, sino por el contrario, se tenían como circuns--
tancias agravantes del delito (art. 32 in fine).

³ Este código fue promulgado por decreto del 17 de diciembre de --
1868. Cfr. Leyes Penales Mexicanas, Tomo I, pp. 187-188.

En el caso de los menores de edad, el Código Corona --
prevía dos situaciones:

a) La de los menores de diez años y medio, quienes po-
dían ser entregados a sus padres, abuelos, tutores o curado-
res, para su corrección y cuidado, a menos que estos no pu-
dieren hacerlo o no merecieran confianza del juez, en cuyo
caso se les depositaba en una casa de corrección por el ---
tiempo que se estimara conveniente, el que no podía pasar -
de la época en que el menor cumpliera los veintiún años de
edad (art. 33), medida que, sin embargo, tenía el carácter
de pena (art. 79, 1ª).

b) La de los mayores de diez años y medio, pero meno--
res de diecisiete, en cuyo caso se establecía lo mismo que
en el Código de 1835, esto es, que en veces la minoría de -
edad funcionaba como causa de inimputabilidad (art. 34) y -
en otras como circunstancia atenuante de la pena (arts. 35
y 27, 1ª). En efecto, si se declaraba previamente en el jui-
cio que el mayor de diez años y medio, pero menor de dieci-
siete, había obrado sin discernimiento ni malicia, se esta-
ría a lo dispuesto en el artículo 33 de dicho código, o sea
en el caso de los menores de diez años y medio; por el con-
trario, si se declaraba que había obrado con discernimiento
y malicia, aun cuando el artículo 35 disponía que se le cas

tigaría en el orden prevenido por el propio código, la corta edad del sujeto, en unión a su rudeza y poca malicia, -- funcionaba como una circunstancia que atenuaba la pena aplicable (art. 27, 1ª).

2. LEGISLACION FEDERAL.

2.1 Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1871.

No es sino con el Código Penal de Martínez de Castro, -- promulgado por el presidente Juárez el 7 de diciembre de -- 1871, con el que propiamente se inicia el desarrollo del -- concepto de imputabilidad a nivel federal, al incluirse los dos grandes supuestos que traen aparejada la correspondiente incapacidad de culpabilidad: falta de desarrollo mental y falta de salud psíquica.

En efecto, este código, inspirado en los postulados de la Escuela Clásica, es decir, en la imputabilidad moral basada en el libre albedrío y en el concurso de la inteligencia y la voluntad, así como en el Código Penal Español de 1870, contemplaba en las siete primeras fracciones de su artículo 34, como supuestos de inimputabilidad:

1ª Violar una ley penal hallándose el acusado en estado de enajenación mental que le quite la libertad, ó le impida enteramente conocer la ilicitud del hecho ó omisión de que se le acusa.

Con los enajenados se procederá en los términos que ex-

presa el artículo 165.

2ª Haber duda fundada, á juicio de facultativos, de si tiene expeditas sus facultades mentales el acusado que, pa deciendo locura intermitente, viole alguna ley penal durante una intermitencia.

3ª La embriaguez completa que priva enteramente de la razón, si no es habitual, ni el acusado ha cometido ántes una infracción punible estando ebrio; pero ni aun entonces queda libre de la pena señalada á la embriaguez, ni de la responsabilidad civil.

Faltando los dos requisitos mencionados, habrá delito de culpa con arreglo á la fracción 4ª del artículo 11.

4ª La decrepitud, cuando por ella se ha perdido enteramente la razón.

5ª Ser menor de nueve años.

6ª Ser mayor de nueve años y menor de catorce al cometer el delito, si el acusador no probare que el acusado obró con el discernimiento necesario para conocer la ilicitud de la infracción.

En el caso de esta fracción y de la anterior, se procederá como previenen los artículos 157 á 159, 161 y 162.

7ª Ser sordomudo de nacimiento ó desde ántes de cumplir cinco años, sea cual fuere la edad del acusado al infringir la ley penal, siempre que no haya tenido el discernimiento necesario para conocer la ilicitud del hecho por el cual se procede contra él.

Esta circunstancia, así como las anteriores, se averiguarán de oficio, y se hará declaración expresa de si han intervenido o no.

Como se advierte, haciendo uso del llamado criterio -- biopsicológico o mixto, el Código de Martínez de Castro declaraba exentos de responsabilidad penal al sujeto que violara una ley penal hallándose en "estado de enajenación mental" que le quitara la libertad o le impidiera enteramente conocer la ilicitud del hecho u omisión de que se le acusaba, y al decrepito que había perdido enteramente la razón --

(art. 34, 1ª y 4ª), a quienes, no obstante, se les podía imponer como medida asegurativa su reclusión preventiva en -- hospital, para el caso de que las personas que los tuvieran a su cargo no garantizaran con fiador o con bienes raíces, -- los daños que el inimputable pudiera causar en lo futuro, o de que el juez estimara que ni aun con dicha garantía quedababan asegurados los intereses de la Sociedad (art. 165).

En el concepto de enajenación mental, al decir de José María Lozano⁴, quedaban englobados el idiotismo y la locura, incluyendo a la intermitente, también prevista como eximente en los casos en que existiera duda fundada, a juicio de facultativos, respecto del que violara alguna ley penal durante una intermitencia⁵ (art. 34, 2ª).

Si la enajenación mental no le quitaba enteramente al infractor su libertad, o no le impedía conocer la ilicitud de la infracción, dicho estado funcionaba como una atenuante de cuarta clase (art. 42, 1ª), esto es, se estaba en presencia de la hoy llamada imputabilidad disminuída, como i--gual acontecía con los decrepitos, menores y sordomudos, --

⁴Derecho Penal Comparado o el Código Penal del Distrito Federal y Territorio de la Baja-California, México: Imprenta de Comercio, de Nabor Chávez, 1974, pp. 145 a 147.

⁵Esta decisión, señala Lozano, es una aplicación del principio -- que nuestra antigua jurisprudencia tenía consagrado, según el caso de duda, debe favorecerse la condición del acusado, Ibid., p. 149.

que no tuvieran el discernimiento necesario para conocer to da la ilicitud del hecho cometido (art. 42, 2ª).

Por otra parte, con la finalidad de evitar dudas y con troversias, según lo confiesa Martínez de Castro en la Expo sición de Motivos del Código que se comenta⁶, a la embria--- guez se le dió el siguiente trato:

1. La embriaguez por sí misma constituía un delito, -- cuando era habitual y causaba grave escándalo (arts. 923 y 924);

2. La embriaguez completa que privaba enteramente de - la razón, si no era habitual ni el acusado había cometido - anteriormente una infracción punible estando ebrio, era con sирerada como exculpante (art. 34, 3ª);

3. La embriaguez completa, si era habitual o el acusa- do había cometido anteriormente una infracción punible es-- tando ebrio, llevaba a tener por culposo el delito cometido en dicho estado (art. 11, IV, y 34, 3ª in fine), y

4. La embriaguez incompleta, si era accidental e invo- luntaria y el delito de aquellos a los que la ebriedad pro- voca, funcionaba como atenuante de tercera clase (art. 41,- 1ª).

⁶Leyes Penales Mexicanas, Tomo I, p. 335.

En suma, para que la embriaguez constituyera una causa de inimputabilidad, se requerían tres requisitos: 1º Que fuera completa, o sea, que privara enteramente de la razón; 2º Que no fuera habitual, y 3º Que el acusado no hubiese cometido antes, estando ebrio, una infracción punible.

En otro orden, con base en la edad del sujeto, las fracciones 4ª, 5ª y 6ª del artículo 34 del Código de 1871, determinaron como circunstancias excluyentes de la responsabilidad criminal, por un lado, a la decrepitud cuando por ella se hubiera perdido enteramente la razón, y por otro, a la minoría de edad.

Respecto de los menores de edad, se previnieron las siguientes situaciones:

1. La de los menores de nueve años de edad, plenamente irresponsables, a quienes, no obstante, se les podía aplicar como medida asegurativa su reclusión en establecimiento de educación correccional por un máximo de seis años, cuando se consideraba necesaria la misma, ya por no ser idóneas para darles educación las personas que los tenían a su cargo, o ya por la gravedad de la infracción en que aquellos hubiesen incurrido (arts. 157-I y 159).

2. La de los mayores de nueve años de edad, pero menores de catorce, a quienes mediante una presunción juris tan

tum se les consideraba que no habían obrado con el discernimiento necesario para conocer la ilicitud de la infracción. Al igual que a los menores de nueve años de edad, se les podía aplicar como medida asegurativa su reclusión en establecimiento de educación correccional (arts. 157-II y 161).

En ambos casos, el juez que había decretado la reclusión tenía la facultad de ponerlos en libertad siempre que se acreditara que podían volver al seno familiar sin peligro para la sociedad, en razón de haber mejorado su conducta y concluido su educación, o porque podían terminarla fuera del establecimiento correccional (art. 162).

3. La de los mayores de nueve años, pero menores de catorce, que habían delinquido con discernimiento, en cuyo caso se les condenaba a reclusión en establecimiento de corrección penal por un tiempo que no bajara de la tercera parte, ni excediera de la mitad, del término que debiera durar la pena que se le impondría siendo mayor de edad (arts. 161 y 224).

4. La de los mayores de catorce años, pero menores de dieciocho, en cuyo supuesto se consideraba que habían obrado con discernimiento, aunque incompleto, aplicándoles reclusión en establecimiento de corrección penal, por un tiempo que no bajara de la mitad, ni excediera de los dos ter-

cios, de la pena que se les impondría siendo mayor de edad -
(art. 225), y

5. La de los mayores de dieciocho años, pero menores -
de veintiuno, cuya minoría de edad funcionaba como una aten-
nuante de cuarta clase, siempre y cuando no hubiere tenido
el discernimiento necesario para conocer toda la ilicitud -
de la infracción cometida (art. 42, 2ª).

A la sordomudez se le contempló, en un caso, como ex-
cluyente de responsabilidad, y en otro, como supuesto de im-
putabilidad disminuida. En el primer caso, se requería ser
sordomudo de nacimiento o desde antes de los cinco años de
edad, sea cual fuera su edad al infringir la ley, siempre -
que no hubiese tenido el discernimiento necesario para con-
ocer la ilicitud del hecho (art. 34, 7ª).⁷ Estas personas po-
dían ser entregadas a su familia o enviadas a la escuela de
sordomudos en los supuestos previstos por el artículo 157 -
respecto de los menores de edad, por el término necesario -
para su educación (art. 163).

⁷ Al comentar Demetrio Sodi esta fracción, expresó que no era de -
su parecer "la limitadísima condición que requiere la exculpante para -
ser procedente, esto es: que el infractor sea sordomudo de nacimiento ó
desde antes de cumplir cinco años. Nosotros preguntamos: ¿y si la sor-
domudez se adquiere á los seis, á los siete, á los ocho, ó nueve años, -
habrá entonces una responsabilidad que deba disminuirse sólo por la e-
dad? De ninguna manera. Si son irresponsables los menores de nueve años
deben serlo igualmente los sordomudos que adquieran ese defecto hasta e
sa edad. Así debe establecerse para que exista unidad y armonía en nues-
tras leyes, y para evitar torcidas é injustas interpretaciones", Nues-
tra Ley Penal, Tomo I, México: A. Carranza y comp., impresores, 1905, p.
111.

En el segundo caso, se requería que el sordomudo obra-
ra con algún discernimiento, pero no el necesario para cono-
cer toda la ilicitud de la infracción, en cuya situación se
le sancionaba como ocurría con los mayores de nueve años y
menores de dieciocho que habían delinquido con discernimien-
to (art. 228).

Asimismo, el propio Código de Martínez de Castro consi-
deraba a la sordomudez, duplicando las hipótesis, como cir-
cunstancia atenuante de cuarta clase si el sordomudo no te-
nía el discernimiento necesario para conocer toda la ilici-
tud de la infracción (art. 42, 2ª). Si el sordomudo había o-
brado con pleno discernimiento, se le castigaría como si no
fuera sordomudo, esto es, como si fuera plenamente imputa-
ble (art. 228 in fine).

Finalmente, también se previó como circunstancia ate-
nuante de cuarta clase la ignorancia y la rudeza del delin-
cuente, cuando fueran tales que le privaran, en el acto de
cometer el delito, del discernimiento necesario para cono-
cer toda la ilicitud de aquél (art. 42, 7ª).

2.2 Proyecto de reformas de 1912.

En septiembre de 1903, siendo Secretario de Justicia y

Educación Pública D. Justino Fernández, se designó una comisión integrada por Miguel S. Macedo, Manuel Olivera y Toro y Victoriano Pimentel, con el objeto de que revisara el Código Penal de 1871. Producto del trabajo realizado por dicha comisión lo fue el Proyecto de Reformas publicado en el año de 1912, en donde sus integrantes consideraron "respetar los principios generales del Código de 1871, conservar el núcleo de su sistema y de sus disposiciones, y limitarse a incorporar en él los nuevos preceptos cuya bondad se puede estimar ya aquilatada, y cuya admisión es exigida por el estado social del país al presente".⁸

Aun cuando dicho proyecto, que no entró en vigor por las condiciones sociales en que se encontraba el país en esos momentos, conservó en lo esencial el sistema que sobre el tema que nos interesa había adoptado el código que se revisaba, esto es, "la teoría de la imputabilidad, con su doble condición de la libertad y del conocimiento o razón moral",⁹ según lo declaró Miguel S. Macedo en la Exposición de Motivos respectiva, la comisión propuso, con abandono del criterio mixto, que la enajenación mental fuera declarada - circunstancia excluyente de responsabilidad penal por sí so

⁸Secretaría de Justicia, Trabajos de Revisión del Código Penal. - Proyecto de reformas y exposición de motivos, México: Tip. de la Oficina Impresora de Estampillas, Tomo IV, 1912, p. 247.

⁹Ibid., p. 273.

la, o sea sin atender a sus grados. Como consecuencia de ello, también se propuso la supresión de la fracción I del artículo 42, que daba el carácter de atenuante a la enajenación mental que no privaba enteramente de la libertad o del conocimiento de la ilicitud del hecho, así como la supresión de las fracciones 2ª y 4ª del artículo 34, que se referían a la locura intermitente y a la decrepitud, incluyendo a ésta última como atenuante de cuarta clase en la fracción 2ª del ya citado artículo 42.

En relación con la embriaguez, la comisión también propuso diversas modificaciones por más que se conservaron los principios que la regían en el Código de Martínez de Castro, según los cuales la embriaguez completa eximía de responsabilidad, en tanto que la incompleta sólo atenuaba la pena aplicable. Concretamente se planteó lo siguiente:

1. La embriaguez completa, esto es, la que privaba enteramente de la razón, se consideró como exculpante a condición de que no fuera habitual ni voluntaria, o que siendo voluntaria no concurrieran las circunstancias mencionadas en los tres incisos de la fracción IV del artículo 11 del proyecto (art. 34-II).

2. Por el contrario, si la embriaguez era intencional se sancionaba por el delito cometido en dicho estado, y aun

constituía una agravante (art. 47, frac. XV bis 2), y si era habitual, el caso se dividía en dos situaciones:

a) Cuando el agente no había cometido anteriormente un delito estando ebrio, ni había tenido conocimiento de que la embriaguez lo provocaba al delito realizado, se consideraba éste como culposo (art. 11, frac. IV), y

b) Si concurrían dichas circunstancias, la embriaguez funcionaba como atenuante de segunda clase (art. 40, frac. III bis).

3. La embriaguez incompleta, si era intencional se le daba el trato de circunstancia agravante de cuarta clase -- (art. 47, frac. XV bis 2), y

4. La embriaguez en sí misma y en ciertas condiciones, constituía delito (arts. 923, 924 y 924 bis).

En lo demás (minoría de edad, sordomudez, ignorancia y rudeza del delincuente, que disminuyeran el discernimiento necesario para conocer la ilicitud del hecho, y medidas preventivas), el proyecto Macedo conservó los lineamientos seguidos por el Código de 1871, con la única salvedad de que se introdujo una reclusión preventiva para alcohólicos (art. 165 bis 1), con la finalidad de luchar contra el alcoholis-

mo por la vía de la curación, y no sólo de la represión del vicioso.¹⁰

2.3 Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929.

Si bien hemos visto que en el año de 1912, la comisión presidida por Miguel S. Macedo presentó un proyecto de reformas al Código Penal de 1871, no es sino hasta 1925 cuando se iniciaron trabajos de revisión en firme, ya que el -- proyecto Macedo nunca recibió consagración legislativa. Los comisionados de 1925, entre los que figuraron Ignacio Ramírez Arriaga, Antonio Ramos Pedrueza, Enrique C. Gudiño, Manuel Ramos Estrada y José Almaraz, culminaron sus trabajos en 1929 con la promulgación del Código Penal de esa fecha.¹¹

El citado Código, llamado por antonomasia Código de Almaraz, si bien por cuestiones constitucionales se vio en la necesidad de seguir los lineamientos del que derogaba, como lo era el sistema de penas relativamente determinadas y el catálogo de tipos legales, en el tema de la imputabilidad - tuvo por base los postulados de la Escuela Positiva italiana, sustituyendo el concepto de responsabilidad moral por -

¹⁰Cfr. Trabajos de Revisión del Código Penal, Tomo IV, pp. 290 a 297 y 467 a 471.

¹¹Dicho Código se promulgó por decreto del 2 de septiembre de --- 1929, entrando en vigor el 15 de diciembre de ese mismo año. Vid. Leyes Penales Mexicanas, Tomo 3, pp. 237-238.

la llamada responsabilidad social, y aceptando la doctrina de la defensa social y el criterio de la teoría del estado peligroso, según se señala, reiteradamente, en la exposición de motivos elaborada dos años después.¹²

Aceptado, por una parte, el principio de la responsabilidad social, según el cual todo individuo que cometa un acto prohibido por la ley, responderá del mismo ante la justicia, cualquiera que fuera su estado psicofisiológico, confiesa Almaraz que "hubo de declarar delincuentes a los locos, a los menores, a los alcohólicos y a los toxicómanos, ya que sin esta declaración ninguna autoridad podría, constitucionalmente, restringirles sus derechos patrimoniales o de libertad con medidas que, ya se llamen tutelares, protectoras o defensivas, no son sino penas que, aplicadas por cualquiera autoridad no judicial, darían lugar a un amparo por violación de garantías"¹³ y adoptada, por la otra, la -

¹² Cfr. ALMARAZ, José, Exposición de Motivos del Código Penal promulgado el 15 de diciembre de 1929 (Parte General), México, 1931, s.e., pp. 18 a 25, 49, 52 a 54, 106 a 108 y 130. José Angel Ceniceros al preguntarse si los autores del Código de 1929, ¿Lograron...que la estructura de ese código realizara real y efectivamente el pensamiento positivo que los animó?, señala que "Si, en cuanto a que incorporaron a la legislación mexicana los principios doctrinarios de Ferri, aunque sin crear en torno de ellos, todo un sistema de articulado nuevo, que sustituyera al del viejo código, pues se conformaron con adicionar, mejor dicho, con superponer a lo existente los postulados teóricos de la nueva escuela, y con técnica jurídica imperfecta, que fué una de las causas importantes del fracaso del poco afortunado ordenamiento", "La escuela positiva y su influencia en la legislación penal mexicana", en: Tres estudios de criminología, México: Cuadernos "Criminalia", 1941, pp. 57-58.

¹³ Exposición de motivos del Código Penal de 1929, p. 52.

doctrina de la defensa social, según la cual si el hombre - está fatalmente determinado a delinquir, la sociedad está igualmente determinada a defender las condiciones de su existencia contra los que la amenazan, y el criterio del estado peligroso, también señala Almaraz que la comisión no aceptó ni pudo aceptar la clasificación clásica de excluyentes de responsabilidad, ni sus fundamentos, por cuanto "la sociedad tiene que defenderse de los locos, de los anormales, de los alcohólicos, de los toxicómanos y de los menores delinquentes", ya que "tan responsables son estos individuos como los normales y tal vez en ellos esté más indicada la defensa",¹⁴ observándose únicamente una variación en la clase de sanción y de tratamiento, en vista de la adaptación o la eliminación, de la corrección o de la inocuización. Por lo tanto, concluye Almaraz, no habrá intervención penal: cuando no exista temibilidad en el agente, cuando en el no se compruebe estado peligroso alguno.¹⁵

Entre las causas excluyentes de responsabilidad penal, el legislador de 1929 enumeró al automatismo cerebral que perturbara la conciencia y que fuera provocado por haber ingerido el acusado, substancias enervantes o tóxicas, siempre que dicha ingestión hubiera sido enteramente accidental

¹⁴Exposición de motivos del Código Penal de 1929, p. 52.

¹⁵Ibidem.

e involuntaria y sin su consentimiento (art. 45-I), y al estado psíquico anormal, pasajero y de orden patológico, que perturbara las facultades o impidiera conocer la ilicitud del acto u omisión de que se acusaba, con tal de que dicho estado no se lo hubiera producido conscientemente el paciente (art. 45-II), ya que se consideraba que el sujeto que actuaba bajo tales estados, no revelaba temibilidad alguna; -- no sucediendo lo mismo con otros estados psíquicos anormales, diversos de los indicados, en los que dado su "estado peligroso", si procedía la aplicación de las medidas de defensa social, previstas por las fracciones II, III y IV, -- del artículo 72 del propio ordenamiento legal analizado.

Congruente, pues, con los principios de la defensa social, el Código de Almaraz previno para los que hoy podríamos denominar o catalogar como inimputables permanentes, lo siguiente:

1. Para los delincuentes locos, idiotas, imbéciles, o los que sufrieran cualquiera otra debilidad, enfermedad o anomalías mentales, su reclusión en manicomio o en departamentos especiales, por todo el tiempo necesario para su curación, y a quienes, con autorización del facultativo, podía someterseles a un régimen de trabajo (art. 126);

2. Para los delincuentes psicopatológicos distintos de

los anteriores, como aquellos que padecieran obsesiones de la inteligencia, de la sensibilidad o de la acción, su reclusión por todo el tiempo necesario para su curación, en colonia agrícola especial, cuando, a juicio de peritos médicos, les conviniera el trabajo al aire libre (art. 127), y

3. Para los delincuentes menores de dieciséis años de edad, arrestos escolares, libertad vigilada o reclusión en establecimientos de educación correccional, en colonia agrícola o en navío-escuela (arts. 71, 121, 122, 123 y 124).¹⁶

En el caso de los sordomudos que contravinieran los preceptos de una ley penal, y de los ebrios habituales y de los toxicómanos, a quienes también se les consideraba en estado peligroso, se previno, para los primeros, su internación en escuela o en establecimiento especial para sordomudos, por todo el tiempo necesario para su educación o instrucción, que en ningún caso sería menor del tiempo que de ser normales, se les hubiere impuesto como sanción (art. 125), y para los segundos, su reclusión en hospital o depara

¹⁶Carranca y Trujillo, al comentar las novedades de importancia del Código Penal de 1929, como las granjas escuela y los navíos escuela, manifestó que "por su condición de irrealizables entonces y aún ahora, dada la pobreza del erario, aunque inspiradas en el Proyecto Ferrer (1921) y por crear un problema práctico en vista de su inexistencia, -- quedaron convertidas en poética legislativa que restó seriedad al legislador", Derecho Penal Mexicano (Parte General), México: Porrúa, 2ª ed., 1941, p. 129.

tamento especial, donde permanecerían hasta su completa curación o corrección, a juicio de los facultativos del establecimiento y del Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social (art. 128).

Finalmente, el código que se comenta conservó la ignorancia (y la superstición) como atenuantes de cuarta clase, cuando en el acto de cometer el delito privaran al sujeto del discernimiento necesario para conocer toda la gravedad de aquél (art. 59-VI), e introdujo como agravantes de cuarta clase, las condiciones de anormalidad orgánica o psíquica, antes, durante y después del delito que, no constituyendo debilidad mental, revelaran en el delincuente tendencias criminales (art. 63-XVI).

2.4 Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1931.

Aproximadamente dos años después de promulgado el Código de Almaraz, exactamente el 17 de septiembre de 1931, entró en vigor el Código Penal¹⁷ que, pese a las múltiples reformas, adiciones y modificaciones que desde entonces ha sufrido, inclusive sobre el tema de nuestro análisis, sigue vigente, y el que fue elaborado sobre las bases del anteproyecto

¹⁷Dicho código se promulgó por decreto del 15 de agosto de 1931, - Leyes Penales Mexicanas, Tomo 3, p. 357.

yecto de 1930¹⁸ formulado por Alfonso Teja Zabre, José López Lira, José Angel Ceniceros, Luis Garrido y Ernesto G. Garza. Dicho ordenamiento, de tendencia ecléctica y pragmática, según afirmación de Teja Zabre¹⁹ en la exposición de motivos que en nombre de la Comisión Revisora presentó al Congreso Jurídico Nacional, reunido en la ciudad de México, en mayo de 1931, en el tema de la imputabilidad siguió el criterio de la defensa social, pero completando la fórmula: "no hay delincuentes sino hombres". Esto se debió, como expresamente lo señalan Ceniceros y Garrido, a que la Comisión, ante los problemas de carácter constitucional que en relación con los enfermos mentales representaban las soluciones proporcionadas por la Escuela Clásica y la Positivista "se encontraba ante un problema insoluble, y optó por la solución menos mala, o sea la que ya había adoptado el legislador de 1929, consistente en apoyar la responsabilidad social en estos casos"²⁰

¹⁸ El texto de este anteproyecto se puede consultar en: Leyes Penales Mexicanas, Tomo 3, pp. 243 a 286.

¹⁹ Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, y para toda la República en materia de Fuero Federal, México: Botas, 1931, p.8

²⁰ CENICEROS, José Angel, y GARRIDO, Luis, La ley penal mexicana, México: Botas, 1934, p. 63. Los problemas de carácter constitucional los hacían residir en que "...si la Comisión se pronunciaba por el criterio clásico, entonces el loco debería irse a su casa con grave peligro para la sociedad, ya que si no es responsable no se le puede detener, pues conforme al artículo 19 Constitucional ninguna detención podrá exceder de setenta y dos horas, si no se justifica con un mandamiento de prisión preventiva, que dentro de la situación que consideramos, no podría dictarse por no existir responsabilidad; y en cuanto a la solución proporcionada por los positivistas, adolece del defecto, dentro de nuestro sis

Así, solo se estimó como causa de inimputabilidad "hallarse el acusado, al cometer la infracción, en un estado de inconsciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes²¹ o por un estado toxinfecioso agudo o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio (art. 15, fracc. II)"; fórmula ésta que no obstante haber sido redactada de acuerdo con peritos médicos,²² encerró en el fondo una seria contradicción que desde entonces motivó la constante censura no solo de juristas nacionales²³ y extranjeros,²⁴ sino también de médicos especialistas en la materia,²⁵ al haber empleado la expresión "estado de inconsciencia" para referirse a los casos en los cuales el sujeto actuaba bajo un trastorno mental transitorio que aparte de

tema legal, de que se tiene que seguir un proceso en forma, es decir, --tomarle al loco su declaración preparatoria, dictarle auto de formal --prisión, etc., para poder resolver al término del mismo que es responsable, socialmente, y que constituyendo una amenaza para la sociedad se le recluye en un manicomio hasta su curación", *Ibidem*.

²¹ Por decreto de 2 de enero de 1968, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 8 de marzo del mismo año, se substituyó la palabra "enervantes" por la de "estupefacientes".

²² CENICEROS, José Angel, y GARRIDO, Luis, *Op. cit.*, p. 63.

²³ Así lo han hecho, entre otros, CARRANCA y Trujillo, Raúl, *Las causas que excluyen la incriminación*, México, 1944, pp. 226 y 227; VILLA LOBOS, Ignacio, *Derecho Penal Mexicano*, Parte General, México: Porrúa, 2ª ed., 1960, p. 402; GARCIA Ramírez, Sergio, *La imputabilidad en el derecho penal mexicano*, México: UNAM, 2ª ed., 1981, pp. 83 a 85; ISLAS, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, México: Trillas, 1982, p. 47, y PAVON, Vasconcelos, Francisco, *Imputabilidad e Inimputabilidad*, México: Porrúa, 1983, p. 97.

²⁴ Entre otros: TABIO, Evelio, "El Trastorno Mental Transitorio de la Semilocura", en: *Criminalia*, Año XIII, No. 7, julio de 1947, México,

que no es, necesariamente, en su origen sólo de carácter patológico, implica simplemente una perturbación de la conciencia pero no una anulación de ésta, y en donde, además, situaciones de ausencia de conducta encontraban sitio junto a situaciones de incapacidad de culpabilidad, que bien pronto se reflejó en la aplicación práctica de la eximente.²⁶

Por el contrario, la responsabilidad de los sujetos -- que bajo enajenación mental permanente o con la hoy superada terminología de "locos, idiotas o imbeciles" utilizada por dicho ordenamiento, ejecutaban hechos o incurrían en omisiones definidos como delitos, se apreciaba ya no desde el punto de vista de su imputabilidad sino de su peligrosidad, ordenándose en consecuencia su reclusión en manicomios o en departamentos especiales, por todo el tiempo necesario para su curación, y sometidos, con autorización del facultativo, a un régimen de trabajo (art. 68); como igual acontecía con los sordomudos que contravenían los preceptos de una ley penal, ordenándose también en estos casos su reclu--

p. 297; JIMENEZ de Asúa, Luis, "Impresiones sobre la parte general del anteproyecto de reforma del Código Penal Mexicano", en: La Reforma Penal Mexicana, México: Ruta, 1951, p. 145, y CUELLO Calón, Eugenio, "El anteproyecto de Código Penal Mexicano de 1949 para el Distrito y Territorios Federales", en: La Reforma...p. 152.

²⁵TORRES Torija, José, "Breves consideraciones sobre el anteproyecto de Código Penal", en: La Reforma...p. 168, y BONNET, Emilio Federico Pablo, "El Trastorno Mental Transitorio", en: Criminalia, Año XXX, No. 4. abril de 1964, México, p. 245.

²⁶Vid. CARRANCA y Trujillo, Raúl, Las causa que excluyen la imputación, pp. 226 y 227.

sión en escuela o establecimiento especial para sordomudos, por todo el tiempo que fuere necesario para su educación o instrucción (art. 67). En ambos casos, dichos sujetos podrían ser entregados a quienes correspondía hacerse cargo de ellos, siempre que se otorgara fianza, depósito o hipoteca hasta por la cantidad de diez mil pesos, a juicio del juez, para garantizar el daño que pudieran causar, por no haberse tomado las precauciones necesarias para su vigilancia, salvo los casos en los que el juez estimara que ni aún con dicha garantía quedaba asegurado el interés de la sociedad -- (art. 69).

Como se advierte, al margen de que hayan sido o no obstáculos constitucionales los que forzaron a los legisladores de 1931, a tomar partido por la solución "menos mala",²⁷ lo cierto es que al seguir el criterio de la defensa social consistente en apoyar la responsabilidad social de los enfermos mentales por el hecho de vivir en el seno de una asociación política, sin que se haya contemplado en la fracción II del artículo 15, al trastorno mental permanente y a la sordomudez como circunstancias excluyentes de la responsabilidad penal, implícitamente se aceptó, al igual como ocu---

²⁷Un análisis de ello lo lleva a cabo Alvaro Bunster en su ensayo "En torno de la imputabilidad penal", Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, Vol. II, Año II, 1987, México, pp. 135 a 139.

rría en el Código de Almaraz, la imputabilidad de los sujetos que actuaban bajo tales estados y, consiguientemente, - la existencia de "delitos sin culpabilidad", resquebrajando se con ello en sus raíces uno de los principios fundamentales del moderno derecho penal de culpabilidad que en cierta forma ya se dejaba vislumbrar en el Código Penal de 1871, y que afortunadamente ha sido reestablecido en sus contornos con las reformas introducidas en 1984, como más adelante -- tendremos oportunidad de constatarlo.

En cuanto a los menores de edad, los miembros de la Comisión redactora del Código vigente acordaron desde un principio, como orientaciones de la nueva legislación penal: -- "Dejar a los niños al margen de la función penal represiva, sujetos a una política tutelar y educativa",²⁸ fijando con carácter cronológico en el artículo 119, ubicado en el capítulo único del título sexto denominado "Delincuencia de menores"²⁹ y con total abandono del criterio del discernimien

²⁸TEJA Zabre, Alfonso, Exposición de Motivos, p. 9. Como consecuencia de la adopción de este sistema, no represivo sino de pedagogía correctiva, afirma Ceniceros, ya no cabe hablar de menores infractores irresponsables por falta de discernimiento, pues se desplaza la planteación (sic) del problema a otro campo diverso, el de que a todos hay que considerarlos responsables socialmente, cualesquiera que sean sus condiciones psicofísicas, para el efecto de poder sujetarlos a la acción protectora del Estado, por ser infancia material o moralmente abandonada", La Escuela Positiva y su influencia en la legislación penal mexicana, - pp. 73-74.

²⁹Los artículos que comprende este título (119 a 122) fueron derogados por el artículo primero transitorio de la Ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito Federal, publicada-

to utilizado por las primeras formulaciones legales sobre la materia, la edad de dieciocho años como límite de la inimputabilidad, ordenando a su vez, la reclusión de estos menores por el tiempo que fuere necesario para su corrección educativa. También se dispuso que tomando en consideración las condiciones peculiares del menor y la gravedad del hecho, las medidas aplicables a ellos serían el apercibimiento y el internamiento con reclusión a domicilio, escolar, en hogar honrado, patronato o instituciones similares, en establecimiento médico, en establecimiento especial de educación técnica o en establecimiento de educación correccional (art. 120), así como la facultad de los jueces de exigir fianza de los padres o de los encargados de la vigilancia del menor, para autorizar la reclusión fuera del establecimiento oficial de educación correccional (art. 121).

2.4.1 Reformas de 1984.

Al inicio del gobierno del presidente De la Madrid, acaecido el 1º de diciembre de 1982, se encomendó al Procurador General de la República la coordinación de una consulta

en el Diario Oficial de la Federación de 2 de agosto de 1974, solo por lo que se refería al Distrito Federal; y posteriormente por el artículo tercero transitorio de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 24 de diciembre de 1991.

Nacional sobre Administración de Justicia y Seguridad Pública, con el fin de recoger aquellas opiniones que permitieran promover iniciativas de leyes y permitieran promover acciones "para proveer a la sociedad de un mejor sistema de administración de justicia y seguridad pública".³⁰ Dicha consulta se llevo a cabo en toda la República Mexicana a partir de enero de 1983, concluyendo el 8 de agosto de ese mismo año, con la presentación del documento relativo a las conclusiones y recomendaciones que se derivaron de la misma,³¹ y en donde los miembros de la Comisión de Justicia Penal, integrada por los Doctores Celestino Porte Petit y Moisés Moreno Hernández, y por los Licenciados Francisco H. Pavón Vasconcelos, Raúl Castellanos Jiménez y César Humberto Vieyra, estimaron que "para obtener una legislación actualizada y acorde a la realidad mexicana, es indispensable llevar a cabo, entre otras medidas, reformas de carácter constitucional, penal, de procedimientos penales, de orden penitenciario y la relativa a los menores infractores".³²

Uno de los resultados de la Consulta Nacional referida,

³⁰ Discurso pronunciado por el Presidente de la República en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 2 de diciembre de 1982, cfr. "La reforma jurídica de 1983 en la administración de justicia", México: P.G.R., 1984, pp. XXV y ss.

³¹ Consulta Nacional sobre Administración de Justicia (Conclusiones y Recomendaciones), México: P.G.R., 1983.

³² Consulta Nacional sobre Administración de Justicia, p. 15.

al igual que del Anteproyecto de Código Penal de 1983, elaborado conjuntamente por la Procuraduría General de la República, por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, -- fueron las reformas incorporadas a nuestra legislación penal federal en los años de 1984, 1985 y 1986, consideradas por la mayoría de la doctrina³³ como las más profundas y -- trascendentales que ha experimentado el Código Penal de 1931 en sus más de sesenta años de vida, destacando entre ellas, para el tema de nuestro análisis, las relacionadas con los artículos 15, fracción II, 24, inciso 3, 67, 68, 69 y 118 -- bis,³⁴ cuyo contenido conceptualiza, en forma universal, el régimen jurídico de la imputabilidad y su ausencia, y supera ampliamente al régimen anterior, al adoptar los criterios proporcionados en la materia por las modernas corrientes del pensamiento penal y criminológico, así como de política criminal, aceptadas ya en ese tiempo por algunas legislaciones nacionales.³⁵

En efecto, sin acudir al casuismo que caracterizó al Código Penal antes de la reforma, pero sin desdeñar la tra-

³³ Así lo han manifestado, entre otros, MALO Camacho, Gustavo, "Reforma a la legislación penal (1983-1986)", INACIPE, 1976-1986, 10º Aniversario, Tomo II, México, 1986, p. 365; MORENO Hernández, Moisés, "Orientaciones Político-Criminales de las recientes reformas al Código Penal del Distrito Federal", INACIPE, 10º Aniversario...p. 665; BUNSTER, Alvaro, Op. cit., p. 139; GARCIA Ramírez, Sergio, Justicia y Reformas legales, México: Cuadernos del INACIPE, Núm. 14, 1985, y MADRAZO, Carlos A., La reforma penal, pp. IX y X.

³⁴ El Decreto de las citadas reformas, de fecha 30 de diciembre de

dición legislativa de no proporcionar una noción positiva - de la imputabilidad, lo que, como lo señala Malo Camacho,³⁶ - no ha sido tema nada pacífico tanto en la legislación compa - rada como en la doctrina, la nueva redacción del artículo - 15, fracción II, establece como circunstancia excluyente de la responsabilidad por inimputabilidad:

Padecer el inculgado, al cometer la infracción, trastor - no mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de - acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad inten - cional o imprudencialmente.

Dicha fórmula, que en mucho supera a la derogada, se - presenta como mixta (biológica-psicológica o, si se prefie - re, psíquico-normativa), y como toda fórmula de su clase, - se integra de dos partes diferentes: en la primera, se enu - meran las fuentes de la incapacidad, haciendo uso de dos -- conceptos que sin acudir a la contemporánea nosología psi-- quiátrica, por su latitud permiten abarcar en el presente, - y quizás en lo futuro, todos los posibles casos de incapaci - dad psíquica de culpabilidad, a saber: trastorno mental y - desarrollo intelectual retardado; y en la segunda, se seña - lan los efectos, comúnmente denominados "psicológicos", im -

1983, se publicó en el Diario Oficial de la Federación de 13 de enero de 1984.

³⁵Entre otros, Veracruz, Guanajuato, Michoacán y Coahuila.

³⁶Op. cit., p. 388.

prescindibles para la inimputabilidad: estar impedido para comprender la ilicitud del hecho, o para conducirse conforme a esa comprensión.

Lo anterior pone de relieve que la mera referencia a las primeras no prejuzga por sí sola acerca de la inimputabilidad, y ellas se indican -como lo puntualiza Alvaro Bunter³⁷ bajo reserva de que, en el caso concreto, impidan comprender el carácter ilícito del hecho, o de conducirse de acuerdo a esa comprensión y, además, que la imputabilidad es un concepto jurídico cuya valoración únicamente corresponde al juez, a quien el perito ilustra con los datos de su ciencia.

Gaviria Trespalacios³⁸ nos informa que la expresión -- "trastorno mental" proviene del lenguaje coloquial, que en medicina y psiquiatría tiene un significado equivalente al de enfermedad mental, empero, para efectos jurídicos puede admitirse la locución "trastorno" como subsidiaria de enfermedad, toda vez que en medicina también se utiliza aunque - un tanto ambigua por su doble significado de enfermedad y - de síntoma.

³⁷Op. cit., p. 141.

³⁸"Enfoque psiquiátrico del trastorno mental como fuente de inimputabilidad", en: Derecho Penal y Criminología, Vol. V., Núm. 6, enero-abril de 1982, Bogotá, Colombia, p. 36.

Como quiera que sea, como en la propia nosotaxia psiquiátrica no hay consenso unánime en torno a qué se entiende por enfermedades mentales y cuáles son éstas, y sobre todo porque inimputabilidad no significa ni mucho menos se identifica con enfermedad mental, juzgamos que nuestro legislador obró correctamente al emplear el término "trastorno mental", ya que con ello no sólo quedan incluidas aquéllas, sino también las perturbaciones de la consciencia que tienen un origen tanto morboso o patológico, como fisiológico o psicológico, claro está, siempre a condición de que tales causas tengan como efecto impedir la comprensión de la ilicitud del hecho, o de conducirse conforme a dicha comprensión.

En lo que respecta al desarrollo intelectual retardado, no hay duda de que se relaciona con los fenómenos de la inmadurez psicológica, en donde se incluyen algunos grados de la oligofrenia (moderada, grave y profunda), en cuanto formas de insuficiencias mentales congénitas; los casos de detención del desarrollo cerebral a temprana edad por diversos factores (traumatismos, infecciones, etc.) y aquellos otros de deficiente desarrollo intelectual originados en la falta de comunicación humana y social, como acontece con los sordomudos no educados y los ciegos de nacimiento, quienes al estar privados de las funciones de oír, hablar y ver, tienen reducido considerablemente su mundo de relación que

les crea una seria dificultad de adaptación en su trato con los demás seres humanos.

Resumiendo, conforme a la nueva redacción del artículo 15, fracción II, la sola presencia de cualquiera de los factores enumerados (trastorno mental y desarrollo intelectual retardado) no prejuzga por sí sola sobre la existencia de la incapacidad psíquica por falta de imputabilidad, dado -- que se requiere además, como en toda fórmula mixta, de otra condición: el efecto psicológico que impide la comprensión del carácter ilícito del hecho, o la de conducirse de acuerdo a dicha comprensión. Tales efectos, como aparecen redactados, establecen una disyuntiva: la comprensión de lo ilícito del hecho, o la de conducirse conforme a esa comprensión. La ausencia de uno o de ambos efectos, determinado -- por un trastorno mental, ya sea permanente o transitorio, o por un desarrollo mental retardado, eliminará la imputabilidad.

La parte final del texto de la fracción que se comenta, alude a lo que la doctrina ha denominado "acciones liberae in causa" al exceptuar de la regulación general los casos en los que el propio sujeto activo ha provocado su incapacidad, ya sea en forma intencional o ya en forma imprudencial; fórmula que no obstante ser más clara y precisa -- que la que reemplazó, ha sido criticada, creemos que no sin

justa razón, por un sector de la doctrina nacional.³⁹

Por otra parte, la disposición comentada se complementa con el contenido de los artículos 24, inciso 3, 67, 68 y 69, igualmente reformados, que establecen las medidas de -- tratamiento aplicables a los inimputables que lo requieran, así como el principio de la proporcionalidad en la imposición de las mismas.

Así, el artículo 24, que enumera las penas y las medidas de seguridad, incorpora para los inimputables y para -- quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, en su inciso 3, dos diversas medidas: internamiento y tratamiento en libertad. A su vez, -- el artículo 67 ubicado, al igual que los artículos 68 y 69, en el capítulo V del Título Tercero, denominado "Tratamiento de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos"⁴⁰ señala que: "En el caso de los inimputables, el juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable en internamiento o en li bertad previo el procedimiento correspondiente. Si se trata

³⁹ En este sentido, MORENO Hernández, Moisés, Op. cit., p. 662; -- BUNSTER, A., Op. cit., pp. 141 y 142, y MADRAZO, C.A., Op. cit., pp. 134 a 136.

⁴⁰ El rubro de este capítulo tal como aparece en el texto es producto de dos modificaciones: la primera por Decreto de 30 de diciembre de -- 1983, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 13 de enero de 1984, y la segunda por Decreto de 23 de diciembre de 1985, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de enero de 1986.

de internamiento, el sujeto inimputable será internado en la institución correspondiente para su tratamiento",⁴¹ lo cual se traduce en un notable avance con relación al régimen anterior, toda vez que se permite al órgano jurisdiccional seleccionar, de entre dos medidas, la más adecuada y justa para el caso concreto. El tratamiento en libertad será el indicado para los casos menos graves, en tanto que el internamiento lo será para aquellos que revisten mayor gravedad.

Acorde con un sentido realista y tomando en consideración la posibilidad, tan frecuente, de que los inimputables sean tratados médicamente en libertad, según reza la exposición de motivos respectiva,⁴² el artículo 68 mantiene la facultad de la autoridad judicial e introduce la de la ejecutora, en su caso, de entregar a los sujetos inimputables "a

⁴¹El citado artículo también ha sido criticado porque al no señalar expresamente que las medidas de tratamiento son únicamente para los inimputables que lo requieran, puede conducir a situaciones en las que, no obstante ser innecesario el tratamiento, como por ejemplo, en ciertos casos de inimputabilidad debidas sobre todo a trastorno mental transitorio, se imponga el mismo. Cfr. BUNSTER, A., Op. cit., p. 148, y MARDRAZO, C.A., Op. cit., pp. 137 a 139. Dicho artículo en su parte final fue adicionado mediante Decreto de 23 de diciembre de 1985, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de enero de 1986, con un párrafo que dice: "En caso de que el sentenciado tenga el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, el juez ordenará también el tratamiento que proceda, por parte de la autoridad sanitaria competente o de otro servicio médico bajo la supervisión de aquélla, independientemente de la ejecución de la pena impuesta por el delito cometido".

⁴²Vid. "El marco legislativo para el cambio", Tomo 6, p. 198.

quienes legalmente corresponda hacerse cargo de ellos, siem
pre que se obliguen a tomar las medidas adecuadas para su -
tratamiento y vigilancia, garantizando por cualquier medio
y a satisfacción de las mencionadas autoridades, el cumpli-
miento de las obligaciones contraídas" y, además, autoriza
a la autoridad ejecutora para "resolver la modificación o -
conclusión de la medida, en forma provisional o definitiva,
considerando las necesidades del tratamiento, las que se a-
creditarán mediante revisiones periódicas, con la frecuen-
cia y características del caso".

El artículo 69, por su parte, incorpora en la legisla-
ción para inimputables otra tendencia de nuestro tiempo, au
sente hasta ese entonces en nuestra tradición legislativa -
penal federal, como lo es el principio de proporcionalidad
en la imposición de las medidas, al establecer que: "En nin
gún caso la medida de tratamiento impuesta por el juez pe-
nal, excederá de la duración que corresponda al máximo de -
la pena aplicable al delito. Si concluido ese tiempo, la au
toridad ejecutora considera que el sujeto continúa necesi-
tando el tratamiento lo pondrá a disposición de las autori-
dades sanitarias para que procedan conforme a las leyes a--
plicables"⁴³

⁴³Alvaro Bunster al comentar el artículo 69 reformado, expresa que
"Sólo cabe deplorar, por su inconsecuencia, la disposición que sigue a e
sa regla dentro del mismo artículo 69 y conforme a la cual "si concluido

Finalmente, la reforma de 1984 introduce en el artículo 118 bis, sin acudir al régimen normal de la prescripción, los supuestos en que tiene lugar la extinción de las medidas de tratamiento, al disponer que: "Cuando el inimputable sujeto a una medida de tratamiento se encontrare prófugo y posteriormente fuera detenido, la ejecución de la medida de tratamiento se considerará extinguida si se acredita que -- las condiciones personales del sujeto no corresponden ya a las que hubieran dado origen a su imposición".

3. Anteproyectos.

La evolución legislativa penal federal en México permite observar, además de las diversas reformas, modificaciones y adiciones que ha sufrido el Código Penal de 1931, en sus más de sesenta años de vigencia, la elaboración, por una parte, de dos Anteproyectos de reformas a dicho ordenamiento, en los años de 1934 y 1942, y por otra, la existencia de sendos Anteproyectos de Código Penal que tuvieron la

ese tiempo (equivalente al máximo de la pena aplicable al delito), la autoridad ejecutoria (sic) considera que el sujeto continúa necesitando el tratamiento, lo pondrá a disposición de las autoridades sanitarias para que procedan conforme a las leyes aplicables". He aquí, pues, que la tabla se da vuelta inesperadamente, y los derechos del individuo quedan indefinidamente expuestos a la voluntad de la instancia administrativa, sin garantía jurisdiccional", Cp. cit., p. 149; en tanto que Olga Islas indica que: "Eso quiere decir que el Estado seguirá cuidando del sujeto y le proporcionará el tratamiento que necesite, pero ya no como medida de seguridad de índole penal, sino como un servicio propio de -- las autoridades sanitarias", "Comentarios a las reformas del Código Penal", en: La reforma jurídica de 1983...p. 334.

pretensión de sustituir al vigente, como lo son los proyectados en los años de 1949, 1958, 1983, 1989 y 1992, y, además, la existencia de un Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana, formulado en el año de 1963, en cumplimiento a la resolución número 52 del Segundo Congreso Nacional de Procuradores, celebrado en la Ciudad de México, - en el mes de mayo de ese año. Dada la importancia que dichos Anteproyectos cobran en el desarrollo del concepto de imputabilidad en el derecho penal mexicano, es necesario referirnos a ellos.

3.1 Anteproyecto de reformas de 1934.

En diciembre de 1934, se presentó al Licenciado Fernando Moctezuma, Jefe de la Comisión Legislativa del Instituto de Estudios Sociales, Políticos y Económicos del P.N.R., el Anteproyecto de Reformas al Libro Primero del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1931, elaborado por los señores Alberto R. Vela, Platón Herrera Ostos, Antonio Espinosa Rodríguez y Gustavo Cárdenas Huerta, miembros de la Comisión revisora de las leyes penales, cuya tendencia, según carta de fecha cuatro de diciembre de 1934, dirigida por su presidente al citado Jefe de la Comisión Legislativa del P.N.R., "es pragmatista por excelencia, con ligera inclinación hacia la escuela de la defensa social".⁴⁴

⁴⁴Leyes Penales Mexicanas, Tomo 3, p. 363.

Si bien el Anteproyecto de reformas de 1934, sigue en general los mismos lineamientos que sirvieron de base al Código Penal de 1931,⁴⁵ en lo relativo a la imputabilidad y su aspecto negativo, se planteó y se previno lo siguiente:

a) Que se añadiera a la fracción II del artículo 15, una regla que permitiera "considerar incurso en responsabilidad al que, como el epiléptico, causa daños en el periodo de su acceso, que no por ser transitorio y con los demás caracteres que la fracción señala, deja de constituir un índice claro de temibilidad del paciente y que, por lo mismo, - convierte a éste en individuo capaz de ser sujeto de medidas defensivas de la sociedad".⁴⁶ Consecuentemente, a la excluyente de responsabilidad de que se trata, se le añadió - al final, que el trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio fuera, además, "de improbable repetición".

b) La modificación del artículo 24, consistente únicamente en colocar en una fracción a las penas, y en otra a -

⁴⁵El Lic. Alberto R. Vela en la citada carta expresa que: "La orientación que dimos a nuestras tareas, la técnica desarrollada en la obra que sometimos a la consideración de usted, los métodos de trabajo y las tesis fundamentales que adoptamos, son ostensiblemente los mismos - que se aprovecharon para redactar el Código de 31, cuya bondad y adaptación al medio, como en otra ocasión dije a usted, han sido demostradas por la práctica casi de manera constante", Leyes Penales Mexicanas, Tomo 3, p. 363.

⁴⁶Exposición de motivos del Anteproyecto de reformas de 1934, Ibídem, p. 368.

las medidas de seguridad, incluyéndose en éstas últimas, la reclusión de imprudentes, sordomudos, enfermos mentales, de generados, alcohólicos y toxicómanos, y las medidas tutelares para menores.

c) Que a los sordomudos se les considerara, por razones de justicia, de diferente manera, según que hayan adquirido el defecto antes o después de los dieciséis años de edad. En el primer caso, el Anteproyecto los consideró inimputables, y en el segundo, semiimputables, por un lado, e imputables por otro. Así, para los sordomudos de nacimiento o desde antes de cumplir los dieciséis años de edad, que -- causaran daños iguales a los que producen los delitos, se previno su reclusión "en escuela para sordomudos por todo el tiempo que sea necesario para su educación o instrucción, o en establecimiento especial, por todo el tiempo que requiera su reeducación, impartiéndoles, en ambos casos, la enseñanza de un oficio u ocupación que les permita subvenir a sus necesidades, cualquiera que sea la edad que tengan al ocurrir el hecho (art. 68, 1ª parte)", en tanto que para -- los que hubiesen quedado sordomudos después de los dieciséis años de edad, si incurrieran en delito, se propuso la aplicación "hasta las dos terceras partes de la sanción que les hubiera correspondido si no padecieran ese defecto físico", y si incurrieran en imprudencia, aun cuando se les consideraba como normales, se dispuso que las sanciones privativas -

de la libertad corporal se cambiaran "por reclusión en establecimiento especial para sordomudos, impartiendoles, en su caso, la educación y enseñanza que se mencionan en el párrafo anterior (art. 68, 2ª parte).

d) Atendiendo a que la Comisión consideró "que no hay - absolutamente ningún hombre que no padezca alguna anomalía - mental, por ligera que ésta sea, creyó pertinente sugerir se reduzca el alcance del actual artículo 68 agregando la condi - ción de que la debilidad, enfermedad o anomalía mental a que se alude, deberá ser de tal naturaleza que perturbe gravemen - te la razón, para que los afectados puedan considerarse in- - cluidos en el artículo que se consulta"⁴⁷ cuyo artículo, con la adición sugerida, pasó a ser el 69 en el Anteproyecto.

e) Al igual que en el Código Penal de 1931, el artículo 70 del Anteproyecto de reformas de 1934, planteó el régimen de trabajo para los inimputables permanentes, compatible con sus condiciones de anormalidad, y la posibilidad de que di- - chos sujetos, con excepción de los que hubieran quedado sor- - domudos después de los dieciséis años de edad, fueran entre- - gados a quien correspondiera hacerse cargo de ellos, siem- - pre que se otorgara fianza, depósito o hipoteca, hasta por - diez mil pesos, para garantizar: la reparación del daño que pu - dieran causar por no haberse tomado las precauciones nece-

⁴⁷Exposición de motivos del Anteproyecto de reformas de 1934, Le- - yes Penales Mexicanas, Tomo 3, p. 377.

sarias para su vigilancia; la presentación de ellos ante la autoridad para que sean examinados periódicamente por especialistas, y los fines educativos y de enseñanza que se --- prescriben; salvo el caso de que la autoridad correspondiente estimara que ni aun con dicha garantía quedaba asegurado el interés de la sociedad.

A diferencia del régimen previsto por el Código de 1931 el Anteproyecto de 1934, señaló que la autoridad correspondiente, antes de resolver sobre el régimen de trabajo y sobre la procedencia o no de la entrega de que se habla, oyera el parecer de peritos y, además, que las resoluciones que -- pronunciara podían ser sustituidas, modificadas o revocadas, en cualquier tiempo, por causa justificada (art. 70).

f) Se propuso fijar en dieciséis años de edad la minoría de edad penal, porque se estimó que "en las condiciones sociales, de raza, clima, ambiente, etc., que ejercen influencia sobre el desarrollo mental de los individuos, en la República, ya para los 16 años se ha alcanzado el desenvolvimiento necesario, en términos generales, para ameritar la aplicación de las medidas señaladas para los adultos normales"⁴⁸ y asimismo, la introducción en las medidas aplicables a los menores, de la amonestación y la reclusión en taller (artícu--

⁴⁸Exposición de motivos del Anteproyecto de reformas de 1934, Leyes Penales Mexicanas, Tomo 3, p. 384.

los 134, 135, 136 y 137 del Anteproyecto).

g) Finalmente, la Comisión también consideró indispensable "proponer una regla especial de prescripción de acciones referentes a sanciones de duración indeterminada, como son las correspondientes a los menores, sordomudos, enfermos mentales e imprudentes",⁴⁹ sugiriendo, en el artículo -- 120, que la acción del Ministerio Público para pedir la aplicación de cualquier sanción de duración indeterminada, -- prescribiera en cinco años.

3.2 Proyecto de reformas de 1942.

El proyecto de reformas al Código vigente, fechado en 1942, fue elaborado por una comisión integrada por los Licenciados Raúl F. Cárdenas, Genaro Ruíz de Chávez, Juan de la Cruz García y Eduardo Mac Gregor, ocupando en esa época el primero, el cargo de Oficial Mayor de la Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales; el segundo, de Juez Séptimo de la Tercera Corte Penal; el tercero, de abogado consultor del Departamento Jurídico de la Secretaría de Gobernación, y el último, de agente auxiliar del C. Procurador General de Justicia del Distrito y Territorios Federales,⁵⁰ cuya publicación incluye un texto compa-

⁴⁹Exposición de motivos del Anteproyecto de reformas de 1934, *Le-
nes Penales Mexicanas*, Tomo 3, p. 382.

⁵⁰vid. PORTE Petit, Celestino, *Evolución Legislativa Penal en Mé-
xico*, p. 100.

rativo con el de 1931, así como la exposición de motivos al pie de cada artículo que se sugirió reformas, modificar o adicionar.

Aún cuando el proyecto de 1942, propuso la reforma de sesenta y dos artículos del Código Penal de 1931, tanto de la parte general como de la especial, en el tema relacionado con la imputabilidad y su reglamentación, únicamente se sugirió que al inciso 2, del artículo 24, que enumera las penas y las medidas de seguridad, se incluyera la reclusión de los ebrios habituales. En lo demás, dicho proyecto no planteó --ninguna reforma, modificación o adición.

3.3 Anteproyecto de Código Penal de 1949.

El Gobierno de la República, a través de la Secretaría de Gobernación, designó, en abril de 1948, la Comisión Revisora de las leyes penales, integrada por los señores Licenciados Luis Garrido, como presidente, Celestino Porte Petit, Francisco Argüelles, Raúl Carrancá y Trujillo y Gilberto Suárez Arvizu, éste último como secretario, con la "tarea esencial...de hacer una labor de coordinación y aseo de nuestra legislación criminal, poniéndola al día, para que responda -- en todos sus aspectos a la defensa de la sociedad mexicana" y con "la idea directriz de...no abordar problemas de orden filosófico, histórico o metafísico, sino la de abordar el a-

sunto con un sentido real"⁵¹ Fruto de los trabajos de la citada Comisión, lo fue el Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales dado a conocer oficialmente en 1949, el que consta de 381 artículos y tres transitorios, de los cuales 113 corresponden a la Parte General, y los restantes a la Parte Especial⁵²

Congruente con la directriz fijada en la designación de la Comisión redactora de un nuevo Código Penal, el Anteproyecto de 1949, en la fracción I de su artículo 15, apartándose de la fórmula original del Código Penal de 1931, señaló como causa excluyente de responsabilidad penal que el delito haya sido ejecutado "como consecuencia de un estado de trastorno mental transitorio, producido por cualquier causa no imputable, ni dolosa ni culposamente".

Dicha fórmula, de base psiquiátrica o biológica, no obstante que, al igual que la prevista en el Código Penal de 1931 antes de su reforma, no señala a los inimputables permanentes, mejora ésta porque, por una parte, suprime el térmi-

⁵¹Declaraciones del Lic. Ernesto P. Uruchurtu, Subsecretario de Gobernación y encargado del Despacho en la época a que se contraen las mismas declaraciones (23 de abril de 1948), en: La reforma penal mexicana.. pp. 23 y 24.

⁵²No obstante que el Anteproyecto de 1949 carece de exposición de motivos, el Dr. Porte Petit, a invitación de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, en el año de 1950 dictó dos conferencias sobre la exposición doctrinal del mismo. Cfr. Hacia una reforma penal integral, México: Cuadernos del INACIPE, No. 21, 1985, pp. 129 a 185.

no tan polémico de "estado de inconsciencia" e introduce el de "trastorno mental transitorio" sin la enumeración de las causas que provocan tal estado, y por otra, no limita la -- eximente a una etiología patológica, con lo que, ciertamente, se incluyen aquellos trastornos cuyas causas son psicológicas.⁵³

En cuanto a los enfermos mentales, el Anteproyecto en consulta, siguió los mismos lineamientos que el de 1931, al estimar la responsabilidad social de aquellos, dado que, al decir de Porte Petit,⁵⁴ a la Comisión redactora se le presentaron los mismos problemas de carácter constitucional y técnico que a los legisladores de 1931, optando por la responsabilidad social en estos casos.

No obstante aceptarse la responsabilidad social de los sordomudos y de los enajenados permanentes, en el Anteproyecto de 1949 se trató, cuando menos, de corregir los errores terminológicos del ordenamiento de 1931: en el artículo 61 ya no se hizo alusión a los "locos, idiotas o imbéciles"

⁵³ La redacción de la excluyente en cuestión, fue aceptada con beneplácito por JIMENEZ de Asúa, Luis, "Impresiones sobre la Parte General del Anteproyecto de Reformas del Código Penal Mexicano", en: La reforma penal mexicana...p. 145; CUELLO Calón, Eugenio, "El Anteproyecto del Código Penal Mexicano de 1949 para el Distrito y Territorios Federales", - Ibid., p. 152, y TORRES Torija, José, "Breves consideraciones sobre el Anteproyecto de Código Penal", Id., p. 168, entre otros.

⁵⁴ Exposición doctrinal del Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1949, pp. 139 y 140.

sino a los que sufrieran "cualquier proceso psicopatológico permanente o crónico", al igual que en el artículo 21, fracción II, que habla de la reclusión de sordomudos y de los que sufrieran un proceso psicopatológico. En lo demás, se conservó en esencia el régimen anterior, como la reclusión de los sordomudos que contravinieran los preceptos de una ley penal, en escuela o en establecimiento especial para sordomudos, por todo el tiempo que fuere necesario para su resocialización (art. 60 del Anteproyecto), y la reclusión de los que sufrieran cualquier proceso psicopatológico permanente o crónico, que hayan ejecutado hechos o incurrido en omisiones definidos como delitos, en manicomios o en departamentos especiales, por todo el tiempo necesario para su recuperación social, especialmente desde el punto de visita de su peligrosidad, y el sometimiento de estos, con la autorización de facultativos, a un régimen de trabajo (art. 61 del Anteproyecto).⁵⁵

⁵⁵ Constancio Bernaldo de Quiros, al comentar los artículos 60 y 61 del Anteproyecto de 1949, expresó que: "...antes sería preciso haber declarado que también los anentes y los dementes de carácter "permanente" o "crónico" según la letra de la ley, también ellos están exentos de responsabilidad penal, por ser tan inimputables en su triste situación como los que en estado de alteración mental transitoria incurran en acciones u omisiones previstas en la ley penal; es decir, no delinquen, o que no cometen delito, pero que, hallándose en un estado peligroso, requieren la aplicación de una medida de seguridad adecuada: el internamiento en un manicomio judicial o algo por el estilo. Casi lo mismo deberíamos repetir para el sordomudo nato, o que hubiera llegado a esta situación precozmente, no habiendo recibido, además, educación especial, pues el estado cerebral de estos sujetos, aislados en su mundo rudimentario, privados de las vías de comunicación por donde entran los conceptos morales y sociales, que son la palabra y el oído, se ase-

Asimismo, se mantuvo en ambos casos la facultad del órgano jurisdiccional de entregar a los reclusos a quienes correspondiera hacerse cargo de ellos, siempre que se otorgara fianza, depósito o hipoteca hasta por la cantidad de veinte mil pesos, a juicio del juez, para garantizar el daño -- que pudieran causar por no haberse tomado las precauciones necesarias para su vigilancia, salvo que el juez estimara -- que ni aun con dicha garantía quedaba asegurado el interés de la sociedad (art. 62 del Anteproyecto).

En lo que respecta a los menores de edad, el Anteprooyecto conserva los dieciochos años de edad como límite de -- la imputabilidad penal, y se limita a introducir junto al -- internamiento a domicilio, escolar, en hogar honrado, patronato o instituciones similares, en establecimiento médico, -- especial de educación técnica y de educación correccional, -- a la libertad vigilada, entre las medidas aplicables por -- los tribunales para menores (art. 110, fracc. VII); a sustituir el vocablo "reclusión" por el de "internamiento" (artículos 110 y 111), y a señalar la facultad de la autoridad -- encargada de la ejecución de las sanciones, para fijar el -- lugar de internamiento o reclusión, en el caso de que el sujeto fuere detenido siendo mayor de edad, o sea, de diecio-

meja del todo al idiota o imbécil, detenidos lamentablemente en los pasos iniciales del desenvolvimiento de su alma", Observaciones al Antepoyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, en: La reforma penal mexicana...p. 177.

cho años, por infracciones cometidas cuando tenía menos de esa edad (art. 112 in fine).⁵⁶

3.4 Anteproyecto de Código Penal de 1958.

El Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal de 1958, fue elaborado por la Comisión de Estudios Penales de la Procuraduría General de la República, integrada por los señores licenciados Ricardo Franco Guzmán, Francisco H. Pavón Vasconcelos, Celestino Porte Petit Candaudap y Manuel del Río Govea, con la cooperación también de Jorge Reyes Tayabas; en un total de 291 artículos y cuatro transitorios, de los cuales 98 corresponden a la Parte General y el resto a la Parte Especial.

La sistemática general adoptada por el citado Anteproyecto, si bien no rompe del todo con la del Código Penal de 1931, introduce en la misma una variante substancial al acoger, inspirándose, sin duda, en la doctrina de Jiménez de A

⁵⁶ El que se haya conservado en el Anteproyecto de 1949, a los menores como sujetos de regulación penal, acarreó la censura al mismo de numerosos comentaristas. Cfr. BERNALDO de Quirós, Constancio, Op. cit., pp. 179 y 180; ARILLA Bas, Fernando, "Breve ensayo crítico sobre el Anteproyecto de reformas al código penal", en: La reforma penal mexicana, p. 189; TABIO, Evelio, "Algunos comentarios al anteproyecto de código penal para el Distrito y Territorios Federales", Ibid., p. 199; HERNANDEZ Quirós, Armando, "En torno al más reciente anteproyecto de Ley Penal Mexicana", Ibid., p. 247; y GONZALEZ Bustamante, J.J., "El jurista y la ley", Id., p. 269, entre otros.

súa, la visión tripartita del Derecho Penal, o sea, la del estudio del delito, del delincuente y de las sanciones, como pilares fundamentales en la conformación de sus normas.⁵⁷

En razón de ello, el Título Segundo del Libro Primero, lo dedica al "Delincuente" en donde, bajo los capítulos uno y dos, incluye a la imputabilidad y a las causas que la anulan, y en los restantes a la participación, a la reincidencia y a la habitualidad.

Al Anteproyecto de 1958 se caracteriza, además, por albergar el primer intento en la historia de nuestra leyes y proyectos penales federales, de proporcionar una noción positiva de la imputabilidad, y por introducir entre las causas de inimputabilidad, al trastorno mental permanente y a la sordomudez cuando el sujeto careciera totalmente de instrucción. Así, a la imputabilidad se le definió, con inspiración italiana, en la segunda parte del artículo 15, que reza:

Nadie podrá ser sancionado por una conducta o hecho previstos por la ley como delitos, si en el momento de cometerlo no era imputable.

Es imputable quien tiene la capacidad de entender y de querer. (58)

⁵⁷ Cfr. Exposición de Motivos del Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1958, en: Criminalia, Año XXIV No. 10, octubre de 1958, México.

⁵⁸ En la Exposición de Motivos se expresa que: "Siendo la imputabilidad la capacidad del sujeto para responder de sus actos ante el Poder Público, constituyendo la misma el presupuesto necesario para un juicio

Y en el artículo 16, se redujo a tres las causas de inimputabilidad:⁵⁹

- I. El trastorno mental transitorio producido por causa accidental; (60)
- II. El trastorno mental permanente,⁶¹ y
- III. La sordomudez cuando el sujeto carezca totalmente de instrucción. (62)

Por su parte, los artículos 57, 58 y 59 del Anteproyecto, señalan el régimen jurídico al que se sujetan los inim-

de culpabilidad, la Comisión consideró elemental definirla. Si por otra parte sólo es posible hablar de capacidad cuando el sujeto tiene la posibilidad de entender y de querer sus actos y sus resultados, la definición se integro con estos elementos", p. 604. GARCIA Ramirez, al comentar dicha definición, señala que el proyectista de 1958 "Olvidó, en consecuencia, calificar a esos entender y querer, como facultad de comprender el carácter ilícito de la conducta y de inhibir los impulsos delictivos, respectivamente. No especificadas estas calificaciones, aun el niño y el enajenado caerían dentro de la zona de imputabilidad, si no los salvaran otras prescripciones del anteproyecto", La imputabilidad en el derecho penal mexicano, p. 107.

⁵⁹"A pesar de que la Comisión -se indica en la Exposición de Motivos- es consciente de que al darse una definición de la imputabilidad, -resultaba ocioso señalar las causas de inimputabilidad, pues éstas surgirían cuando faltase la capacidad de entender y de querer en el sujeto ha querido expresamente limitarlas para excluir de ellas la minoría de edad, la cual tiene un tratamiento totalmente diverso", p. 604.

⁶⁰Al referirse al trastorno mental transitorio, en la Exposición de Motivos se indica que: "...en una fórmula breve, comprende todos los casos en que el sujeto obra en un estado de trastorno mental de carácter transitorio, evitándose hablar de estados de inconsciencia, porque éstos constituyen una especie del género "trastorno mental"...El uso del vocablo "accidental" para calificar la causa del trastorno, deja fuera todos aquellos casos de acciones LIBERAE IN CAUSA", Idem.

⁶¹En la Exposición de Motivos se lee: "Tratándose del trastorno mental permanente, el Anteproyecto rompe con los antecedentes legislativos mexicanos al darle el carácter de causa de inimputabilidad. El internamiento de las personas en estado de trastorno mental permanente, -se justifica como una medida tutelar según el criterio seguido por los códigos más modernos", Idem.

⁶²Sobre el particular, la Comisión redactora puntualiza que: Se incluyó dentro del precepto la sordomudez cuando el sujeto carezca totalmente de instrucción, por estimarse que la falta de los sentidos del ha

putables transitorios y permanentes, refiriéndose básicamente a la "reclusión", prevista como medida de seguridad en la fracción XI del artículo 24, ubicado en el Título Tercero - relativo a las "Consecuencias jurídicas del delito". Concretamente se previno lo siguiente:

a) La reclusión de los que sufrieran cualquier trastorno mental permanente, en manicomios o establecimientos especiales por el término necesario para su curación, bajo la vigilancia de la autoridad judicial (art. 57);

b) La reclusión de los sordomudos carentes de instrucción, en establecimientos adecuados, por todo el tiempo que fuere necesario para su educación, bajo la vigilancia de la autoridad (art. 58, 1ª parte), y

c) La reclusión de los que sufrieran trastorno mental transitorio, cuando el trastornado mental fuera peligroso (art. 59).

A diferencia del Código Penal de 1931 antes de su reforma, y del Anteproyecto de 1949, sólo en el caso de los sordomudos se concedió al juez la facultad de confiarlos al cuidado de sus familiares, quedando éstos obligados a ejercer la necesaria vigilancia sobre los incapaces (art. 58, 2ª parte).

bla y del oído le privan del conocimiento del mundo exterior y, por lo tanto, sus conceptos y juicios son deformados; si a esto se agrega la total falta de instrucción, la capacidad de discernir es prácticamente nula", Exposición de Motivos, p. 604.

Tratándose de los menores de edad, se conservó, siguiendo en este aspecto al Código de 1931 y al Anteproyecto de 1949, la edad de dieciocho años como límite de la imputabilidad penal (art. 95), y se mantuvo, en esencia, el régimen indeterminado de la reclusión a domicilio, escolar, en un hogar honrado, patronato o instituciones similares, en establecimiento médico, en establecimiento de educación técnica y en establecimiento de educación correccional (art. 96),⁶³ además de la facultad del órgano jurisdiccional de exigir fianza de los padres o de los encargados de la vigilancia del menor, para autorizar la reclusión fuera del establecimiento oficial de educación correccional. Asimismo, también se previno la situación del menor que llegara a la edad de dieciocho años antes de terminar el período de reclusión -- que se le hubiere fijado, en cuyo caso correspondía a la autoridad encargada de la ejecución de las sanciones, decidir si debía ser trasladado al establecimiento destinado a los mayores (art. 98).

3.5 Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963.

En cumplimiento al punto resolutivo número 52 del dic-

⁶³Al comentar Blasco Fernández de Moreda, el capítulo relacionado con la delincuencia de menores, exclamó: ¡Muchas "reclusiones" y sólo dos efectivas: las contempladas en quinto y sexto lugar!, o sea, la reclusión en establecimiento especial de educación técnica y en establecimiento de educación correccional, ¿Hacia la Reforma Penal Mexicana?, en Criminalia, Año XXV, No. 11, noviembre de 1959, México, p. 642.

tamen final del Segundo Congreso Nacional de Procuradores,⁶⁴ celebrado en la Ciudad de México, en mayo de 1963, se elaboró en ese mismo año, un Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana, con el propósito de lograr la uniformidad de la legislación penal en nuestro país, y cuya Comisión redactora estuvo presidida por el doctor Fernando Román Lugo, Procurador General de Justicia del Distrito y Territorios Federales, e integrada por el doctor Celestino -- Porte Petit y los licenciados Luis Fernández Doblado, Olga Islas de González Mariscal y Luis Porte Petit Moreno, interviniendo también con el carácter de asesor, el doctor Luis Garrido.

El citado proyecto, inspirándose predominantemente en el método técnico-jurídico,⁶⁵ agrupa en la Parte General las normas relativas a la ley penal, al delito, al delincuente y a las sanciones, en un total de 108 artículos, y en su --

⁶⁴El punto resolutivo número 52 del dictamen final del II Congreso Nacional de Procuradores, textualmente dice: "Para lograr la uniformidad de Legislación Penal, elabórese un Código Tipo en el que se adopten, en la Parte General, las tendencias modernas relativas a la norma, al delito, al delincuente y a las penas y medidas de seguridad, consiguándose en el catálogo de los delitos las figuras delictivas necesarias para proteger todos aquellos bienes jurídicos que el Estado debe tutelar, señalándose las penas cuyo mínimo y máximo tengan la amplitud suficiente para la mejor aplicación del arbitrio judicial". Cfr. II Congreso Nacional de Procuradores, Memoria, mayo 4-11, de 1963, México.

⁶⁵En la Exposición de Motivos se señala que: "La dirección doctrinaria que inspira al nuevo Código es predominantemente la técnica jurídica, y por lo mismo, se procuró resolver los problemas con la técnica que es propia de los hombres de derecho, sin acudir a filosofías inconducentes", Código Penal Tipo, Memoria 1958-1964 de la Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales, México, noviembre de 1964.

Parte Especial, las correspondientes a las figuras delictivas, en 257 artículos, además de contar con tres artículos transitorios.

Siguiendo al Anteproyecto de 1958, el Proyecto en consulta dedica específicamente un Título, el tercero del Libro Primero, al "Delincuente", y dentro de éste se incluyen las normas relativas a la imputabilidad y su aspecto negativo, sin proporcionar, como lo hizo aquél, una definición positiva de ésta.

Partiendo del principio de que la imputabilidad del agente debe considerarse en el momento de realizar la conducta (art. 24), el Proyecto de 1963 consigna, en su artículo 26, las causas que traen aparejada la correspondiente incapacidad de culpabilidad. Concretamente se establece que no son imputables:

I. Los que padezcan trastorno mental transitorio originado por cualquier causa, que no sea producido dolosa o culposamente por el agente, y a virtud del trastorno no haya podido apreciar el carácter ilícito de su conducta o -- inhibir sus impulsos delictivos.

En el caso a que se refiere el párrafo anterior, si el sujeto requiere tratamiento, se estará a lo dispuesto en el artículo 70.

II. Los que padezcan alienación mental, quienes deberán ser sometidos al tratamiento a que se refiere el artículo 70.

Se advierte en la fórmula propuesta, que se conserva, al igual que en los Anteproyectos de 1949 y 1958, al tras--

torno mental transitorio originado por cualquier causa como excluyente de responsabilidad, pero a diferencia de estos, se exige, además, que por efecto de dicho estado el sujeto no haya podido apreciar el carácter ilícito de su conducta o de inhibir sus impulsos delictivos, para que funcione como tal, pero siempre y cuando el mismo no haya sido producido dolosa o culposamente por el propio agente, dando cabida con ello, a la teoría de las "acciones liberae in causa".

Asimismo, se mantiene al trastorno mental permanente, aunque utilizando el término de "alienación mental"⁶⁶ como causa de inimputabilidad, sin las enumeraciones de "loco, idiota o imbécil" que caracterizaron al Código Penal de 1931 antes de las reformas de 1984.

En ambos casos, si bien se hace alusión a la "interna-

⁶⁶ Quiróz Cuarón, en su calidad de participante en los trabajos de la Comisión redactora, expresa que en el tema: "Un cambio de impresiones entre quienes colaboramos en el trabajo llevó al acuerdo de usar entre los términos sinónimos "enajenado y alienado mental o sicótico", - la expresión alienado mental, siguiendo el pensamiento del profesor de Medicina Forense de la Facultad de Medicina de Buenos Aires, Dr. Nerio Rojas, por ser término castizo que designa genéricamente a las enfermedades mentales y que etimológicamente proviene del latín *alienus*, *alius*: extraño, otro, que es precisamente el enfermo mental que, por serlo, se hace distinto de sí mismo y a la vez extraño a los demás. Eliminamos la expresión "sicótico" porque si bien es término científicamente correcto, desde el punto de vista psiquiátrico resulta extraño y confuso para quienes son profanos en enfermedades mentales", "Comentarios al Proyecto de Código Penal Tipo de México de 1963", en: Revista Mexicana de Derecho Penal, No 38, agosto de 1964, México, p. 41.

ción", prevista como sanción⁶⁷ en la fracción V del artículo 33, ubicado en el capítulo I, título quinto, del Libro - Primero, ello sólo era aplicable en el caso del trastorno - mental transitorio, cuando el sujeto que lo padeciera requiriera de tratamiento, no así del que sufriera de alienación mental, para quien sí se consideraba necesario el mismo.

La internación que radicaba en someter a tratamiento, - en un establecimiento adecuado y bajo la vigilancia de las autoridades correspondientes, a las personas que lo requirieran conforme a las disposiciones del propio Código y que hubieran realizado conductas o hechos considerados por la - ley como delitos (art. 38), debía durar todo el tiempo necesario para el tratamiento, en cuyo término el interno, con autorización del facultativo, sería sometido a régimen de - trabajo y quedaba sujeto a las prescripciones de la Ley de Ejecución de Sanciones (art. 70).

Por otra parte, como eventuales causas de inimputabilidad, el artículo 25 previene que en los casos de delitos co

⁶⁷ En la Exposición de Motivos se lee que: "En el Título Quinto, - bajo el nombre de sanciones se establecen, tanto las penas, como las medidas de seguridad y si bien, como es sabido, las primeras atienden fundamentalmente a la culpabilidad del sujeto responsable y las medidas de seguridad, a la peligrosidad del mismo, nada impide englobarlas bajo el mismo epígrafe puesto que, como señala Constancio Bernaldo de Quirós, - las medidas de seguridad, a pesar de ser distintas de las penas, no por ello dejan de ser sanciones", Código Penal Tipo, Memoria 1958-1964 de - la Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales, México, noviembre de 1964.

metidos por personas que padecieran sordomudez o ceguera, - se estaría a lo dispuesto en los artículos 70 ó 72, según - procediera a juicio del juez. Esto quiere decir que, según la apreciación del órgano jurisdiccional, la sordomudez o - la ceguera podían funcionar como causas de inimputabilidad o como un supuesto de imputabilidad disminuída, dado que el artículo 70, ya citado, se refiere al internamiento, en tan to que el artículo 72, prescribe una disminución de la sanción, al señalar que: "Si el juez estimare que no es procedente la internación en los casos a que se refiere el artículo 25, podrá aplicar sanción de tres días de prisión hasta el máximo de la señalada para el delito cometido".⁶⁸

Otro supuesto de imputabilidad disminuída en el Proyecto Tipo, es el previsto en el artículo 280, al acordarse una reducción de la pena "al que cometa lesiones u homicidio, encontrándose en un estado de emoción violenta que las circunstancias hicieran excusable".⁶⁹

⁶⁸ Quiróz Cuarón comenta, refiriéndose a la sordomudez y a la ceguera, que: "Estos estados mórbidos y deficitarios merecieron la atención de la Comisión. Se consideró que frecuentemente estos estados se acompañan de otras alteraciones nerviosas, sensoriales o psicológicas; asimismo se discutió la situación de los sujetos cuando estas alteraciones son congénitas o adquiridas en el curso de la vida extrauterina para aceptar que en ambos casos son estados peculiares deficitarios", Comentarios al Proyecto de Código Penal Tipo de México de 1963, p. 51.

⁶⁹ Quiróz Cuarón, al referirse a la emoción violenta, señala que: "La Comisión deliberó prolongadamente sobre el tema, no obstante que en el Título Tercero, El Delincuente, Capítulo I, La Imputabilidad, se consideró al trastorno mental transitorio y que en términos psiquiátricos - puros el "raptus" emocional, es un trastorno mental transitorio comple-

Finalmente, en el caso de los menores de edad, se redujo a dieciséis años de edad el límite de la imputabilidad penal. Al realizar conductas o hechos considerados por la ley como delitos, los menores se someterían a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de los Tribunales de Menores y sus Instituciones Auxiliares en el Distrito y Territorios Federales (art. 107), capítulo que sólo sirvió para excluirlos del ámbito penal, previniéndose también un régimen penitenciario especial para los delincuentes de dieciséis a veintiún años, el cual debería ser señalado en la Ley de Ejecución de Sanciones (art. 108).

3.7 Anteproyecto de Código Penal de 1983.

El Anteproyecto de Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal, como producto de la Consulta Nacional sobre Administración de Justicia y Seguridad Pública de 1983, fué dado a conocer conjuntamente por la Procuraduría General de la República, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, el 10 de agosto de ese mismo año, y obser

to y que las emociones violentas corresponden a un trastorno mental transitorio incompleto, se estimó conveniente captar los casos especiales de imputabilidad disminuída para completar el conjunto de los problemas que plantea la imputabilidad en su gradación desde la alienación mental hasta la imputabilidad disminuída, pasando por el trastorno mental transitorio", *Ibidem*, p. 52.

vó como Comisión redactora a los doctores Sergio García Ramírez, Celestino Porte Petit y Gustavo Malo Camacho, y a -- los licenciados Victoria Adato de Ibarra y Luis Porte Petit Moreno, fungiendo como coordinador el primero de los cita-- dos.

Este Anteproyecto, ligado a la idea constantemente rei-- terada de contar con un Código Tipo para la República Mexi-- cana, consta de dos libros: el primero destinado a la Parte General, que comprende las normas relacionadas con la ley - penal, con el delito en general y con las penas y medidas - de seguridad; y el segundo, relativo a los delitos en parti-- cular.⁷⁰

En el tema de la imputabilidad, si bien sigue, como en los Anteproyectos de 1949 y 1963, nuestra tradición legisla-- tiva de no contar con una definición positiva de la misma; sí en cambio, alberga en su articulado los dos grandes su-- puestos que traen como consecuencia la ausencia de la capa-- cidad de culpabilidad: falta de salud psíquica y falta de - suficiente desarrollo mental. Ello se desprende, concreta-- mente, del artículo 12, fracción IX, ubicado en el Capítulo III, Título II, del Libro Primero, que dispone que se exclu

⁷⁰Cfr. Anteproyecto de Código Penal para el Distrito Federal en - materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Fe-- ral (versión preliminar), Procuraduría General de la República, 10 de a-- gosto de 1983.

ye la incriminación cuando:

El agente, al momento de realizar el hecho, en virtud de trastorno mental de cualquier origen, desarrollo psíquico retardado, u otro estado o situación, no tuviere la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquéllos o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo en los casos en que el sujeto activo - haya provocado esa incapacidad dolosa o culposamente.

Dicha fórmula, de textura mixta, por su amplitud permite albergar en su contenido, además de los supuestos que -- caen bajo el trastorno mental o el desarrollo psíquico incompleto, otros más cuya situación o estado sea semejante, - a condición de que todos ellos impidan al agente comprender el carácter ilícito del hecho o determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado dicha incapacidad dolosa o culposamente. Esto último en base a la teoría de las acciones libres en su causa, pero determinadas en cuanto a sus efectos.

Para los inimputables, sean éstos transitorios o permanentes, el Anteproyecto de 1983 contempla, como el Código Penal reformado, del que fué modelo en la materia, su internamiento o tratamiento en libertad, previstos como medidas de seguridad en la fracción XII del artículo 20, ubicado en el Capítulo I, Título III, del Libro Primero.

A su vez, el artículo 36, que reglamenta al internamiento y al tratamiento en libertad de inimputables, previene,-

junto a la facultad del juez de señalar la medida de tratamiento que corresponda, lo siguiente:

a) La facultad de la autoridad ejecutora de resolver -- sobre la modificación o conclusión de la medida en forma -- condicional o definitiva, considerando la personalidad del sujeto y las necesidades que se planteen en el curso del -- tratamiento, acreditadas mediante revisiones periódicas del caso, con la frecuencia y características procedentes y de acuerdo con la naturaleza de éste;

b) La facultad de la autoridad, de entregar al sujeto para fines de internamiento, a quienes corresponda hacerse cargo de ello, si se garantiza, a satisfacción de la propia autoridad, la reparación de los daños y perjuicios que se - pudieren causar por no haberse tomado las precauciones nece sarias para su vigilancia, excepto cuando se considere que el internamiento es indispensable para asegurar el interés de la sociedad, y

c) El principio de proporcionalidad en la imposición - de las medidas de seguridad, al disponer que las mismas en ningún caso podrán exceder de la duración que corresponda - al máximo de la pena aplicable al delito; previendo también el caso de que si concluido ese tiempo, la autoridad ejecu- tora considera que el sujeto continúa necesitando de trata- miento, lo deberá poner a disposición de las autoridades sa

nitarias para que procedan conforme a las leyes aplicables.

Concluyendo con el régimen jurídico a que se sujetan los inimputables, el artículo 75 señala los supuestos en que tiene lugar la extinción de las medidas de tratamiento impuestas, al establecer que: "Cuando el inimputable sujeto a una medida de tratamiento se encontrare prófugo y posteriormente fuera detenido, la ejecución de la medida de tratamiento se considerará extinguida si se acredita que las condiciones personales del sujeto no corresponden ya a las que hubieran dado origen a su imposición".

3.7 Anteproyecto de Código Penal de 1989.

El Anteproyecto de Código Penal de 1989/90 dado a conocer públicamente en el Quinto Congreso Nacional de Doctores en Derecho, celebrado en la Ciudad de México del 28 al 31 de marzo de 1990, fué elaborado por la Comisión Legislativa del Consejo Consultivo de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal,⁷¹ y obedece, según lo expresó Moreno Hernández en el citado Congreso, "a la necesidad de en-

⁷¹Dicha Comisión estuvo integrada por los doctores Celestino Porte Petit (coordinador general), Ricardo Franco Guzmán, Moisés Moreno -- Hernández, Gustavo Barreto Rangel y Jesús Zamora Pierce, y los licenciados Estuardo M. Bermúdez Molina, Carlos G. Cardoso Estrada, Marcos Castillejos Escobar, René González de la Vega Flores, Roberto Hernández -- Martínez, José Ovalle Favela, Emilio R. Peña Rangel, Bernardo Tirado Gutiérrez, Humberto E. Tirado Gutiérrez, Sergio Vela Treviño, Patricia -- Santana Iglesias y Xóchitl Velásquez Díaz.

contrar otras alternativas, para un mejor y más congruente sistema de justicia; a la necesidad de un Derecho Penal más funcional y más acorde con la esencia misma del Estado democrático de derecho...y no plantea...una simple reforma parcial y circunstancial, sino una que aspira a ser general y substancial".⁷²

Este Anteproyecto, cuyo antecedente más próximo lo es el de 1983, consta de 346 artículos (113 de la Parte General, y 233 de la Parte Especial) y pretende superar, como sus antecesores, a la legislación vigente, tanto en el aspecto político-criminal como en el aspecto técnico, al incluir en su Parte General algunos de los principios rectores del derecho penal contemporáneo, como el de legalidad (art. 1º), el de tipicidad (art. 2º), el del bien jurídico (art. 3º) y el de culpabilidad (art. 4), entre otros.

En el ámbito de la imputabilidad, el Anteproyecto en consulta adopta, fiel a nuestra tradición legislativa, una fórmula mixta al establecer en la fracción IX del artículo 28, ubicado en el Título Primero, Capítulo Quinto, del Libro Primero, como causa de inexistencia del delito que:

⁷² Cfr. MORENO Hernández, Moisés, "Orientaciones del Nuevo Anteproyecto de Código Penal", Ponencia presentada en el Quinto Congreso Nacional de Doctores en Derecho, celebrado en la Ciudad de México del 28 al 31 de marzo de 1990, en: Revista Mexicana de Justicia, No. 1, Vol. IX, Enero-Marzo, 1991, México, pp. 151 y ss.

Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse con esa comprensión, en virtud de padecer enajenación mental, trastorno mental transitorio, desarrollo intelectual retardado o cualquier otro estado mental que produzca los mismos efectos, excepto en los casos en que el propio agente haya provocado esa incapacidad dolosa o culposamente.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 52 de este Código.

Además del trastorno mental y del desarrollo intelectual retardado, previstos como causas de inimputabilidad en nuestra legislación vigente, y de la adopción de la teoría de la actio liberae in causa, en la fórmula transcrita se advierte, por una parte, que se introduce el término "enajenación mental" para referirse indudablemente al trastorno mental de carácter permanente, y por otra, que se hace referencia a "cualquier otro estado mental" que produzca los mismos efectos que aquéllos, es decir, la de incapacitar al sujeto para comprender el carácter ilícito del hecho típico o para conducirse de acuerdo con dicha comprensión, queriendo con ello abarcar todas las posibles causas que estrictamente no encuadren ni en el trastorno mental, sea éste permanente o transitorio, ni en el desarrollo intelectual retardado.

También llama la atención que en la segunda parte de la fracción citada, a diferencia de lo que acontece en la legislación vigente y en los Anteproyectos hasta ese año e-

laborados, incluyendo al de 1983, se aluda por primera vez en un Anteproyecto de alcance federal, a la llamada imputabilidad disminuída o atenuada, cuyo origen derive de las mismas causas que se mencionan en la propia fórmula que se comenta.

Por otra parte, en el artículo 49, fracción I, del Anteproyecto de 1989/90 se preve, al igual que el Código Penal de 1931 reformado y el Anteproyecto de 1983, al tratamiento en internamiento o en libertad como medidas de seguridad aplicables a los inimputables o imputables disminuídos, cuyo régimen jurídico, previsto de los artículos 50 al 54, conduce a señalar lo siguiente:

a) Que en el caso de los inimputables permanentes, el juzgador dispone de la facultad de imponer la medida de tratamiento que considere pertinente, sea ésta en internamiento o en libertad. Si se trata de internamiento, el inimputable deberá ser internado en la institución correspondiente para su tratamiento, durante el tiempo necesario para su curación, pero sin rebasar el máximo de la pena aplicable al delito de que se trate (art. 50, primer párrafo).

b) Que si se trata de trastorno mental transitorio, solamente se aplicará el tratamiento, sea éste en internamiento o en libertad, si el sujeto lo requiere, puesto que en -

caso contrario, se le deberá poner en absoluta libertad (artículo 50, segundo párrafo).

c) Para la imposición de dichas medidas, se requiere - que la conducta del sujeto inimputable no se encuentre justificada (art. 50 in fine).

d) Se concede a la autoridad judicial o ejecutora, la facultad de entregar a las personas inimputables sujetas a tratamiento, a quienes legalmente corresponda hacerse cargo de ellas, siempre que se obliguen a tomar todas las medidas adecuadas para su tratamiento y vigilancia, garantizando, - por cualquier medio y a satisfacción de las mencionadas autoridades, el cumplimiento de las obligaciones contraídas - (art. 51).

e) Se conserva la facultad de la autoridad ejecutora de resolver sobre la modificación o conclusión de la medida, en forma provisional o definitiva, considerando las necesidades del tratamiento, las que se acreditarán mediante revisiones periódicas, con la frecuencia y características del caso (art. 53).

f) El principio de proporcionalidad en la duración de la medida, también se conserva, al señalarse que ésta en -- ningún caso podrá exceder de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito de que se trate; pre-

viéndose, además, el caso de que si concluido este tiempo, la autoridad ejecutora considera que el sujeto continúa necesitando de tratamiento, podrá entregarlo a quienes legalmente corresponda hacerse cargo del mismo, siempre que se obliguen a tomar las medidas adecuadas para su tratamiento, o bien, ponerlo a disposición de las autoridades sanitarias para que procedan conforme a las leyes aplicables (art. 54).

g) Entratándose de imputables disminuidos, se concede al juzgador la facultad de imponerles, según proceda, la tercera parte de la pena que correspondería al delito cometido, o la medida de seguridad que se preve para los inimputables, o bien ambas, en caso de ser necesario (art. 52).

Finalmente, para concluir con el análisis del régimen jurídico de la imputabilidad y su ausencia en el Anteproyecto de 1989/90, cabe citar a los artículos 95 y 104. En el artículo 95, ubicado en el Capítulo II, Título Quinto, del Libro Primero, que se refiere al cumplimiento de la pena o medida de seguridad, se reglamenta la extinción de la ejecución de las medidas de tratamiento de inimputables, al disponerse que "la ejecución de éstas se considerará extinguida si se acredita que el sujeto ya no requiere tratamiento". También se establece que "Si el inimputable sujeto a una medida se encontrare prófugo y posteriormente fuere detenido, la ejecución de dicha medida se considerará extinguida si -

se acredita que las condiciones personales del sujeto no corresponden ya a las que dieron origen a su imposición".

A su vez, en el artículo 104, ubicado en el Capítulo IX, del Título y Libro antes mencionados, se señalan los su-
puestos en los que tiene lugar la prescripción de las medidas para inimputables, al decir que: "En el caso de las medidas aplicables a inimputables permanentes, la prescripción para su determinación se regirá por lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 106, mientras que la potestad para ejecutarla prescribirá en un plazo igual al que debería durar, sin que pueda ser inferior a dos años. En todo caso se observará lo dispuesto por el artículo 95". El primer párrafo del artículo 106, dice: "Cuando la pena señalada al delito de que se trate sea la de prisión, la pretensión punitiva prescribirá en un plazo igual al término medio aritmético de la misma, pero en ningún caso será menor de tres años, ni mayor de quince".

3.8 Anteproyecto de Código Penal de 1992.

El Anteproyecto de Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal de 1992, posiblemente sea consecuencia del resultado de los Foros que sobre la Legislación Penal Federal "Hacia una Reforma Penal Integral", fueron con-

vogados en el mes de julio de ese mismo año,⁷³ por la Directiva de la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, - presidida por los Diputados Fernando Gómez Mont, Juan José Castillo Mota y Jaime Muñoz Domínguez, el primero como presidente y los segundos como secretarios.

Este Anteproyecto, cuya divulgación se dió a partir -- del mes de noviembre de 1992, consta de dos libros y de 376 artículos, de los cuales 114 corresponden a la Parte General, y 262 a la Parte Especial, así como de dos transito--- rios; y al igual que el Anteproyecto de 1989/90, destina un título que llama "Preliminar" para consignar algunos de los principios básicos del moderno derecho penal, como el de le galidad (art. 1º), el de tipicidad (art. 2º), el del bien - jurídico (art. 3º) y el de culpabilidad (art. 4º).

En el campo de la imputabilidad y su aspecto negativo, el artículo 27, fracción VII, ubicado en el Capítulo V, Título Segundo, del Libro Primero, establece como causa de -- inexistencia del delito que:

Al momento de realizar el hecho típico, el agente no - tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de a - quél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en -

⁷³ Dichos Foros tuvieron lugar en el Distrito Federal, Hermosillo, Son., Monterrey, N.L., San Cristóbal de las Casas, Chis., Jalapa, Ver., y Guanajuato, Gto., durante los meses de julio a octubre de 1992.

virtud de padecer trastorno mental, desarrollo intelectual retardado, o cualquier otro estado mental que produzca los mismos efectos.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a los dispuesto en el artículo 51 de este Código.

Cuando el agente hubiere preordenado su trastorno mental respondera por el dolo o culpa en que se hallare respecto del hecho punible, en el momento de colocarse en tal situación.

Comparando dicha fórmula, que se presenta como mixta, - con la prevista en nuestra legislación vigente, se advierte lo siguiente:

a) Señala como causas de inimputabilidad, además del - trastorno mental y del desarrollo intelectual retardado, -- previstos ya en la legislación vigente, a "cualquier otro - estado mental que produzca los mismos efectos" que aquéllos.

b) Se hace alusión, como en el Anteproyecto de 1989/90, a la llama imputabilidad disminuída, cuya reglamentación co mo se sabe está ausente en el Código Penal de 1931 reformado.

c) Si bien se adopta la teoría de la conducta libre en su causa, como acontece en la legislación de 1931 y en los Anteproyectos que le han precedido, ello es con base en diferentes supuestos a los hasta entonces previstos, dado que en el Anteproyecto que se consulta se alude, por una parte, sólo a los casos en que el agente hubiera "preordenado su - trastorno mental", y por otra, que la responsabilidad en es

tos casos derivará del dolo o de la culpa en que se hallare el sujeto respecto del hecho punible, en el momento de colocarse en tal situación.

Asimismo, se conserva al tratamiento en internamiento o en libertad como medidas de seguridad aplicables a los inimputables e imputables disminuídos (art. 48, I), cuyo régimen jurídico es idéntico al señalado en el Anteproyecto de 1989/90, con ligeras variantes entratándose de los inimputables disminuídos. Ello se desprende de los artículos 49 a 52, ubicados en el Capítulo II, Sección Segunda, Título Tercero, del Libro Primero, que rezan:

Art. 49 (MEDIDAS PARA INIMPUTABLES).- En el caso de que los inimputables a que se refiere la fracción VII del artículo 27 de este Código, sean permanentes, el juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable, ya sea en internamiento o en libertad, previo el procedimiento respectivo.

Si se trata de internamiento, el sujeto inimputable será internado en la institución correspondiente para su tratamiento, durante el tiempo necesario para su curación, pero sin rebasar el previsto por el artículo 53.

Si se trata de trastorno mental transitorio solamente - se aplicará el tratamiento a que se refiere el párrafo anterior, si el sujeto lo requiere. En caso contrario, se le pondrá en absoluta libertad.

Para la imposición de la medida a que se refiere este Capítulo, se requerirá que la conducta del sujeto no se encuentre justificada.

Art. 50 (ENTREGA DE INIMPUTABLES A QUIENES LEGALMENTE - CORRESPONDA HACERSE CARGO DE ELLOS).- Las personas inimputables a que se refiere el artículo anterior, podrán ser entregadas por la autoridad judicial o ejecutoria (sic), - en su caso, a quienes legalmente corresponda hacerse cargo de ellas, siempre que se obliguen a tomar todas las medidas adecuadas para su tratamiento y vigilancia, garantizando por cualquier medio y a satisfacción de las mencionadas autoridades, el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

Art. 51 (TRATAMIENTO PARA IMPUTABLES DISMINUIDOS).- Si la capacidad del autor de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión solo se encuentra considerablemente disminuida por las causas señaladas en la fracción VII del artículo 27 de este código, a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondría al delito cometido, o a la medida de seguridad a que se refiere el artículo 49 o ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor.

Art. 52 (MODIFICACION O CONCLUSION DE LA MEDIDA).- La autoridad ejecutora podrá resolver sobre la modificación o conclusión de la medida, en forma provisional o definitiva considerando las necesidades del tratamiento, las que se acreditarán mediante revisiones periódicas con la frecuencia y características del caso.

Art. 53 (DURACION DE LA MEDIDA).- En ningún caso la medida de tratamiento impuesta por el Juez excederá de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito de que se trate. Si concluido este tiempo, la autoridad ejecutora considera que el sujeto continúa necesitando el tratamiento, se estará a lo dispuesto en el artículo 50 o, en su caso, lo pondrá a disposición de las autoridades sanitarias para que procedan conforme a las leyes aplicables.

Finalmente, los artículos 96 y 107 del Anteproyecto de 1992, señalan respectivamente, los supuestos en los que tiene lugar la extinción de las medidas de tratamiento de inimputables y la prescripción de las mismas. Así, en el artículo 96 se establece que en el caso de las medidas de tratamiento de inimputables "la ejecución de éstas se considerará extinguida si se acredita que el sujeto ya no requiere tratamiento", previéndose también que "Si el inimputable sujeta a una medida se encontrare prófugo y posteriormente -- fuere detenido, la ejecución de dicha medida se considerará

extinguida si se acredita que las condiciones del sujeto no corresponden ya a las que dieron origen a su imposición".

Por su parte, el artículo 107, ubicado en el Capítulo correspondiente a las reglas generales de la prescripción, dispone que: "En el caso de las medidas aplicables a inimputables permanentes, la prescripción para su determinación se regirá por lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 108, mientras que la potestad para ejecutarla prescribirá en un plazo igual al que debería durar, sin que pueda -- ser inferior a dos años. En todo caso se observará lo dispuesto por el artículo 96".⁷⁴

⁷⁴El primer párrafo del artículo 108, reza: "Los plazos de prescripción de la pretensión punitiva serán continuos; en ellos se considerará el delito con sus modalidades y se contarán a partir del momento en que se haya consumado el delito, o en que se realice el último acto de ejecución, si se tratara de tentativa".

CONCLUSIONES.

1. Si bien con base en el alcance semántico del término "imputación", en los inicios de la dogmática penal se hacía referencia con la expresión "imputabilidad" a la posibilidad de atribuir un determinado acto como propio de un sujeto, según aconteció en los sistemas de Romagnosi, Carrara y Merkel, la evolución experimentada por el propio concepto de imputabilidad en la esfera de las ciencias penales ha permitido -- que en la actualidad se aluda con dicho término a la previa capacidad del sujeto para esa referencia o atribución.

2. En la medida en que los iuspenalistas han relacionado dicha capacidad con cada uno de los caracteres del delito, incluyendo a la acción como base del hecho punible, a la imputabilidad se le ha considerado de diversas formas: capacidad de acción; capacidad de deber; capacidad de delito; capacidad de pena; y capacidad de culpabilidad. Ello, a su vez, ha traído como consecuencia que a la misma se le haya ubicado en diferentes estadios del delito, desde la conducta hasta la punibilidad, justificándose de esta manera la calificación de "fantasma errante" que Reinhart Frank le diera a --- principios de siglo.

Con excepción de la postura que concibe a la imputabilidad como capacidad de culpabilidad, las restantes, en nuestra opinión, no son convincentes, por las razones que se expone más adelante.

3. La imputabilidad como capacidad psíquica que reside en el sujeto, encierra en sí un doble contenido: uno, de comprensión (cognoscitivo o intelectual), y otro, de determinación (volitivo). El primero se manifiesta como la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho, y el segundo como la capacidad de conducirse o determinarse de acuerdo con dicha comprensión, la que, no obstante, no debe confundirse,

ni mucho menos identificarse, con la llamada capacidad de voluntad, puesto que ésta mira hacia la conducta, en tanto que aquélla lo hace hacia la culpabilidad.

4. Las posiciones expuestas en torno a la ubicación de la imputabilidad en la estructura del delito, se reducen básicamente a las siguientes: a) presupuesto del delito; b) presupuesto de la punibilidad; c) presupuesto de la culpabili--dad; y d) elemento de la culpabilidad.

a) La imputabilidad como presupuesto del delito es consecuencia lógica de concebirla como capacidad de delito o capacidad penal; postura que, en nuestra opinión, resulta equivivocada, porque con ello necesariamente se tendría que acep--tar, por un lado, que los inimputables permanentes, al carecer de capacidad jurídico-penal, no actúan con relevancia penal y, por otro, que las llamadas medidas de seguridad que - le son aplicables se encuentran fuera del derecho penal, conclusiones que resultan inadmisibles para un sistema que, como el nuestro, prevé como consecuencias jurídicas tanto a -- las penas como a las medidas de seguridad.

b) La postura que concibe a la imputabilidad como presupuesto de la punibilidad deriva de la idea de estimarla como caoacidad de pena, dado que sólo es iuspenalmente imputable la persona sobre la que, de un modo general, puede producir la ley efecto con su amenaza. Este planteamiento tampoco es convincente, si tomamos en cuenta que el propio acto delictivo demuestra la insensibilidad del que lo realiza frente a - la amenaza legal. Además, se llegaría al absurdo de considerar a los reincidentes como sujetos inimputables, precisamente porque su reincidencia nos demuestra que son incapaces de experimentar la coacción psicológica que la amenaza legal supone.

c) Para quienes todavía sostienen que la culpabilidad -

estriba en un nexo psíquico que une al autor con el hecho -- (teoría psicológica de la culpabilidad), la imputabilidad ne cesariamente se traduce en un presupuesto de ésta, ya que -- sin ella no puede tener relevancia dicha relación psíquica. Tampoco esta posición satisface, porque al ser inconcuso que el inimputable es capaz de actuar teniendo una relación psicológica con el hecho cometido, no se podría negar la existencia del delito en su proceder, lo que evidentemente resulta erróneo a la luz de la dogmática penal contemporánea.

d) La imputabilidad como elemento de la culpabilidad es la posición adoptada por los partidarios de la concepción -- normativa de la culpabilidad, que, según nuestro criterio, -- es la que mejor se ajusta con la total estructura del deli--to. Es preciso, sin embargo, aclarar, para evitar equívocos, que aún cuando la doctrina dominante coincide en señalar que la esencia de la culpabilidad radica en la reprochabilidad, -- discrepan en cuanto a los elementos que la integran. Por un lado, se encuentran los que sostienen un concepto causal de -- acción y, por ende, un concepto mixto o complejo de la culpa bilidad (causalistas-normativistas) y, por otro, a los finalistas, o sea, a los que manejan un concepto final de acción y, por ende, un concepto eminentemente valorativo de la culpabilidad. No obstante que ambas posturas estiman que la imputabilidad es un elemento integrante de la culpabilidad, -- juzgamos más congruente a la doctrina finalista normativista debido que al causalismo se le objeta, en términos generales su incapacidad para concebir a la culpabilidad como puro juicio de valor, dado que, al incluir al dolo, introduce un elemento psicológico y confunde con ello uno de los aspectos de la valoración con el propio proceso valorativo.

5. Si bien desde el punto de vista estrictamente jurídico resulta evidente que en la actualidad la imputabilidad, o

si se prefiere, la capacidad de culpabilidad, como capacidad de comprensión y determinación, es un concepto esencialmente técnico, no metafísico, cuya elaboración se apoya psicológica y psiquiátricamente en datos verificables; no lo son, ni lo han sido nunca, sin embargo, las razones o fundamentos -- teóricos que la sustentan, sobre todo porque se conectan con la milenaria polémica acerca de la existencia o no del libre albedrío.

6. Pese al esfuerzo de los diversos criterios que a lo largo de la historia de la dogmática penal han tratado de -- fundamentar la imputabilidad en un soporte distinto al del -- libre albedrío, con la consolidación de la concepción normativa de la culpabilidad numerosos han sido los penalistas -- que consideran --aunque ya no en el sentido absoluto e ilimitado con que se le concibió en la época del clasicismo, sino con base en los conocimientos aportados por las diversas ramas del saber humano--, a la libre voluntad humana como presu puesto de la imputabilidad.

7. Partiendo de la premisa de que la libertad de la voluntad humana, como fundamento material de la culpabilidad y por consiguiente, de la imputabilidad, es un dato científicamente indemostrable, en los últimos años han surgido una serie de planteamientos que van desde aquellos que proponen su primir a la culpabilidad de la teoría del delito, hasta aquellos otros que sin rechazarla del todo, pretenden fundamentarla en pilares distintos al "poder actuar de otro modo".

El denominador que en el ámbito de la imputabilidad liga estos criterios, deriva de la pretensión de situar la base de ésta en la motivabilidad del sujeto por las normas penales, es decir, en la función motivadora de éstas.

Desde esta perspectiva, lo importante ya no es estable-

cer si un individuo en un momento determinado pudo o no actuar de otra manera, sino constatar la motivabilidad del mismo, o sea, su capacidad para recibir el mensaje motivacional que la norma penal trae consigo.

A nuestro parecer, en el fondo esta concepción no sólo no contradice sino confirma la capacidad de la autodeterminación humana como base de la imputabilidad. En efecto, si ésta es concebida como capacidad de motivación que presupone imputable a quien puede ser motivado por la norma, y no lo es quien no está en condiciones de ser afectado por el mensaje de la misma; cabe de nuevo plantearse si para motivarse no será necesario un cierto grado de libertad, de forma que al sujeto que no tiene posibilidad de optar entre una u otra conducta, poco podrá motivarle el mensaje normativo. Con esto no se pretende afirmar que considerar a la imputabilidad como "capacidad de motivación" sea incorrecto, que en principio no lo es, sino tan solo que esta fórmula no logra diferenciarse en lo esencial de la de quienes consideramos a la imputabilidad como "capacidad de culpabilidad" y basamos ésta en la autodeterminación de la voluntad humana.

8. Al margen de que tan indemostrable es la existencia, en el caso concreto, de la libertad de la voluntad humana, - como su no existencia, en verdad el derecho penal de culpabilidad no requiere para su legitimación -cuando menos en el sentido en que hoy se le concibe- la prueba de la libertad de la voluntad, dado que la idea de ésta como la de la responsabilidad del hombre adulto y mentalmente sano, constituye una indudable realidad de nuestra consciencia social, e incluso, moral.

Es válido entonces seguir afirmando que el principio de culpabilidad, como producto de un largo desarrollo jurídico y cultural, presupone lógicamente la autodeterminación de la

voluntad humana, por cuanto sólo si se reconoce esa capacidad al hombre podrá justificarse y tener sentido la existencia de los mandatos y prohibiciones que encierran las normas penales y, por consiguiente, la existencia misma del derecho penal.

9. Tradicionalmente el legislador ha dispuesto de tres métodos o criterios para configurar las fórmulas legales de la incapacidad de culpabilidad, comúnmente conocidos como método biológico o psiquiátrico puro, método psicológico y método mixto o combinado.

El método biológico o psiquiátrico puro consiste en enumerar los factores cuya concurrencia es necesaria y suficiente para sostener la inimputabilidad del sujeto, sin que se exprese la razón por la cual dichas causas traen aparejada la correspondiente incapacidad de culpabilidad.

La orientación psicológica se limita, en contraste con la anterior, a indicar los efectos psicológicos que jurídicamente son relevantes para calificar a un sujeto de inimputable, independientemente de las causas o factores que los provocan.

El criterio mixto, por su parte, enumera tanto las causas como los efectos que aquéllas deben producir en el sujeto para determinar su incapacidad de culpabilidad, complementados con la apreciación y valoración que al respecto realice el juzgador.

10. Debido a la unilateralidad de los criterios biológico o psiquiátrico puro y psicológico, la mayor parte de las legislaciones han adoptado el llamado método mixto o combinado.

11. Un adecuado análisis de los códigos que adoptan una fórmula mixta pone de relieve, por una parte, que toda fórmula

mula de esta naturaleza se integra de dos partes: en la primera se enumeran las llamadas causas "biológicas" o "psiquiátricas" de inimputabilidad, cuya nomenclatura varía según el ordenamiento legal de que se trate; en la segunda se señalan los efectos, comúnmente denominados "psicológicos", imprescindibles para la inimputabilidad: incapacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y/o determinarse de acuerdo -- con dicha comprensión; por otra, que no deben confundirse -- los fenómenos que producen la inimputabilidad con la inimputabilidad misma, es decir, que la mera referencia a las causas "biológicas" o "psiquiátricas" no prejuzga por sí sola a a cerca de la incapacidad de culpabilidad del sujeto, sino que todas ellas se señalan bajo reserva de que, en el caso concreto, impidan comprender el carácter ilícito del hecho o de conducirse de acuerdo con dicha comprensión.

12. Si bien ha de reconocerse que dado el carácter esencialmente descriptivo de la primera parte de las fórmulas -- mixtas, el juez tiene que verificarlas recurriendo al perito médico, por ser éste el único capacitado técnicamente para -- investigar si un sujeto padece alguna especie de trastorno -- mental, por ejemplo; debe señalarse, sin embargo, que no -- acontece lo mismo con la incapacidad a que se refiere la segunda parte de la fórmula, naturalísticamente condicionada -- por aquellas causas, por cuanto ya no se trata aquí de algo semejante a un diagnóstico médico-legal, sino la de determinar si un sujeto es o no capaz de actuar culpablemente, lo -- que entraña un juicio de carácter eminentemente normativo.

No basta, pues, en el análisis de la inimputabilidad, -- con hacer una labor de simple comprobación de las causas -- que se mencionan más adelante, sino que se requiere, además, averiguar si la causa o causas comprobadas tuvieron o no incidencia en la capacidad de comprensión o determinación del

sujeto, lo que demuestra que la imputabilidad es un concepto jurídico cuya valoración corresponde única y exclusivamente al juez, a quien el perito ilustra con los datos de cuencia.

13. Del estudio sistemático de las causas enumeradas por las legislaciones que adoptan el método mixto, se deduce que todas ellas parten para su reglamentación de dos amplios sue-puestos: a) falta de suficiente desarrollo intelectual, b) -- falta de salud psíquica.

a) El primer grupo se relaciona con los denómenos de la inmadurez psicológica, en donde podemos incluir algunos grados de la oligofrenia, en cuanto formas de insuficiencias men-tales congénitas; a los casos de detención del desarrollo ce-rebral a temprana edad por diversos motivos (traumatismos, in-fecciones, etc.) y aquellos otros de deficiente desarrollo in-telectual originados en la falta de comunicación humana y so-cial, como acontece con los sordomudos no educados y los cie-gos de nacimiento, e incluso, el de quienes, privados del a--fecto materno no llegaron a verlo sustituido inmediatamente - por el de otro hogar o familia.

b) El segundo grupo se relaciona con los llamados trastor-nos mentales, sean estos permanentes o transitorios, de raíz mórbida o simplemente psicológica o fisiológica. Entre los -- primeros se incluyen a las propias enfermedades mentales o -- psicosis (esquizofrenia, psicosis maníaco-depresiva, paranoia delirios, demencias, epilepsias, etc.), así como a ciertas -- neurosis, psicopatías y otras manifestaciones de grave per-tur-bación de la emotividad y de la afectividad; entre los segun- dos, cuya casuística por su variedad es punto menos que impo- sible abarcarla en su totalidad, al agotamiento, la embria--- guez del sueño, los estados emotivos violentos o agudos, cier-tos grados del miedo, los delirios febriles, los estados anor-

males de las gestantes, los estados crepusculares y los episodios de intoxicación aguda, sea por embriaguez alcohólica o por cualquier otro tóxico.

Cabe advertir que la precedente enumeración de los trastornos mentales capaces de servir de fundamento a situaciones de inimputabilidad, no es ni con mucho exhaustiva. Cualquier perturbación de la consciencia que permanente o transitoriamente impida comprender la ilicitud del hecho o la adecuación de la misma al derecho, debe considerarse como causa de incapacidad de culpabilidad.

14. De acuerdo con un derecho penal de culpabilidad, propio de un estado de derecho, si bien a los inimputables que cometan un hecho previsto por la ley como delito, no se les puede imponer pena alguna por estar exentos de responsabilidad penal, ello no impide, sin embargo, la aplicación de determinadas medidas de seguridad, cuya reglamentación debe satisfacer las exigencias propias de un estado de derecho, tales como señalar para su aplicación la previa comisión de un hecho previsto por la ley como delito, la entrada en juego del criterio de la peligrosidad criminal, del principio de proporcionalidad y el de intervención mínima, así como el de limitar la duración de la medida al máximo de la punibilidad señalada para el delito de que se trate.

15. Para la aplicación de una medida de seguridad a un inimputable, no basta el simple estado de inimputabilidad, si no que se requiere, por una parte, que el hecho cometido por aquél, además de típico, sea antijurídico, o sea, no justificado, lo que no descarta la posibilidad de que concurren en beneficio del propio incapaz las restantes excluyentes de responsabilidad, inclusive las de inculpabilidad que sean compatibles con el estado de inimputabilidad, y, por otro, que el

sujeto sea peligroso, es decir, que por su estado o condición sea probable que en lo futuro lleve a cabo actos que constituyen infracciones a la ley penal.

16. Las legislaciones penales de corte moderno prevén básicamente como medidas de seguridad para inimputables al internamiento y al tratamiento psiquiátrico en libertad o ambulatorio, los que pueden aplicarse tanto a los inimputables -- permanentes como a los que transitoriamente se encuentran en dicho estado, siempre y cuando su condición de peligrosidad -- así lo requiera. En otras palabras, sólo en los casos en los que el sujeto por su peligrosidad requiera de tratamiento psiquiátrico, se justificará la imposición de éste como medida de seguridad.

17. Con base en los principios que informan al derecho penal contemporáneo, la imputabilidad debe estar presente en el momento en que el sujeto despliega la actividad o inactividad típicas, esto es, en el momento de la comisión del hecho.

18. Ante la necesidad de sancionar aquellos casos en los que el sujeto, antes de actuar, se coloca, preordenada o simplemente en forma voluntaria o imprudente, en situación de inimputabilidad y en esas condiciones realiza el hecho típico, tanto la doctrina como algunas leyes penales han recurrido a la teoría de la acción libera in causa.

De acuerdo con dicha teoría, como la acción que se lleva a cabo en estado de inimputabilidad no es libre en ese momento, pero lo ha sido en su "causa", es posible que se traslade la imputabilidad y la culpabilidad a ese momento previo, es decir, a la conducta que el sujeto realiza para colocarse en situación de incapacidad de culpabilidad.

19. De entre los diversos argumentos que se han vertido para fundamentar la punición de las acciones libres en su -- causa, que como se dijo constituyen una excepción al principio que señala que la imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho típico, sobresalen dos: uno que advierte un paralelismo entre la actio libera in causa y la autoría mediata, y otro que trae a colación el principio causa causae est causa causati.

Estos argumentos no son convincentes, dado que en el -- fondo no llegan a proporcionar una respuesta al por qué de -- la punición del incapaz de culpabilidad al tiempo del hecho.

En nuestro concepto, las razones por las cuales la aplicación de la teoría de la actio libera in causa a los casos señalados representan una excepción a los principios generales de la imputabilidad, derivan de la necesidad de sancio-- nar aquellas situaciones que de otra forma quedarían impunes, con graves consecuencias para los fines de la prevención general.

20. Lo anterior implica, a su vez, la necesidad de que el legislador establezca y reglamente la materia que la figura de la actio libera in causa, correctamente concebida, pretende captar, o sea, que dicha excepción se establezca únicamente para aquellos casos en los que, pese a la instrumentación dogmática existente, no se podría llegar a sancionar -- sin menoscabo del principio de culpabilidad.

Sólo si partimos de esta premisa podemos afirmar que la admisión de la teoría de las acciones liberae in causa para resolver los hechos culposos resulta equivocada, ya que éstos son fácilmente explicables con base en los principios -- que regulan el instituto de la culpa. En efecto, si la culpa, según la opinión dominante, se fundamenta en la infrac--

ción de un deber de cuidado, resulta obvio que quien se torna inimputable, voluntaria o imprudentemente, previendo la posibilidad de realizar un evento delictivo, pero con la esperanza de que éste no se produzca, o que sin preverlo, sea éste previsible, está violando un deber objetivo de cuidado configurador, de producirse el resultado típico, de los caracteres del delito culposo, y ello porque en el momento de cometer el injusto se hallaba en estado y en situación de culpabilidad, y ese injusto, por lo mismo, le es perfectamente reprochable.

Descartada, pues, la necesidad de acudir al expediente de la doctrina de la actio libera in causa para fundamentar la punición del sujeto que en estado de inimputabilidad realiza culposamente un hecho típico, el ámbito de aplicación de aquélla se reduce, en nuestra opinión, sólo a los casos en los que el sujeto preordenadamente se torna inimputable con el propósito de cometer en dicho estado el delito proyectado, o previéndolo, aceptar su comisión.

21. Partiendo del hecho de que pueden presentarse en el sujeto situaciones en las que, pese a encontrarse notablemente disminuída su capacidad de comprensión y determinación, no son, sin embargo, suficientes para excluir su imputabilidad, la doctrina sostuvo y algunas leyes han consagrado la llamada imputabilidad disminuída, parcial o atenuada, cuya problemática estriba no tanto en su aceptación legal, sino en el tratamiento jurídico que a dichos casos debe dársele.

22. Los casos de imputabilidad disminuída pueden presentarse tanto en los trastornos mentales, sean estos permanentes o transitorios, de naturaleza patológica o fisiológica, como en los supuestos de desarrollo psíquico incompleto.

a) Entre los primeros, por vía de ejemplo, se cuentan -

las formas más leves de la esquizofrenia, de la manía y de la melancolía, el inicio de las alteraciones epilépticas, las parálisis generales progresivas iniciales, los casos de demencia arterioesclerótica, incipiente y senil, así como los numerosos casos de psicopatías y neurosis, que son los más comunes.

En el trastorno mental transitorio la imputabilidad disminuida puede estar presente, por ejemplo, en los estados emotivos, crepusculares, de agotamiento, o en los múltiples casos de intoxicaciones agudas o crónicas por el alcohol u otras sustancias semejantes.

b) Respecto del desarrollo psíquico incompleto o retardado, hay que citar en primer término al extenso grupo de las formas más leves de la oligofrenia, como los débiles mentales, a los sordomudos no educados en forma eficiente, así como a los demás casos de inmadurez psicológica ya precisados en el punto 13 de estas conclusiones.

23. Aun cuando las enfermedades que particularmente afectan la esfera intelectual de la personalidad, como la oligofrenia, la parálisis general progresiva o la demencia senil, o la afectiva, como las psicopatías, o el carácter, como las neurosis, comportan el grupo más extenso de situaciones en las que la capacidad de comprensión y determinación no está completamente suprimida, sino disminuida, en mayor o menor grado, ello no significa que todos estos casos den lugar siempre a una imputabilidad disminuida, sino que deben valorarse conforme a los principios generales expuestos al tratar las causas de inimputabilidad, es decir, caso por caso.

24. Si bien resulta evidente que para un derecho penal de culpabilidad la imputabilidad disminuida constituye una obligatoria causa de atenuación de la pena, por razones de po-

lítica criminal juzgamos que sería conveniente que en estos se confiriera al juez la facultad de atenuar obligatoriamente la pena, que podría ser hasta la mitad de la que corresponda al delito cometido, o bien imponer una medida de seguridad si así conviene a los fines de la defensa social, y el examen de la personalidad del agente revele que requiere de tratamiento. Dicha medida sólo podrá ser de internamiento, - en los casos en que la pena que corresponda al delito cometido sea privativa de libertad, y sin que su duración pueda exceder de la mitad de ésta.

25. En el ámbito de la imputabilidad penal, el indígena, como cualquier persona, será calificado de inimputable no por su condición de tal, sino sólo cuando a causa de trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, no sea capaz de comprender la ilicitud de su conducta o de conducirse de acuerdo con dicha comprensión.

26. Del análisis de la evolución legislativa penal en México se deduce que el régimen actual de la imputabilidad y su aspecto negativo, previsto en los artículos 15, fracc. II, 24, inc. 3, 67, 68, 69 y 118 bis del Código penal reformado, no es producto de la casualidad, sino de las modernas tendencias criminológicas y político-criminales que han inspirado las reformas introducidas a nuestro sistema penal en la última década.

27. Pese al notable avance que dicho régimen representa frente al anterior, se le pueden hacer las siguientes observaciones con base en las conclusiones que anteceden:

a) No reglamenta adecuadamente la teoría de las "actio--nes liberae in causa", dado que en la parte final del texto de la fracción II del artículo 15, se exceptúan de la regla -

general los casos en los que el propio sujeto imprudentemente se provoca dicha incapacidad, sin tomarse en consideración que estos casos son fácilmente explicables con base en los principios que regulan el instituto de la culpa, previstos en los artículos 8, fracc. II, 9, 2º párrafo, 60, 61 y 62 del propio Código penal.

b) Aun cuando en el artículo 67 se prevé que en el caso de los inimputables el juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable en internamiento o en libertad, previstas en el artículo 24, inciso 3, al no señalarse que dichas medidas sólo serán aplicables cuando el sujeto requiera de tratamiento, ello puede dar lugar a que las mismas se aplique a sujetos que no lo requieran, con graves consecuencias psíquicas para estos. Si bien el tratamiento es el indicado para los inimputables permanentes, no lo puede ser tanto para los que transitoriamente se encuentren en estado de inimputabilidad.

c) No obstante que en el artículo 69 se introduce el principio de proporcionalidad en la imposición de las medidas, según el cual éstas no deben exceder de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito de que se trate; cuando en la segunda parte del citado artículo se señala que "si concluido ese tiempo, la autoridad ejecutora considera que el sujeto continúa necesitando el tratamiento, lo pondrá a disposición de las autoridades sanitarias para que procedan conforme a las leyes aplicables", ello trae como consecuencia que los derechos del individuo queden indefinidamente expuestos a la voluntad de la instancia administrativa, sin garantía jurisdiccional.

d) Ignorando la posibilidad tan frecuente de que pueden presentarse en el sujeto situaciones en las que, pese a encontrarse notablemente disminuida su capacidad de comprensión y/o determinación, no son, sin embargo, suficientes para excluir su imputabilidad, nuestro Código penal no hace alusión

expresa a la llamada imputabilidad disminuída, la que, en todo caso, sólo podrá ser considerada como una mera circunstancia personal y peculiar del delincuente, que debe ser tomada en cuenta por el juez al individualizar la pena, atento a lo dispuesto por los artículos 51 y 52 del citado ordenamiento legal.

e) Tampoco se prevé que la ejecución de las medidas de tratamiento de inimputables se considerará extinguida si se acredita que el sujeto ya no requiere del mismo.

28. Sin desconocer que lo deseable en materia de inimputabilidad sería el establecimiento de una legislación psiquiátrica rodeada de las garantías propias de un estado de derecho, proponemos que al actual régimen se le hagan las siguientes reformas, modificaciones y adiciones:

ARTICULO 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

I.- ...

II.- Padecer el agente, al momento de realizar el hecho típico, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto se haya provocado dicha incapacidad con el propósito de cometer el delito, o que, previéndolo, acepte su comisión.

Quando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuída, se estará a lo dispuesto por el artículo 69 bis de este Código.

III.- ... IV.- ...

ARTICULO 24.- Las penas y medidas de seguridad son:

1.- ... 2.- ...

3.- Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables disminuídos y de quienes...

ARTICULO 67.- En el caso de los inimputables permanentes, el juzgador ...

Si se trata de internamiento ...

En caso de trastorno mental transitorio, solamente se aplicará el tratamiento a que se refiere los párrafos anteriores, si el sujeto por sus condiciones lo requiere.

En caso de que el sentenciado ...

ARTICULO 68.- Las personas inimputables ...

La autoridad ejecutora ...

ARTICULO 69.- En ningún caso la medida de tratamiento impuesta por el juez penal, excederá de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito. Si concluido este tiempo, la autoridad ejecutora considera que el sujeto continúa necesitando el tratamiento, se estará a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 68, o en su caso, lo pondrá a disposición de las autoridades sanitarias para que procedan conforme a las leyes aplicables.

ARTICULO 69 bis.- Si la capacidad del agente de comprender el carácter ilícito del hecho o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra considerablemente disminuida por las causas señaladas en la fracción II del artículo 15 de este Código; a juicio del juez, según proceda, se le impondrá hasta la mitad de la pena que correspondería al delito cometido, o la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67.

ARTICULO 118 bis.- En caso de medidas de tratamiento de inimputables, la ejecución de éstas se considerará extinguida si se acredita que el sujeto ya no requiere de tratamiento.

Cuando el inimputable ...

APENDICE.

Tiempo después de haberse concluido la presente investigación, aparece publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de enero del año en curso, el decreto de fecha 23 de diciembre de 1994, por el cual se reforman, adicionan y derogán diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal, y de otras leyes más, con vigencia a partir del primero de febrero próximo.

Para el tema de la imputabilidad y su aspecto negativo, destacan las relacionadas con los artículos 15, fracc. VII, y 69 bis, en donde se da una nueva reglamentación a la teoría de la actio libera in causa y se introduce lo que la doctrina denomina imputabilidad disminuida. Concretamente se establece lo siguiente:

Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

I.- ... II.- ...

VII.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código;

Artículo 69 bis.- Si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con

esa comprensión, sólo se encuentre disminuida por las causas señaladas en la fracción VII del artículo 15 de este Código, a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que corresponde al delito cometido, o la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67 o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor.

No obstante ello, consideramos que siguen siendo válidas las conclusiones que se derivan de nuestro trabajo, por las razones que las apoyan y que sería prolijo repetir aquí.

BIBLIOGRAFIA

I. General.

AGUDELO Betancur, Nodier, Los inimputables frente a las causales - de justificación e inculpabilidad, Bogotá: Temis, 1982.

ALBERCA Llorente, Román, et al., Psiquiatría y Derecho Penal, Madrid: Tecnos, 1965.

ALIMENA, Bernardino, I limiti e i modificatori dell'imputabilità, - Tomo I, Torino, 1894.

- Principios de Derecho Penal, Tomo I, Vol. I, versión española - de Cuello Calón, Madrid: Suárez, 1915.

ALMARAZ, José, Exposición de Motivos del Código Penal promulgado - el 15 de diciembre de 1929 (Parte General), México: s.e., 1931.

ANTOLISEI, Francesco, Manual de Derecho Penal. Parte General, trad. de Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín, Bogotá: Temis, 1988.

ANTON Oneca, José, y RODRIGUEZ Muñoz, J.A., Derecho Penal. Parte - General, Tomo I, Madrid, 1944.

BACIGALUPO, Enrique, Lineamientos de la teoría del delito, Buenos Aires: Astrea, 1978.

BAUMANN, Jürgen, Derecho Penal. Conceptos fundamentales y sistema, trad. de Conrado A. Finzi, Buenos Aires: Depalma, 1973.

BELING, Ernst, Esquema de Derecho Penal, trad. de Sebastián Soler, Buenos Aires: Depalma, 1944.

BERISTAIN, Antonio, Medidas penales en Derecho contemporáneo (Teoría, legislación positiva y realización práctica), Madrid: Reus, 1974.

BETTA, Juan, Manual de Psiquiatría, Buenos Aires: Editorial Univer sitaria, 3ª ed., 1962.

BETTIOL, Giuseppe, Derecho Penal. Parte General, versión castellana del Dr. José León Pagano, Bogotá: Temis, 1965.

BLEULER, Eugen, Tratado de Psiquiatría, revisado por Manfred Bleuler y traducido de la 10ª ed. alemana por Alfredo Guerra Miralles, Madrid: Espasa-Calpe, 2ª ed., 1967.

BUSTOS Ramírez, Juan, y VALENZUELA Bejas, Manuel, Derecho Penal La tinoamericano Comparado. Parte General, Tomo I, Buenos Aires: Depalma, - 1981.

CABELLO, Vicente P., Psiquiatría Forense en el Derecho Penal, Tomo II-B, Buenos Aires: Hammurabi, 1982.

CANTU Creel, Sandra Tatiana, Breve ensayo sobre la conducta libre causa, México: Anales de Jurisprudencia, Tomo 152, 1970.

CATHREIN, Víctor, Principios fundamentales del Derecho Penal, Barce lona: Gustavo Gili editor, 1911.

CARBONELL Mateu, Juan Carlos, et al., Enfermedad mental y delito - (Aspectos psiquiátricos, penales y procesales), Madrid: Civitas, 1987.

CARNELUTTI, Francesco, Teoría General del Delito, versión castellana de Víctor Conde, Cali (Colombia): Argos, s.f.

CARRANCA y Trujillo, Raúl, Derecho Penal Mexicano. Parte General, - México: Porrúa, 2ª ed., 1941, y 16ª ed., 1991.

- Las causas que excluyen la incriminación (Derecho mexicano y ex tranjero), México: Impreso por Eduardo Limón, 1944.

CARRARA, Francesco, Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte General, Vol. I, Buenos Aires: Depalma, 1944.

CASTELLANOS Tena, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho Penal. Parte General, México: Porrúa, 16ª ed., 1981.

CENICEROS, José Angel, y GARRIDO, Luis, La ley penal mexicana, México: Botas, 1934.

COBO del Rosal, Manuel, y VIVES Antón, T.S., Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Valencia: Tirant lo Blanch, 2ª ed., 1987.

II CONGRESO NACIONAL DE PROCURADORES, Memoria, mayo 4-11, de 1963, México, 1963.

CORDOBA Roda, Juan, Una nueva concepción del delito. La doctrina - finalista, Barcelona: Ariel, 1963.

- Culpabilidad y Pena, Barcelona: Bosch, 1977.

CORDOBA Roda, J., y RODRIGUEZ Mourullo, Gonzálo, Comentarios al Código Penal, Tomo I (Artículos 1-22), Barcelona: Ariel, 1972.

CORTES Ibarra, Miguel Angel, Derecho Penal Mexicano. Parte General, México: Porrúa, 1971.

COSTA, Fausto, El delito y la pena en la historia de la filosofía, trad. de Mariano Ruíz-Funes, México: UTEHA, 1953.

COUSIÑO MacIver, Luis, Derecho Penal Chileno. Parte General, Tomo I, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1975.

CUELLO Calón, Eugenio, La moderna penología (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y Medidas. Su ejecución), Barcelona: Bosch, 1958.

DIAZ Palos, Fernando, Teoría General de la Imputabilidad, Barcelona: Bosch, 1965.

DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, I-O, México: Porrúa-UNAM, 4ª ed., - 1991.

EXPOSICION DE MOTIVOS del Anteproyecto del Código Penal para el -- Distrito y Territorios Federales de 1958, en: Criminología, Año XXIV, Núm. 10, octubre de 1958, México.

FERRI, Enrico, Sociología Criminal, Tomo II, versión española de - Antonio Soto y Hernández, Madrid: Centro Editorial de Góngora, s.f.

FRANCO Guzmán, Ricardo, Delito e Injusto. Formación del concepto de antijuridicidad, México: s.e., 1950.

FRANCO Sodi, Carlos, Nociones de Derecho Penal, México: Botas, 1950

FRANK, Rehinart, Estructura del concepto de culpabilidad, versión - castellana de Sebastián Soler, Chile: Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Chile, 1966.

FRIAS Caballero, Jorge, Imputabilidad Penal (Capacidad personal de reprochabilidad ético-social), Buenos Aires: EDIAR, 1981.

GARCIA Ramírez, Sergio, La imputabilidad en el derecho penal mexicano (Introducción y análisis comparativo), México: UNAM, 2ª ed., 1981.

- Justicia y reformas legales, México: Cuadernos del INACIPE, Núm. 14, 1985.

GIMBERNAT Ordeig, Enrique, Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español, Madrid: Universidad Complutense, 1979.

- Estudios Penales, Madrid: Civitas, 1981.

GOMEZ Benítez, José Manuel, Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General, Madrid: Civitas, 1984.

GOMEZ, Eusebio, Enrique Ferri (Aspectos de su personalidad, síntesis y comentarios de su obra), Buenos Aires: EDIAR, 1947.

GOLDSCHMIDT, James, La concepción normativa de la culpabilidad, --- trad. de Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez, Buenos Aires: Depalma, 1943.

GRAF zu Dhona, Alexander, La estructura de la teoría del delito, --- trad. de Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.

INACIPE, Leyes Penales Mexicanas, 5 Tomos, México: INACIPE, 1979.

- 10º Aniversario, 1976-1986, Tomo II, México: INACIPE, 1986.

ISLAS, Olga, y RAMIREZ, Elpidio, Lógica del tipo en el derecho penal, México: Editorial Jurídica Mexicana, 1970.

ISLAS, Olga, Análisis lógico de los delitos contra la vida, México: Trillas, 1982

JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Tomos I y II, - trad. de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona: Bosch, 1981.

JIMENEZ de Asúa, Luis, El Criminalista, Tomo II, Buenos Aires: Víctor P. de Zavallia editor, 1958.

- Tratado de Derecho Penal, Tomos II, III y V, Buenos Aires: Losada, 3ª ed., 1976.

- La ley y el delito, México: Hermes-Sudamericana, 1986.

LA REFORMA PENAL MEXICANA, México: Ruta, 1951

LABATUT Glenna, Gustavo, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 7ª ed., 1976.

LANGELÜDDEKE, Albrecht, Psiquiatría Forense, trad. de Luis Beneytez Merino, Madrid: Espasa-Calpe, 1972.

LEON, Levit, ¿Que es la epilepsia?, Buenos Aires: El Ateneo, 1979.

LISZT, Franz von, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, trad. de Luis Jiménez de Asúa, Madrid: Reus, 3ª ed., 1927.

LOPEZ Betancourt, Eduardo, Imputabilidad y Culpabilidad, México: Porrúa, 1993.

LOZANO, José María, Derecho Penal Comparado o el Código Penal del Distrito Federal y Territorio de la Baja-California, México: Imprenta de Comercio, de Nabor Chávez, 1874.

LUZON Domingo, Manuel, Tratado de la Culpabilidad y de la Culpa Penal (Con especial referencia a los delitos de imprudencia), Tomo I, Barcelona: Hispano-Europea, 1960.

MADRAZO, Carlos A., La reforma penal (1983-1985), México: Porrúa, - 1989.

MADRID, Miguel de la, El marco legislativo para el cambio, Tomo 6 - (Septiembre a diciembre de 1983), México: Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Presidencia de la República, agosto de 1984.

MAGGIORE, Giuseppe, Derecho Penal, Vol. I, trad. de José J. Ortega Torres, Bogotá: Temis, 1989.

MALAMUT Goti, Jaime, El delito imprudente, Buenos Aires: Astrea, -- 1972.

- La estructura penal de la culpa, Buenos Aires: s.e., 1976.

MALVIDO Lima, María de la Luz, La personalidad psicopática (Estudio criminológico), México: s.e., 1976.

MARQUEZ Piñero, Rafael, El Tipo Penal (Algunas consideraciones en - torno al mismo), México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986

- Derecho Penal, Parte General, México: Trillas, 2ª ed., 1990.

MAURACH, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, Tomos I y II, trad. de Juan Córdoba Roda, Barcelona: Ariel, 1962.

MERKEL, A., Derecho Penal, Tomo I, trad. del alemán por P. Dorado, - Madrid: La España Moderna, s.f.

MEZGER, Edmundo, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, trad. de José - Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957.

- Derecho Penal, Parte General, Libro de Estudio, México: Cárdenas editor y distribuidor, 1957.

MIR Puig, Santiago, Función de la Pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho, Barcelona: Bosch, 1979.

- Derecho Penal, Parte General, Barcelona: PPU, 3ª ed., 1990.

MUÑOZ Conde, Francisco, Introducción al Derecho Penal, Barcelona: - Bosch, 1975.

MUÑOZ Conde, Francisco, Derecho Penal y Control Social, España: Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

- Teoría general del delito, Bogotá: Temis, 1990.

PANNAIN, Remo, Manuale di Diritto Penale. Parte Generale, Roma: Edizioni di la Corte de Assise, 1942.

PATIÑO, José Luis, Psiquiatría Clínica, México: Salvat Mexicana de Ediciones, 2ª ed., 1990.

PAVON Vasconcelos, Francisco, Imputabilidad e Inimputabilidad, México: Porrúa, 2ª ed., 1989.

- Derecho Penal Mexicano. Parte General, México: Porrúa, 9ª ed., - 1990.

- y VARGAS López, Gilberto, Código Penal de Michoacán Comentado. - Parte General, México: Porrúa, 2ª ed., 1989.

PORTE Petit C., Celestino, Evolución legislativa penal en México, - México: Editorial Jurídica Mexicana, agosto de 1965.

- Hacia una reforma penal integral, México: Cuadernos del INACIPE, Núm. 21, 1985.

- Programa de Derecho Penal. Parte General, México: Trillas, 3ª - ed., 1990.

- Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, México: Porrúa, 14ª ed., 1991.

PROCURADURIA GENERAL DE LA REPUBLICA, Consulta Nacional sobre Administración de Justicia (Conclusiones y Recomendaciones), México: P.G.R., 1983.

- La reforma jurídica de 1983 en la administración de justicia, - México: P.G.R., 1983.

PUIG Peña, Federico, Derecho Penal. Parte General, Vol. I, España: Artes Gráficas, 7ª ed., 1988.

QUIROZ Cuarón, Alfonso, Medicina Forense, México: Porrúa, 1977.

RANIERI, Silvio, Manual de Derecho Penal, Tomo II, versión castellana de Jorge Guerrero, Bogotá: Temis, 1975.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Tomo II, Madrid: Espasa-Calpe, 20ª ed., 1984.

REYES Echandía, Alfonso, Imputabilidad, Bogotá: Temis, 4ª ed., -- 1989.

RODRIGUEZ Devesa, José María, Derecho Penal Español. Parte General, Tomos I y II, Madrid: Artes Gráficas Caresa, 8ª ed., 1981.

RODRIGUEZ Muñoz, José Arturo, La doctrina de la acción finalista, - Valencia(España): Universidad de Valencia, 2ª ed., 1978.

ROMAGNOSI, Giandomenico, Génesis del Derecho Penal, trad. de Carmelo González Cortina y Jorge Guerrero, Bogotá: Temis, 1956.

ROMEO Casabona, Carlos María, Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo, Barcelona: Bosch, 1986.

ROSAL, Juan del, Tratado de Derecho Penal Español. Parte General, - Vol. II, Madrid: Darro, 1972.

ROXIN, Claus, Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, trad. de Francisco Muñoz Conde, Barcelona: Bosch, 1972.

- Problemas básicos del Derecho Penal, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid: Reus, 1976.

- Iniciación al Derecho Penal de hoy, trad. de Francisco Muñoz Conde y Diego-Manuel Luzón Peña, Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1981.

- Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal, trad. de Francisco Muñoz Conde, Madrid: Reus, 1981.

SAINZ Cantero, José A., Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Barcelona: Bosch, 3ª ed., 1990.

SANCHEZ Tejerina, Isaias, Derecho Penal Español, Tomo I, Madrid: - s.e., 5ª ed., 1950.

SAUER, Guillermo, Derecho Penal. Parte General, trad. de Juan del Rosal y José Cerezo, Barcelona: Bosch, 1956.

SCHNEIDER, Kurt, Las personalidades psicopáticas, versión española del Dr. Bartolomé Llopis, Madrid: Morata, 1962.

SECRETARIA DE JUSTICIA, Trabajos de revisión del Código Penal. Proyecto de Reformas y Exposición de Motivos, Tomo IV, México: Tipográfica de la Oficina Impresora de Estampillas, 1912.

SODI, Demetrio, Nuestra Ley Penal, Tomo I, México: A. Carranza y - comp., impresores, 1905.

SODI Franco, Carlos, Nociones de Derecho Penal, México: Botas, -- 1950.

SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo II, Buenos Aires: TEA, 2ª ed., 1945.

SOLOMON, Philip, y PATCH, Vernon D., Manual de Psiquiatría, trad. de Aramando Soto R., México: El manual moderno, 1976.

SOLORZANO Niño, Roberto, Psiquiatría Clínica y Forense, Bogotá: Temis, 1990.

STRATENWERTH, Günter, El futuro del principio jurídico penal de - culpabilidad, trad. de Enrique Bacigalupo, Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980.

- Derecho Penal. Parte General, trad. de Gladys Romero, Madrid: E - dersa, 1982.

TEJA Zabre, Alfonso, Exposición de Motivos del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, y para toda la República en materia de Fuero Federal, México: Botas, 1931.

VALDES, Luz María, El perfil demográfico de los indios mexicanos, México: Siglo XXI, 2ª ed., 1989.

VELA Treviño, Sergio, Culpabilidad e Inculpabilidad. Teoría del delito, México: Trillas, 1973.

VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano. Parte General, México: Porrúa, 5ª ed., 1990.

WELZEL, Hans, El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, trad. de José Cerezo Mir, Barcelona: Ariel, 1964.

- Derecho Penal Alemán, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 3ª ed., 1987.

WESSELS, Johannes, Derecho Penal. Parte General, trad. de Conrado A. Finzi, Buenos Aires: Depalma, 1980.

WEYGANDT, W., Psiquiatría Forense, versión española de Rafael Luenigo, México: Nacional, 2ª ed., 1959.

YRURETA, Gladys, El indígena ante la ley penal, Venezuela: Universidad Central de Venezuela, 1981.

ZAFFARONI, E. Raúl, Manual de Derecho Penal. Parte General, México: Cárdenas editor y distribuidor, 1986.

- Tratado de Derecho Penal, Tomos III y IV, México: Cárdenas editor y distribuidor, 1988.

II. Fuentes hemerográficas.

ALBERCA Llorente, R., "Psicopatías y delincuencia", en: Los delinquentes mentalmente anormales (Conferencias y Comunicaciones), XI Curso Internacional de la Sociedad Internacional de Criminología, Madrid. 1961-1962, Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, España.

ALONSO Alamo, Mercedes, "La acción «libera in causa»", en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. 42, No. 1, Enero-Abril, 1990, Madrid (España).

BACIGALUPO, Enrique, "La anti-juridicidad y la justificación de los hechos cometidos por inimputables permanentes en el Código Penal Mexicano", en: Ensayos de Derecho Penal y Criminología en honor de Javier Piña y Palacios, México: Porrúa, 1985.

BLASCO Fernández de Moreda, F., "¿Hacia la reforma penal mexicana?", en: Criminología, Año XXV, No. 11, noviembre de 1959, México.

BONNET, Emilio Federico Pablo, "El trastorno mental transitorio", en: Criminología, Año XXX, No. 4, Abril de 1964, México.

BUNSTER, Alvaro, "En torno de la imputabilidad penal", en: Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, Vol. II, Año II, 1987, México.

CARMONA Castillo, Gerardo A., "La imputabilidad penal", Tesina, Di visión de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM, sep tiembre de 1991, México.

CARMONA Salgado, Concha, "Los estados emotivos y pasionales como - causa de atenuación: sus incidencias y delimitaciones con la circunstancia de trastorno mental transitorio", en: Anuario de Derecho Penal y --- Ciencias Penales, Tomo XXXIV, Fasc. II y III, mayo-diciembre, 1981, Ma-- drid, España.

CASAS Barquero, Nieves, "Imputabilidad en trastornos de personali- dad psicopática", en: Doctrina Penal, Año 13, Nos. 49 a 52, 1990, Buenos Aires, Argentina.

CENICEROS, José Angel, "La Escuela Positiva y su influencia en la legislación penal mexicana", en: Tres estudios de Criminología, México: Cuadernos "Criminalia", 1941.

CEREZO Mir, José, "El tratamiento de los semiimputables", en: Anua rio de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXVI, Fasc. I, Enero-Abril 1973, Madrid, España.

- "Culpabilidad y Pena", en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXXIII, Fasc. II, Mayo-Agosto, 1980, Madrid, España.

DIAZ-Maroto y Villajero, Julio, "El enajenado y su tratamiento ju- rídico-penal", en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. 41, No. 2, mayo-agosto, 1988, Madrid, España.

FONTAN Balestra, Carlos, y Cabello, Vicente P., "Imputabilidad Ju- rídica", en: Revista de Derecho Penal y Criminología, No. 4, octubre-di- ciembre, 1970, Buenos Aires, Argentina.

GALLINO Yanzi, C., "Imputabilidad Criminal", en: Enciclopedia Jurí- dica OMEBA, Tomo IX, Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1961.

GARCIA Ramírez, Sergio, "La imputabilidad e inimputabilidad en el Proyecto de Código Penal Tipo de 1963", en: Revista Mexicana de Derecho Penal, No. 38, agosto de 1964, México.

- "La personalidad psicopática ante el Derecho Penal", en: Revis- ta de la Facultad de Derecho de México, Tomo XXVIII, No. 109, Enero-Abril 1978, México.

GAVIRIA Trespalacios, Jaime, "Enfoque psiquiátrico del trastorno - mental como fuente de inimputabilidad", en: Derecho Penal y Criminología Vol. V, No. 6, Enero-Abril de 1982, Bogotá, Colombia.

GIMBERNAT Ordeig, Enrique, "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?", en: Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía - del Derecho, en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, Buenos Aires: Pannedille, 1970.

JHOSI Juberth, Ujala, "Algunas consecuencias que la inimputabili- dad puede tener para la antijuridicidad", en: Anuario de Derecho Penal y

Ciencias Penales, Vol. 42, Fasc. I, Enero-Abril, 1989, Madrid, España.

LOPEZ Saiz, Ignacio, y CODON, José María, "La base patológica como característica fundamental del «trastorno mental transitorio»", en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo VII, Fasc. II, mayo-agosto, 1954, Madrid, España.

MARRACINO, Germán Alfredo, "Personalidad perversa e imputabilidad" en: Jurisprudencia Argentina, Serie Moderna, Año XXIII, No. 904, 27 de junio de 1961, Buenos Aires, Argentina.

MEDRANO Ossio, José, "Responsabilidad penal de los indígenas", en: Criminalia, Año VIII, No. 5, 1942, México.

MIR Puig, Santiago, "Fundamento constitucional de la pena y teoría del delito", en: La Reforma del Derecho Penal, Trabajos del Seminario -- Hispano-Germánico sobre la Reforma del Derecho Penal, Universidad Autónoma de Barcelona, mayo de 1979, Bellaterra, España, 1980.

- "Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena", en El poder penal del Estado, Homenaje a Hilde Kauffmann, Buenos Aires: Depalma, 1985.

- "La perspectiva «ex ante» en Derecho Penal", en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXXVI, Fasc. I, Enero-Abril, 1990, Madrid, España.

- "La imputabilidad en Derecho Penal", en: Psiquiatría Forense, - Parte Especial (Psiquiatría y Derecho Penal), Madrid: Cursos del C.E.J. (3), 1990.

MORENO Hernández, Moisés, "Orientaciones del Nuevo Anteproyecto de Código Penal", en: Revista Mexicana de Justicia, No. 1, Vol. IX, Enero-Marzo, 1991, México.

- "Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre la culpabilidad", en: El poder penal del Estado, Homenaje a Hilde Kaufmann, Buenos Aires: Depalma, 1985.

MUÑAGORRI Laguña, Ignacio, "Sobre la presencia de la «actio libera in causa» en el art. 8.1 del Código Penal", en: Anuario de Derecho Penal Y Ciencias Penales, Tomo XLIV, Fasc. II, Mayo-Agosto, 1991, España.

MUÑOZ Conde, Francisco, "Función de la norma penal y reforma del Derecho Penal", en: Nuevo Pensamiento Penal, Año 2, 1973, Buenos Aires, Argentina.

- "El principio de culpabilidad", en: III Jornadas de Profesores de Derecho Penal, España: Universidad de Santiago de Compostela, 1976.

- "La creencia errónea de estar obrando ilícitamente", en: Derecho Penal y Criminología, Vol. 10, No. 34, Enero-Abril, 1988, Bogotá, Colombia.

- "La imputabilidad desde el punto de vista médico y jurídico-penal", en: Derecho Penal y Criminología, Vol. 10, No. 35, mayo-agosto, -- 1988, Bogotá, Colombia.

PEREDA, Julián, "El concepto normativo de la culpabilidad", en: *Criminalia*, Año XVIII, No. 5, 1952, México.

PEREZ-Vitoria, Octavio, "El «trastorno mental transitorio» como causa de inimputabilidad en el Código Penal Español", en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo V, Fasc. I, Enero-abril, 1952; Madrid, España.

QUIROZ Cuarón, Alfonso, "Comentarios al Proyecto de Código Penal Tipo de México", en: *Revista Mexicana de Derecho Penal*, No. 38, agosto de 1964, México.

RODRIGUEZ Devesa, José María, "El concepto bipolar de la enfermedad mental", en: *Los delincuentes mentalmente anormales (Conferencias y Comunicaciones)*, XI Curso Internacional de la Sociedad Internacional de Criminología, Madrid, 1961-1962, Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, España.

ROJAS Ballesteros, Luis, "El psicópata como sujeto delictivo", en: *Los delincuentes mentalmente anormales (Conferencias y Comunicaciones)*, XI Curso Internacional de la Sociedad Internacional de Criminología, Madrid, 1961-1962, Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, España.

SANGUINO Macarriaga, Alirio, "El indígena ante el Derecho Penal", en: *Estudios de Derecho*, Universidad de Antioquia, Año L, 2ª época, Vol. XLVIII, Nos. 115-116, marzo-septiembre de 1990, Medellín, Colombia.

SPOLANSKY, Norberto, "Imputabilidad y comprensión de la criminalidad", en: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, No. 1, enero-marzo, 1968, Buenos Aires, Argentina.

TABIO, Evelio, "El Trastorno Mental Transitorio de la Semilocura", en: *Criminalia*, Año XIII, No. 7, julio de 1947, México.

WELZEL, Hans, "Reflexiones sobre el «libre albedrío»", en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXVI, Fasc. II, mayo-agosto, 1973, Madrid, España.

ZAFFARONI, E. Raúl, "La capacidad psíquica de delito", en: *Revista de Derecho Penal Contemporáneo*, Nos. 31, 32 y 33, marzo-abril, mayo-junio-julio-agosto, 1969, México.

ZUGALDIA Espinar, Agustín, "Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad", en: *Estudios Penales. Libro homenaje al profesor J. Antón Oneca*, Salamanca (España): Ediciones de la Universidad de Salamanca, 1982.

III. Legislación.

A) Extranjera.

Código Penal Alemán (Parte General), trad. directa al español de Julio César Espínola, Buenos Aires: Depalma, 1976.

Código Penal de Bolivia, Decreto Ley No. 10426 del 23 de agosto de 1972, Bolivia: Serrano Hnos., 2 de abril de 1972.

Código Penal de Colombia, Decreto No. 100 de enero 23 de 1980, Colombia: Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 10 de agosto

to de 1981.

Código Penal de Cuba, Ley No. 62, editado por el Organó de divulgación del Ministerio de Justicia, La Habana, Cuba, agosto de 1988.

Código Penal Español, Texto refundido conforme a la Ley 44/1971, - de 15 de noviembre, Edición Oficial, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 1971.

B) Nacional.

Código Penal para el Distrito y Territorios Federales y para toda la República en Materia de Fuero Federal, México: Botas, 1931.

Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, México: Andrade, 1990.

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Michoacán, México: Porrúa, 4ª ed., 1992.

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz-Llave, México: Porrúa, 4ª ed., 1993.

C) Anteproyectos.

Código Penal Tipo para Latinoamérica, México: Procuraduría General de Justicia de la República-Academia Mexicana de Ciencias Penales, 1967.

Anteproyecto de Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal (versión preliminar), México: PGR, 10 de agosto de 1983.

Anteproyecto de Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal (edición revisada), México: PGJDF, octubre de 1989.

Anteproyecto de Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, México, noviembre de 1992.