

IMPUTABILIDAD Y ELEMENTOS DEL DELITO

Lucía Martínez Garay

Profesora Ayudante de Derecho Penal
(Habilitada para el Cuerpo de Profesores
Titulares de Universidad)
Universidad de Alicante

IMPUTABILIDAD Y ELEMENTOS DEL DELITO (1)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. SUPUESTOS DE INTERFERENCIA Y DE NO INTERFERENCIA: ALGUNOS EJEMPLOS. III. OPINIONES EN LA DOCTRINA. IV. TRATAMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA. V. DISCUSIÓN. VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En los Códigos penales existen unas previsiones específicas para los casos en que en el momento de cometer el delito el autor se encuentre afectado por una anomalía mental. La consecuencia jurídica fundamental que se prevé para esos supuestos es la exención o

(1) El texto de esta comunicación es fruto de la labor de investigación desarrollada en el Proyecto de I+D “Causas de exclusión del injusto penal: nuevas perspectivas de análisis” (BJU 2002-00506), cofinanciado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología y Fondos FEDER. Se trata de una versión resumida, y orientada fundamentalmente a la práctica jurisprudencial, de un trabajo más amplio, que con el título “Incidencia de los trastornos mentales en categorías dogmáticas distintas a la imputabilidad: supuestos problemáticos entre la exclusión del injusto y la exclusión de la culpabilidad” se encuentra en estos momentos en prensa como capítulo del libro colectivo dirigido por CARBONELL MATEU, J.C.: *La justificación penal: balance y perspectivas*, Valencia, Tirant lo Blanch.

la atenuación de la responsabilidad penal. En nuestro texto punitivo se trata de los artículos 20 números 1.º, 2.º y 3.º, así como del art. 21.1.º en relación con los anteriores, y, en su caso, la atenuante analógica del art. 21.6.º en relación, a su vez, con los arts. 21.1.º y 20. De forma paralela, en la teoría del delito existe una categoría dogmática específica para valorar los efectos que la presencia de trastornos mentales puede tener sobre la responsabilidad penal; dicha categoría es la imputabilidad. Según la concepción dominante, la imputabilidad es un presupuesto o el primer elemento del juicio de culpabilidad (se la define como capacidad de culpabilidad), y consiste en un determinado grado de normalidad en las facultades psíquicas del sujeto, que le permite conocer que el comportamiento que lleva a cabo es ilícito y actuar de acuerdo con dicha comprensión.

Por otra parte, la consideración de la presencia de trastornos mentales como un problema de culpabilidad conlleva una serie de consecuencias sistemáticas, que se consideran además recogidas en la legislación vigente. En primer lugar, la exención por inimputabilidad no conlleva la exención de la responsabilidad civil por los daños que se hayan podido causar (art. 118.1 CP). Además, la conducta del inimputable, en la medida en que sigue siendo típica y antijurídica, puede constituir una “agresión ilegítima” (art. 20.4 CP) y por tanto dar lugar a que el agredido pueda reaccionar frente a ella en legítima defensa. En tercer lugar, el comportamiento del inimputable fundamenta la imposición de medidas de seguridad postdelictuales puesto que constituye un “hecho previsto como delito” (art. 95 CP), expresión legal que la doctrina mayoritaria interpreta como exigencia de que se trate de un hecho típico y no justificado. Por último, al ser la conducta típica y antijurídica, la participación de terceros en el hecho delictivo que comete el inimputable podrá ser punible, de acuerdo con el principio de accesoriadad limitada.

Sin embargo, ocurre que las anomalías psíquicas, en la medida en que consisten en la alteración de las facultades mentales de la persona, no siempre inciden directamente sobre la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, o sobre la exigibilidad de un comportamiento distinto, sino que en realidad

pueden interferir con cualquiera de los elementos subjetivos del delito, ya afecten estos al nivel de la acción, de la tipicidad, de la antijuridicidad o de la culpabilidad. Así, la presencia de esa alteración mental puede hacer personalmente imposible la observancia de determinadas reglas de cuidado, puede alterar la capacidad para estimar la gravedad de los riesgos que comporta determinada conducta para un bien jurídico, puede provocar un desconocimiento inevitable de determinadas circunstancias del hecho, hacer creer al sujeto equivocadamente que está siendo objeto de una agresión ilegítima, hacer que personalmente no pueda sobreponerse a situaciones amenazantes que para un sujeto sin esos problemas mentales serían superables, etc. Es decir, la anomalía psíquica podría afectar a la posibilidad de estimar existente una infracción del deber subjetivo de cuidado a los efectos de la imprudencia, determinar la presencia o ausencia de dolo eventual, provocar un error invencible de tipo o sobre los presupuestos de una causa de justificación, determinar la insuperabilidad personal del miedo, etc.

El problema que plantean estos supuestos es el de su calificación jurídica, que se presenta problemática: ¿deben considerarse simplemente supuestos de inimputabilidad o semiimputabilidad, o la desaparición del aspecto subjetivo de algunos elementos del delito debería conducir a aplicar exenciones de responsabilidad distintas (aplicar un error de tipo, o de prohibición, un miedo insuperable, etc.)? Elegir una u otra calificación no resulta en absoluto indiferente, por las diversas consecuencias sistemáticas que comporta. Si se admite que en algunos casos la presencia de un trastorno mental en el autor del delito no constituye un simple problema de imputabilidad, sino que afecta a otros niveles del delito, las consecuencias sistemáticas tradicionales (posibilidad de imponer medidas de seguridad, de castigar a los partícipes, de exigir responsabilidad civil y de reaccionar en legítima defensa) pueden desaparecer, de manera que por ejemplo si a causa de la anomalía mental que padece la persona no es consciente de que está apoderándose de objetos “ajenos”, no habría delito de hurto por ausencia de un elemento subjetivo del tipo, y estaríamos en presencia de una conducta atípica. Por otro lado,

optar por una u otra calificación jurídica tiene también trascendencia cuando la calificación alternativa sigue moviéndose en el ámbito de la culpabilidad (y, por tanto, no hay que temer en principio las consecuencias sistemáticas a que me acabo de referir). Suponiendo, por ejemplo, que una alteración mental determine la invencibilidad personal de un error de prohibición, la calificación de este hecho como error de prohibición en vez de como inimputabilidad comporta que se aplique la exención prevista en el art. 14.3 CP y no la del art. 20.1 CP (o, en su caso, la atenuación del art. 21.1), con lo que se elimina en principio el presupuesto de imposición de las medidas de seguridad, que requieren que el sujeto haya sido declarado exento – o parcialmente exento – de responsabilidad por alguna de las causas enumeradas en el art. 20 números 1.º, 2.º o 3.º (cfr. art. 95 en relación con los arts. 101 a 104 CP).

La problemática que se acaba de describir constituye a mi juicio una de las cuestiones más complejas que plantea la imputabilidad penal, porque la solución de la misma no se puede encontrar sólo estudiando los casos concretos desde el punto de vista del concepto y la naturaleza jurídica de la imputabilidad, sino que se ven involucrados también los conceptos de injusto y de antijuridicidad, así como, de manera muy especial por las repercusiones prácticas a que conducen las diferentes soluciones, los presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad. De hecho, la cuestión de si la anormalidad mental condiciona la propia existencia del delito, como primer presupuesto para la infracción de la norma (lo que se conoce como el problema del destinatario), estuvo desde los albores de la moderna dogmática jurídico-penal en el centro de las discusiones en torno al concepto de antijuridicidad, y fue un importante argumento en el debate entre concepciones preferentemente objetivas y referentemente subjetivas del

(2) Cfr. sobre la evolución de las concepciones del injusto, y con una detallada exposición de los argumentos utilizados a favor y en contra de las sistemáticas objetivas y subjetivas, MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, Bosch, 2001, Caps. 2 a 8, y por ejemplo págs. 289 y ss. (Merkel), o 328 y ss. (Hold von Ferneck).

delito (2). La cuestión reviste, por tanto, una gran complejidad teórica, que no puede desarrollarse en su toda su extensión en los límites impuestos a una comunicación de las presentes características, y que además ha sido sintetizada con brillantez por el ponente que me ha precedido en el uso de la palabra (3), de manera que no creo necesario abundar en ello. He preferido, por el contrario, prescindir casi por completo de citas doctrinales y exposición de diversas teorías, y orientar esta intervención desde un punto de vista fundamentalmente práctico, utilizando ejemplos reales extraídos de nuestra jurisprudencia para poner de relieve las repercusiones que en la solución de los casos concretos tiene el optar por una u otra vía para resolver estos supuestos de interferencia entre la inimputabilidad y otros elementos del delito. No se pretende, por tanto, aportar soluciones acabadas –aunque sí efectuaré algunas propuestas– sino principalmente suscitar el debate sobre un problema que no por poco tratado es, en absoluto, un problema menor.

II. SUPUESTOS DE INTERFERENCIA Y DE NO INTERFERENCIA: ALGUNOS EJEMPLOS

Ante todo debe señalarse que esta interferencia entre la inimputabilidad y otras causas de exención no se produce necesariamente en todos los supuestos. Muchas veces la incidencia de una alteración mental sobre el comportamiento delictivo llega hasta el grado de determinar la irresponsabilidad penal del sujeto sin que ello suponga ningún tipo de error, situación de miedo, etc., es decir, sin que el trastorno mental elimine elementos subjetivos del delito diferentes de lo que tradicionalmente se considera el contenido propio de la imputabilidad. Algunos ejemplos extraídos de la práctica servirán para ilustrar esta afirmación:

(3) Comunicación de Fernando Molina Fernández.

Ejemplo 1: SAP Navarra núm. 248/2003 (Sección 3.^a), de 14 octubre (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José García Pérez).

El acusado siente una intensa aversión hacia un compañero de trabajo hasta el punto de considerarlo como una persona claramente peligrosa para la sociedad, sin que en ningún momento ese sentimiento sea conocido por la futura víctima. En un momento dado el acusado, movido por el odio que le inspiraba la víctima, decide acabar con su vida; para ello estudia sus movimientos y un día le ataca por sorpresa en plena calle asestándole 13 puñaladas. En los hechos probados se recogen las siguientes afirmaciones sobre el estado de sus facultades mentales: “El acusado padece una psicosis esquizofrénica paranoide que se encontraba en pleno brote en el momento de la comisión de los hechos lo que le produjo ideas delirantes, indiferencia y frialdad afectiva con despreocupación por la repercusión de lo realizado con total anulación de su capacidad de conocer y obrar.”

La sentencia considera que los hechos integran un delito de asesinato alevoso y aprecia una eximente completa de alteración psíquica del art. 20.1 CP, absolviendo de responsabilidad penal e imponiendo una medida de seguridad de internamiento en un centro psiquiátrico por veinte años (4).

Ejemplo 2: STS núm. 494/2000 (Sala de lo Penal), de 29 junio (Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar)

“El procesado [...], que vive solo [...], en las primeras horas de la madrugada del día 30 de junio de 1997, provisto de un cuchillo de cocina de 15,5 cm de longitud de hoja llamó a la puerta de la morada de su vecina [...], Francisca A. L., quien creyendo que se trataba de un familiar que volvía de los fuegos artificiales, pues el poblado estaba de fiestas, abrió confiada. El procesado, terminó de aperturar la puerta y sin solución de continuidad y sin

(4) Un supuesto de hecho bastante parecido a éste es el de la STS núm. 307/2002, de 20 febrero (Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano), en la que también la acción homicida se debe al enfado del agresor.

pronunciar frase alguna, agarró a Francisca a quien con ánimo de darle muerte le asestó múltiples cuchillas por todo el cuerpo [...]. Estas lesiones, al afectar a órganos vitales, en especial al corazón y al pulmón derecho, hubieran producido la muerte a Francisca si no es por la rápida asistencia facultativa que recibió [...]. El procesado es un enfermo psicótico de naturaleza esquizofrénica-paranoide y de evolución crónica, presentado un delirio alucinatorio de perjuicio hacia su persona por parte de sus vecinos, achacando concretamente a Francisca el maltratar y pellizcar a los animales para que éstos chillen y así molestarle y ponerle nervioso a él. Esta enfermedad produce en el procesado una grave alteración de su capacidad cognitiva y volitiva. [...]. Ha quedado acreditado de la prueba pericial médica-forense y psiquiátrica practicada en el acto del juicio que el procesado en el momento de ocurrir los hechos enjuiciados tenía anuladas sus facultades intelectivas y volitivas, en virtud de sufrir el brote esquizofrénico de manera aumentada y desmesurada en dicho momento, como consecuencia directa de la enfermedad que padece el acusado.”

La sentencia considera que los hechos integran un asesinato por alevosía en grado de tentativa y aprecia la eximente completa del art. 20.1 CP, imponiendo una medida de seguridad de internamiento en un centro psiquiátrico por un plazo máximo de 12 años.

Como puede observarse, en estos casos las situaciones de inimputabilidad se consideran compatibles con la presencia de todos los elementos del delito, no sólo con el dolo de matar sino también con las circunstancias cualificadoras del asesinato. El primer ejemplo es especialmente claro (ya que la enfermedad condiciona sólo el motivo por el que se comete el asesinato), pero tampoco el segundo debería suscitar dudas: el hecho de que aquí el sujeto crea que la vecina se dedica a maltratar a los animales para que estos le fastidien a él podría considerarse un error, pero adviértase que es un error completamente irrelevante desde la perspectiva de la calificación de los hechos, ya que no incide ni sobre los elementos del tipo ni sobre la prohibición. Es más, aun suponiendo que dicha creencia se correspondiese con la realidad, haber llevado a cabo el asesinato

por esa razón no constituye ninguna causa de atenuación desde el punto de vista del Derecho penal.

De hecho, en muchos de los supuestos en los que las alteraciones mentales provocan creencias delirantes en los sujetos y éstas son determinantes para que se cometa el delito, dichos “errores” no pueden considerarse, a mi juicio, relevantes desde la perspectiva jurídico-penal. Es lo que ocurre en numerosas sentencias en las cuales la persona comete algún acto delictivo contra sus vecinos, por ejemplo porque está convencido de que estos le persiguen, hablan mal de él, le odian, o cosas similares. La falta de relevancia de tal error en categorías dogmáticas o elementos del delito distintos de la imputabilidad es evidente, porque no eliminan la conciencia del hecho que se lleva a cabo. Es más, aun suponiendo que tales creencias se correspondieran con la realidad, no estaría ni justificado ni exculpado el comportamiento delictivo cometido si se tratara de una persona sin problemas mentales (5).

Por otro lado, hay supuestos en los cuales el trastorno mental provoca una percepción equivocada de las cosas, pero la creen-

(5) Por ejemplo los hechos enjuiciados en la SAP Valladolid núm. 194/2001 (Sección 2.ª), de 17 marzo (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Ruiz Romero), en la que “el denunciado, quien ha sido diagnosticado de padecer una depresión angustiosa neurótica reactiva con ideas de perjuicio y de persecución de tipo delirante, que según dictamen del Médico Forense le hicieron inimputable, pensando que su vecino el denunciante Miguel Angel G. G. le perseguía y se metía con él, cogió una pala de pico y con ella en numerosas ocasiones pinchó al denunciante al que causó lesiones [...]”. Aquí el hecho de creer (aunque fuera cierto) que el vecino “se metía con él” no constituye justificación ni exculpación para una respuesta como la de causarle numerosas lesiones con una pala. Cfr. también la SAP Lugo núm. 66/2004 (Sección 1.ª), de 8 marzo (Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Josefa Ruiz Tovar), en la que los hechos cometidos son constitutivos de un delito de detenciones ilegales porque el acusado para salir del pueblo obliga navaja en mano a un conductor a que le lleve en el coche. Al parecer el sujeto, que actuaba en pleno brote psicótico, lo hizo porque “quería escarmentar al pueblo de Chantada, que se reían de él y que pasaban de él”, “diciendo que lo hacía porque no le hacían caso” (FJ segundo), si bien también refiere en un momento dado que “le seguían y le querían pegar”, en cuyo caso sí podría plantearse un error sobre los presupuestos de una causa de justificación o exculpación.

cia delirante que resulta es muy difícil de reconducir a alguna de las exenciones de responsabilidad distintas de la inimputabilidad.

Ejemplo 3: SAP Las Palmas núm. 195/2000 (Sección 2.^a), de 4 diciembre (Magistrado-Presidente: Ilmo. Sr. D. Juan José Cobo Plana)

“La acusada María [...] se encontraba en su domicilio [...] junto con su marido, D. Francisco Javier D. C. y su hija de 16 días de edad, Luz M.^a Díaz Sánchez, encontrándose la acusada desnuda, para dar de mamar a la pequeña, a la vez que D. Francisco Javier se disponía a marcharse a trabajar, cosa que hizo entre las 7'10 y 7'15 de esa misma mañana. Una vez la acusada se quedó a solas con su pequeña hija y comoquiera que padecía una esquizofrenia paranoide que se vio afectada por un brote o fase activa de la enfermedad, potenciada por los cambios hormonales sufridos por el puerperio, de manera que, con sus facultades volitivas e intelectivas totalmente anuladas, y creyendo que su hija se encontraba endemoniada y que ella era María Inmaculada, la subió a la azotea donde la puso en una bañera de plástico procediendo a morderle fuertemente por diversas partes del cuerpo [...]. En determinado momento de la agresión la acusada, resuelta ya a acabar con la vida de su hija, la lanzó por el patio de luces de la vivienda, ocasionándole la muerte por traumatismo craneoencefálico. A continuación, la acusada [...], aquejada aun por el brote de esquizofrénico, salió de su casa desnuda y completamente manchada de sangre, caminando por la calle Geranios Macía hacia El Alamo, donde se introdujo en el garaje de una vivienda pidiendo ayuda y preguntando reiteradamente “¿y el bebé?”, siendo finalmente conducida en una ambulancia al Centro de Salud “El Sabinal”, en Las Palmas.”

La sentencia estima que se ha cometido un delito de asesinato con alevosía y ensañamiento y absuelve a la acusada por aplicación de la eximente completa del art. 20.1, imponiendo una medida de seguridad de sumisión a tratamiento externo por 15 años.

En este caso hay indudablemente una creencia falsa (que la niña está endemoniada, y que la acusada es María Inmaculada) que determina por completo el comportamiento, pero es difícil “traducir” dicho error a alguna de las categorías habituales. Podría considerarse quizá que provoca un error de tipo, en el caso de que la madre crea que la niña es un demonio y que por tanto no está matando a una persona como exige el tipo de homicidio; sin embargo, en los hechos probados se dice que la madre estaba “resulta a acabar con la vida de su hija”, y ciertamente podría entenderse que a pesar de su trastorno ella sabe que la está matando, lo que ocurre es que cree necesario hacerlo porque la niña está poseída por un demonio (¿estado de necesidad putativo?). No se explicita, tampoco, si tal convicción de la posesión demoníaca lo que provoca en la madre es una situación de pánico (¿miedo insuperable patológico?) y de ahí que actúe como lo hace.

Con todo, es cierto que frente a estos grupos de casos existen algunos otros en los que el trastorno mental sí que produce efectos que de alguna manera se corresponden con los que son propios de otras causas de exención, determinando por ejemplo que el sujeto actúe en error.

Ejemplo 4: SAP Madrid núm. 257/2000 (Sección 2.^a), de 9 mayo (Ponente: Ilma. Sra. D.^a Adoración María Riera Ocáriz)

El sujeto padece una psicosis maníaco depresiva por la que lleva en tratamiento farmacológico diez años. En un momento dado, tras haber dejado de tomar durante unos días la medicación, confunde a su mujer, que va a ponerle el termómetro al niño, con un ser monstruoso que se acerca al niño para matarle envenenándolo con una inyección. Por ello comienza a pegar a su mujer en la cara con la mano, y después continúa haciéndolo en la cabeza repetidas veces con un candelabro. Se considera existente un delito de homicidio en grado de tentativa y se aprecia eximente completa del art. 20.1 CP, imponiendo medida de seguridad de tratamiento ambulatorio.

Ejemplo 5: SAP Girona núm. 78/2003 (Sección 3.ª), de 30 junio (Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Marca Matute)

Se considera cometido un delito de incendio del art. 351 CP, y se absuelve al acusado por eximente completa de alteración psíquica, imponiéndole la medida de tratamiento externo en un centro de deshabitación durante 5 años.

“E. Que sólo cabe atribuir a la existencia de un delirio paranoide el comportamiento que tuvo D. Luis Pedro el día de autos puesto que el mismo, primero, hallándose solo en su vivienda, estuvo profiriendo durante un rato diversos gritos y propinando fuertes golpes a diversos objetos, lo que pudo ser oído por varios vecinos del inmueble, segundo, atrancó por dentro la puerta de acceso, lo que significa que el mismo quería impedir la entrada en su casa de terceras personas, tercero, provocó intencionadamente un incendio en el cuarto trastero de su vivienda, tal como hemos expuesto con anterioridad y, cuarto, que cuando se apercibió de que el incendio resultaba peligroso para su vida, lejos de intentar salir por la puerta de la vivienda, lugar donde no había fuego, decidió bajar desde el NUM 002 piso del inmueble agarrándose a las cañerías del patio de luces, conducta arriesgadísima que dio lugar a que el acusado cayera al vacío y que evidenciaría que D. Luis Pedro sentía un verdadero temor a las supuestas personas que le perseguían; temor que sólo era fruto del delirio paranoide, con ideación persecutoria, que en aquel momento padecía el acusado como consecuencia de la ingesta abusiva de cocaína, y ello, sin que se haya acreditado que dicha ingesta fuera llevada a cabo por D. Luis Pedro con la finalidad de causar el incendio enjuiciado; y

F. Que la ideación persecutoria antes dicha fue puesta de manifiesto por D. Luis Pedro a los agentes que acudieron al lugar de los hechos, a los que dijo que unas personas habían entrado en su casa, que le habían intentado agredir, que dichas personas habían tirado aguarrás por debajo de la puerta prendiéndole fuego y causando el incendio y que para librarse de ellas se había visto obligado a abandonar la vivienda saltando por la ventana.” (FJ 3.º)

Ejemplo 6. SAP Lleida núm. 481/2001 (Sección 1.^a), de 27 julio
(Ponente: Ilmo. Sr. D. Andreu Enfedaque i Marco)

El acusado en un momento dado “creyó ver en el comedor, semiocultos respectivamente tras una cortina y el mueble-sofa a dos desconocidos. Dicha visión no correspondía a la realidad sino que era provocada como efecto secundario por la ingestión del fármaco “Sustiva”, que venía tomando desde hacía unas dos o tres semanas, junto con otros dos específicos de carácter retroviral, al estar afectado por el SIDA. Así le había sucedido unos días antes, habiendo acudido a su domicilio, a su solicitud de auxilio, una dotación de Mossos d’Esquadra sin que estos, como es lógico, encontraran a nadie en la casa. El día de autos, la nueva visión, le causó pánico y, tras llamar por teléfono a los Mossos d’Esquadra a quienes, en su azoramiento, no indicó desde donde llamaba, y desesperando de obtener auxilio inmediato de los mismos, dados los incidentes anteriores, procedió a prender fuego al sofá mediante un “spray” de insecticida y un mechero, creando con ello una barrera con la que pretendía protegerse de la agresión de sus imaginarios perseguidores, tras lo cual bajó a la calle cubierto solo con una manta y con un cuchillo de cocina y un destornillador para defenderse, cerrando tras si las puertas. Una vez en la calle empezó a gritar, llamando la atención de la vecina Maria Teresa E.B., del piso primero, que salió a la terraza alarmada por los gritos, y a la que indicó que habían entrado unos ladrones en su casa, y que ahora estaban en la entrada de la misma y que había fuego, pero que él “los rajaría”, exhibiendo entonces el cuchillo que portaba.”

Ejemplo 7. SAP Palencia núm. 5/2006 (Sección 1.^a), de 4 abril
(Ponente: Ilmo. Sr. D. Ignacio Javier Ráfols Pérez)

“Se declara expresamente probado que sobre las 13:40 horas del día 16 de junio de 2005, Penélope, mayor de edad y sin antecedentes penales, se acercó al menor Benjamín, de 10 años, que se encontraba jugando al balón en el patio del Colegio «Modesto Lafuente» de Cervera de Pisuerga (Palencia), y,

pese a carecer de cualquier vinculación familiar con él, le indicó que era su madre y, seguidamente, le dijo que la acompañase a su casa. Como quiera que el menor se negó a ello, Penélope le agarró con brusquedad y, con el fin de llevárselo, le reiteró ambos extremos, propinándole seguidamente una bofetada, momento en que el menor tras entablar un breve forcejeo, consiguió liberarse, huyendo a la carrera hacia el edificio del Colegio en donde fue auxiliado por los profesores.

Penélope padece un trastorno delirante de tipo mixto (297.1 DSM-IV), basado en la creencia acerca de la irreal existencia de un hijo propio, idea delirante que motivó su actuación y que supone una profunda alteración del conocimiento y valoración de la realidad referida a los hechos enjuiciados hasta el punto de anular prácticamente su capacidad para comprender su ilicitud. Dicho trastorno es susceptible de tratamiento farmacológico pautado y controlado por médico psiquiatra.”

En este caso se estimó que los hechos eran constitutivos de un delito de detención ilegal de un menor (art. 165 CP) y se aplicó completa la eximente de alteración psíquica del art. 20.1 CP, imponiendo una medida de seguridad de tratamiento externo por un periodo máximo de tres años.

En la sentencia citada como ejemplo 4. existe la creencia de que la vida del niño está en peligro y el sujeto actúa en principio para salvarle; podría considerarse que existe un error sobre el presupuesto objetivo de la legítima defensa, en este caso de terceros (agresión ilegítima), o sobre el presupuesto objetivo del estado de necesidad. En las dos sentencias siguientes podría haber también un error –condicionado por la ingesta de cocaína o de medicamentos– sobre los presupuestos objetivos de la legítima defensa (cree que personas desconocidas pretenden agredirle), o bien un miedo patológico. Los hechos de la última sentencia citada podrían considerarse un error sobre el presupuesto objetivo de la causa de justificación de actuar en ejercicio legítimo de un derecho.

III. OPINIONES EN LA DOCTRINA

Como se ha indicado *supra*, la cuestión que se plantea en estos casos es la de optar por calificarlos como supuestos de inimputabilidad o bien reconducirlos a alguna otra causa de exención de la responsabilidad cuyos requisitos (si bien condicionados por la alteración mental) también están en principio presentes. Pues bien, la doctrina mayoritaria (6) los resuelve aplicando un criterio de especialidad, aunque no siempre la referencia a la especialidad sea explícita. Es decir, se considera que el desconocimiento de la realidad fáctica o normativa o la presión motivacional que determina el trastorno mental no son más que supuestos específicos de errores o de miedos, a los que se conoce como errores o miedos condicionados. El efecto que provoca el trastorno mental sería el mismo que el de estas eximentes; la diferencia radicaría en el origen de tal desconocimiento, que cuando fuera debido a un trastorno mental determinaría la aplicación de las eximentes por inimputabilidad (7). Ahora bien, estos supuestos deben distinguirse de

(6) En las notas que siguen se citará a algunos de los autores partidarios de esta solución mayoritaria. Existen, desde luego, opiniones divergentes a las que en este trabajo, por razones de espacio, no es posible hacer alusión particularizada. Puede verse una relación más completa y detallada de las diversas posturas teóricas en relación con este tema en SILVA SÁNCHEZ, J.M., “¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistemáticos distintos de la imputabilidad”, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. / ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (coords.), *Dogmática y ley penal: Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. 1, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset - Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 2004 (pp. 867-890), así como en MARTÍNEZ GARAY, L., “Incidencia de los trastornos mentales en categorías dogmáticas distintas a la imputabilidad: supuestos problemáticos entre la exclusión del injusto y la exclusión de la culpabilidad”, en CARBONELL MATEU, J.C. (dir.), *La justificación penal: balance y perspectivas*, Valencia, Tirant lo Blanch, en prensa.

(7) Así lo defienden en nuestro país tanto respecto del error de tipo como del de prohibición por ejemplo MIR PUIG, S., *Derecho penal parte general*, 7.^a ed., Barcelona, Reppertor, 2004, pp. 529 y ss.; GARCÍA ALBERO, R., “art. 95”, en QUINTERO OLIVARES (dir.) / MORALES PRATS (coord.), *Comentarios*

aquellos otros en los que, a pesar de que exista un trastorno mental, éste no tiene incidencia en el comportamiento del sujeto, es decir, en los que cualquier otra persona sin ese padecimiento habría actuado también en error o miedo. Para estos casos se estima que la solución correcta consiste en aplicar esas eximentes y no las de inimputabilidad (8).

al Nuevo Código penal, 3.^a ed., Elcano, Aranzadi, 2004, p. 545; de acuerdo con él GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 137. También aboga por esta solución, diferenciando el tratamiento del error condicionado (que debe resolverse como inimputabilidad) del del no condicionado, URRUELA MORA, A., *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica: la capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en psiquiatría y genética*, Bilbao-Granada, Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Comares, 2004, p. 163 nota 557. Expresamente en el mismo sentido en relación con el error de prohibición cfr., además, TRAPERO BARREALES, M.A., *El error en las causas de justificación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 515 y s. nota 44; NIETO MARTÍN, A., *El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*, Atelier, Barcelona, 1999, p. 69, aludiendo expresamente al criterio de la especialidad. Esta interpretación de las relaciones entre inimputabilidad y error de prohibición es doctrina dominante en Alemania, cfr. por todos LENCKNER/PERRON, § 20 n.m. 4 en *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 26.^a ed., München, Beck, 2001; ROXIN, C., *Strafrecht Allgemeiner Teil, vol. 1: Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3.^a ed., München, Beck, 1997, pp. 769, 772 y s.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1996, pp. 441 s., 443 nota 50.

(8) Cfr. por ejemplo (respecto de las causas de inexigibilidad) en nuestra doctrina MIR PUIG, S., *Derecho penal parte general*, cit. L. 22/53 p. 571; TERRADILLOS BASOCO, J., “Enfermedad mental, peligrosidad social y Derecho penal”, en DELGADO BUENO, S. (dir.), *Psiquiatría legal y forense* vol. I, Madrid, Colex, 1994, p. 107; OCTAVIO DE TOLEDO, E., “Las medidas de seguridad con arreglo al Código Penal: carácter, presupuestos y límites”, *Revista del Poder Judicial*, n.º 60, 2000, p. 113. En Alemania son de la misma opinión entre otros JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch...*, cit., p. 808; ROXIN, C., *Strafrecht Allgemeiner Teil...*, cit., p. 750; HORN, E., § 63 n.m. 3 y s., en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, vol. 2, 7.^a ed. (estado: 30.^a entrega, mayo 1999) Luchterhand, Neuwied; BÖLLINGER, L., § 63 n.m. 74, en *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2.^a ed. (estado: 5.^a entrega, 31.10.1998) Nomos, Baden-Baden, 1995—.

El problema que al que se enfrenta esta solución es lo que ocurre cuando la alteración mental interfiere con alguno de los elementos del injusto, ya sea, por ejemplo, haciendo desaparecer el dolo, o alguno de los elementos subjetivos que en ocasiones requieren los tipos. En estos casos aunque tal déficit se deba a la anomalía psíquica es problemático que se puedan seguir manteniendo las consecuencias sistemáticas propias de la inimputabilidad, fundamentalmente en orden a la imposición de medidas de seguridad y a la punición de los partícipes en el hecho del inimputable. Ambas cosas requieren, según la interpretación dominante, que se pueda afirmar la existencia de un hecho típico y antijurídico, luego cuando a consecuencia de la anomalía mental el autor del hecho ha actuado desconociendo, por ejemplo, que las cartas que está abriendo no van dirigidas a él sino a otra persona, no puede decirse que se haya realizado el tipo subjetivo del descubrimiento de secretos ajenos. En estos casos parecen chocar las consideraciones dogmáticas (que impedirían la imposición de medidas y el castigo de los partícipes) (9) con lo conveniente desde el punto de vista político-criminal (que sería permitir ambas cosas). Por ello algunos autores han propuesto replantear los presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad, bien introduciendo en el Código penal un precepto que expresamente autorice su imposición incluso en los casos en que a causa del trastorno mental hayan

(9) SERRANO BUTRAGUEÑO, I., *Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1999, pp. 269 y 274, sosteniendo que el error de tipo invencible condicionado por un trastorno mental excluye la tipicidad de la conducta. Según este autor, la imposibilidad de imponer medidas de seguridad que esta solución comporta puede solventarse acudiendo al internamiento civil; en cuanto a las responsabilidades civiles, podrían demandarse ante la jurisdicción civil o bien acudir al art. 118.2 CP. En Alemania se pronuncian en el mismo sentido por ejemplo BÖLLINGER, L., § 63 n.m. 72 en *Nomos Kommentar*, cit.; HORN, E., § 63 n.m. 4 en *Systematischer Kommentar*, cit.; TRÖNDLE/FISCHER, § 63, n.m. 2a en *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 50.^a ed., Beck, München, 2001; también, de *lege lata*, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch...*, cit., pp. 808 s, aunque consideran que sería aconsejable que la ley permitiera imponer en estos casos medidas de seguridad.

desaparecido elementos subjetivos esenciales del injusto (10), o bien reinterpretando la exigencia del art. 95 CP de que se haya producido un “hecho previsto como delito” en un sentido completamente objetivo, de manera que no sea necesario constatar, a los efectos exclusivamente de imposición de las medidas, ninguno de los elementos subjetivos del delito (11).

IV. TRATAMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA

Como punto de partida puede afirmarse que cuando queda acreditada la concurrencia de una alteración mental importante en el momento de cometerse el delito el debate suele centrarse únicamente en las posibilidades de aplicar eximentes completas o incompletas de inimputabilidad, sin que se tome en consideración la posibilidad de calificar el supuesto como error, ausencia de elementos subjetivos del tipo, miedo, etc. Pueden servir como ejemplo las sentencias citadas *supra*, en las que a pesar de la posible concurrencia de errores o miedos condicionados por el trastorno, las resoluciones discuten únicamente la inimputabilidad como exención.

Sin embargo, ciertamente en ocasiones se plantea –normalmente porque la defensa intenta agotar todas las vías posibles para la absolución– que pueda haber alguna otra eximente, y en estos casos no puede decirse que exista una doctrina claramente formu-

(10) JOSHI JUBERT, U.: “Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuridicidad” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989, pp. 125 – 140. La autora proponía introducir un precepto del siguiente tenor: “Cuando no sea posible imponer una medida de seguridad prevista en el CP a los sujetos para los cuales aquellas están previstas, por faltar algún presupuesto del hecho antijurídico a causa de su enfermedad mental, podrá someterseles también a tratamiento siempre y cuando se trate de sujetos peligrosos que hayan lesionado un bien jurídico, y exista la posibilidad de que en el futuro cometan hechos similares.” (ob. cit., p. 140)

(11) SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva?...”, cit., pp. 885 y ss.

lada. En relación con el error de prohibición, por ejemplo, alguna sentencia ha partido expresamente de que se trata de una exención que está pensada para los supuestos de normalidad, luego si se acredita que el sujeto padecía algún trastorno mental hay que centrar el debate en torno a la imputabilidad, y el error de prohibición deja de poder ser tomado en consideración (12). Sin embargo, en otras ocasiones no se ha excluido *ab initio* la posibilidad del error de prohibición cuando concurre un trastorno mental, aunque se haya optado finalmente por apreciar únicamente una atenuante relacionada con la anomalía psíquica (13). Por lo

(12) SAP Sevilla, núm. 321/2003 (Sección 7.^a), de 14 julio (Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Gil Merino), que en el FJ cuarto afirma que “el error de prohibición [...] se refiere a personas imputables, a personas con la capacidad de culpabilidad no disminuida, infiriéndose así del tenor literal del propio precepto [art. 14.3] y de su interpretación sistemática puesto en relación con el artículo 20.1.º CP y en su caso con ese precepto cuando sea tenido en cuenta para apreciar una eximente incompleta del artículo 21.1.^a CP. Si el agente “no puede comprender la ilicitud del hecho” por padecer una anomalía o alteración psíquica, y por ello concurre una eximente completa o incompleta conforme a dichos dos preceptos, no será de aplicación el artículo 14.3 CP; y sólo si se trata de persona con plena capacidad de culpabilidad y no concurre por ello alguna de aquellas dos eximentes, entonces y sólo entonces podrá o no apreciarse un error de prohibición conforme a lo establecido en el artículo 14.3 CP.”

(13) SAP Álava, núm. 152/2004 (Sección 1.^a), de 11 octubre: en este caso un hombre había masturbado en reiteradas ocasiones a un niño de 5 años y le había obligado a masturbarle a él. Se trataba de un sujeto con una inteligencia inferior y un trastorno esquizotípico, de quien el médico forense había considerado que “posee facultades volitivas e intelectivas suficientes para conocer y querer sus actos, teniendo noción de la elemental moralidad de los mismos”, y la sentencia de primera instancia había aplicado una atenuante. La Audiencia Provincial rechaza la aplicación de un error de prohibición pero no directamente porque el sujeto padezca trastornos mentales, sino con los siguientes argumentos: “El propio médico forense nos informa que tiene una noción sobre la elemental moralidad de los mismos, es decir, que conoce que la conducta es contraria a Derecho, lo que es suficiente para que no se pueda apreciar un error de prohibición, como el que se alega, según una doctrina muy pacífica del Tribunal Supremo. Es más este órgano ha señalado que es suficiente con que tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad [...]. Todo sujeto adulto, inclu-

que hace al dolo, ante las pretensiones de la defensa de que la alteración mental eliminara el dolo típico, el Tribunal Supremo ha afirmado en ocasiones que el dolo debe entenderse como dolo natural, es decir, como conciencia y voluntad de realizar el comportamiento objetivo típico, y que si se parte de esa base la inimputabilidad, que se define como capacidad de comprender la significación ilícita de su comportamiento o de determinar su conducta con arreglo a esa comprensión, afecta necesariamente a un nivel sistemático posterior (14). En relación con la impruden-

so con la capacidad que tiene el acusado, sabe perfectamente que masturbar a un niño es contrario a las normas de convivencia fijadas por esta sociedad, puesto que se trata de una norma natural que se interioriza por todo el mundo desde una temprana edad. El imputado conoce lo suficiente por su formación y capacidad mental para saber que es contrario a las normas sociales la masturbación a un menor de edad y que éste masturbe a un adulto, y, según se desprende del informe Don Rodrigo, sabe perfectamente que ese comportamiento le puede llevar a prisión y un indicio de su conciencia de la ilicitud del hecho puede ser su comportamiento en el juicio, negando lo que previamente había reconocido.” (FJ Segundo).

(14) STS núm. 1258/2000 (Sala de lo Penal), de 13 julio (Ponente: Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar), FJ segundo: “la intoxicación etílica tiene relevancia en la disminución de la responsabilidad penal en la medida en que origine en el sujeto una real afectación de su capacidad de comprender la significación ilícita de su comportamiento o de determinar su conducta con arreglo a esa comprensión. [...]. Ahora bien: esa capacidad integra a su vez el contenido de la imputabilidad sobre la que descansa la culpabilidad, una vez que del dolo, entendido inicialmente como «dolus malus», se ha desgajado el conocimiento de la significación antijurídica de la acción, para integrarse en el campo de la culpabilidad, quedando el dolo como elemento subjetivo del tipo de injusto, y configurado como dolo natural, es decir, como conciencia y voluntad de realizar el comportamiento objetivo típico. De ahí que el ánimo de matar, como parte subjetiva del hecho y elemento que es del tipo de homicidio, sea perfectamente compatible con una afectación o en su caso anulación de la capacidad de discernir la significación ilícita del hecho típico o de determinar la conducta con arreglo a ese conocimiento. Este efecto psicológico derivado de un estado biopatológico de intoxicación etílica, se ha de valorar, pues, no en el campo de la apreciación del tipo –de homicidio en este caso–, sino en el de la reprochabilidad de la conducta, dentro de la esfera de la culpabilidad y más concretamente en la de

cia, hay alguna sentencia que al declarar su compatibilidad con la imputabilidad disminuida utiliza argumentos que aplicados *a contrario* conducirían a negar la posibilidad de que haya imprudencia si la inimputabilidad es completa, aunque esta conclusión no la extrae el tribunal (15).

En otras ocasiones, sin embargo, parece reconocerse la posibilidad de que los efectos del trastorno mental puedan tenerse en cuenta a la hora de valorar, por ejemplo, la presencia de dolo o imprudencia, o la de un estado de necesidad, es decir, se acepta que los trastornos mentales puedan contribuir a eliminar elementos del delito. Un primer ejemplo lo constituye la STS de 4 de julio de 1980 (Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Díaz Palos), en la que una madre, afectada por una patología oligofrénica y

la imputabilidad del sujeto [...]”. Como posteriormente veremos, una argumentación similar se ha aplicado a veces en relación con el problema de la compatibilidad entre la inimputabilidad completa y la alevosía.

(15) SAP Baleares núm. 66/2002 (Sección 1.ª), de 24 abril (Ponente: Ilmo. Sr. D. Víctor Rafael Rivas Carreras). La sentencia de instancia había condenado al acusado, abogado, por un delito del art. 467.2 en su modalidad imprudente con la concurrencia de una eximente incompleta de enajenación mental. El acusado padecía una enfermedad mental degenerativa con “significativa merma de la memoria y de todas las funciones intelectivas en general”, y había olvidado interponer una demanda. Al parecer la defensa cuestionaba en el recurso la compatibilidad entre la conducta imprudente y la imputabilidad disminuida. La Audiencia efectúa un pronunciamiento de carácter general sobre la subsistencia de injusto a pesar de las situaciones de semiimputabilidad (“La capacidad intelectual o volitiva inferior debida a una enfermedad mental no puede pues excluir o disminuir la antijuridicidad del acto u omisión, sino sólo la imputación personal de la misma y que atañe a la culpabilidad.”, en el FJ quinto), pero además afirma que si bien la imputabilidad es presupuesto para la culpabilidad entendida como juicio de reproche, “quien, como es el caso, no tiene anuladas sus facultades de comprensión (aunque sí por definición, de la que parte la apreciación de la semiximente, considerablemente disminuidas), en verdad cuenta con un cierto poder individual, subjetivo e inobjetivable (que es el que para la apreciación de la culpa se exige, y el que se incluye y considera en el juicio de culpabilidad) para cumplir la norma de cuidado, y aunque ello sea con todas las limitaciones y dificultades, y a valorar, estas últimas, se repite, en un juicio lógico posterior en orden a la atenuación (atenuante del art. 21.1º) de la pena”.

esquizofrénica, había suministrado a su hija de pocos meses varios biberones seguidos de agua y leche, lo que provocó a la niña una obstrucción de las vías respiratorias y el consiguiente fallecimiento. La sentencia de instancia había condenado por parricidio con dolo eventual, pero el Supremo la revoca y califica los hechos como imprudencia temeraria. El argumento central para fundamentar esta calificación jurídica es el concepto de dolo, y en concreto de dolo eventual, que asume el tribunal: partiendo de que “el dolo, en cualquiera de sus especies, es conciencia y voluntad de un hecho punible”, y de que “todo dolo, [...] es ante todo voluntad de causación, sin que basten los meros deseos del sujeto aunque éstos se realicen, y sin que baste a deducir su consenso de sus sentimientos” (FJ Primero), la sentencia estima que en el caso hay que negar el dolo porque está ausente su elemento volitivo. En efecto, los hechos probados de la instancia afirmaban que la procesada había provocado conscientemente los síntomas de asfixia “siéndola indiferente el posible resultado letal” (FJ Segundo). Además, el *factum* recogía también, en relación con la situación psíquica de la acusada, que se trataba de un “sujeto con “trastornos esquizofrénicos y oligofrénicos, que disminuyen la inteligencia y perturban la voluntad, tratándose de trastornos mentales permanentes que alteran su personalidad, haciéndola insensible a la esfera afectiva”” (FJ Tercero). El Tribunal Supremo considera que la actuación de la acusada no revela una voluntad dirigida al resultado de muerte (16), y por ello estima imposible calificar por delito doloso, lo que parece coherente con el punto de partida previamente asumido en la sentencia en relación con el concepto de dolo. Y después el alto tribunal deniega la aplicación de una eximente incompleta de enajenación mental, que había solicitado la defensa, con los siguientes razonamientos:

(16) La indiferencia de la acusada respecto del resultado de muerte no llegaba, según el Supremo a “una total pasividad, puesto que llamó al médico «porque la niña vomitaba agua»; dato fáctico este último que pugna con la aceptación o ratificación del evento mortal, que no obstante se ha previsto (culpa con previsión o consciente)”.

“La atenuación, como la exención incompleta, no pueden ser tenidas en cuenta cuando tales circunstancias o elementos modificadores de la responsabilidad integran de algún modo el tipo delictivo aplicado [...]; lo que también sucede cuando la anormalidad mental del reo es decisiva para negar el dolo y asentar en ella culpa; tesis esta que si bien no ha sido aún declarada de manera explícita y terminante se deduce de la doctrina general de esta Sala y aun de alguna aplicación concreta [...]; razones todas que llevan a la conclusión de que en el caso “sub judice”, siendo la anormalidad mental de la procesada la que ha servido para fundar la imprudencia, con la consiguiente eliminación del dolo, no puede ser tomado en cuenta de nuevo para atenuar la responsabilidad.” (FJ Quinto)

Encontramos aquí una de las escasas ocasiones en que el Tribunal Supremo ha efectuado un pronunciamiento de carácter general sobre la interferencia entre los trastornos mentales y elementos del delito distintos de la imputabilidad (17). La doctrina que se establece es admitir que los trastornos mentales pueden modificar elementos subjetivos del delito (en el caso concreto, negar el dolo), y que cuando se les reconozca relevancia desde esa perspectiva lo que no cabe es volverlos a valorar posteriormente en sede de imputabilidad.

Otra sentencia en la que también se ha reconocido efectos a una alteración mental para contribuir a formar el presupuesto de aplicación de otra causa de exención es la SAP Asturias núm. 4/2005 (Sección 8.^a), de 11 enero (Ponente: Ilmo. Sr. D. Bernardo Donapetry Camacho). En este caso se acusaba a una madre de un delito de desobediencia del art. 556 CP, por haber infringido el régimen legal de visitas establecido en sentencia no dejando a los abuelos paternos ver a su hijo. Las circunstancias del caso eran las siguientes: en el contexto de unas relaciones absolutamente deterioradas entre la madre y los abuelos paternos el niño presentaba un trauma

(17) La otra se refiere a la compatibilidad de los trastornos mentales con las circunstancias modificativas de la responsabilidad, especialmente cuando aquellas funcionan como elementos de tipos cualificados, a lo que enseguida se hará referencia en el texto.

(real y no inducido por la madre) frente a los abuelos paternos, con rechazo verbal y emocional hacia los mismos, negándose a quedarse en su compañía; por otro lado, la madre padecía un trastorno ansioso-depresivo, reactivo a su problemática familiar, y un trastorno histriónico de la personalidad, respecto de los cuales la sentencia de instancia había afirmado en los hechos probados que “la acusada a nivel cognitivo conserva sus facultades y por ello es consciente de las obligaciones impuestas por la resolución judicial que incumple” si bien “a nivel volitivo sus facultades están mermaidas” por el trastorno ansioso-depresivo que padece y por la obsesión de proteger a su hijo”. Pues bien, la sentencia de la Audiencia confirma la sentencia absolutoria de la instancia pero no por aplicación de una causa de inimputabilidad, sino por estimar ausente “el elemento subjetivo consistente en el ánimo de desprestigiar el principio de autoridad, o si se prefiere en la falta del dolo específico de desobedecer (elemento subjetivo o dolo específico que, aunque no lo exija expresamente el texto del artículo 556 del Código Penal, tiene que existir según la jurisprudencia y por imponerlo así el artículo 12 del citado Código)”. La sentencia considera que la madre ha actuado consciente de la orden que infringía pero para proteger a su hijo del perjuicio real que le podía suponer la convivencia con los abuelos, de manera que ha existido una situación de estado de necesidad agravada por las peculiaridades psíquicas de la madre:

“La Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de no exigibilidad de otra conducta ante un estado de necesidad exculpante, real y no putativo pero agravado para la acusada por el trastorno ansioso-depresivo que padece, en el que ante el conflicto entre el deber de obedecer la orden judicial y el derecho-deber de proteger a su hijo, la acusada no ha visto otra alternativa que la de proteger a su hijo” (FJ único) (18).

(18) No termina de quedar claro si en dicha resolución el argumento central para la absolución es la inexistencia del delito por ausencia del elemento subjetivo específico, o bien la aplicación de una causa de exculpación que elimina la responsabilidad por la comisión de un delito realmente existente.

Junto a estos casos en los que se ha reconocido la posibilidad de que el trastorno mental incida sobre el dolo o sobre un estado de necesidad, debe señalarse que el problema de la compatibilidad entre los trastornos mentales y los elementos subjetivos del delito se ha planteado en bastantes sentencias en relación con las circunstancias cualificadoras del asesinato, especialmente la alevosía. Como es sabido, frente a una serie de sentencias que, si bien reconocían la compatibilidad entre la alevosía y la enajenación o trastorno mental incompletos, la estimaban incompatible con la inimputabilidad completa (19), en la actualidad dicha postura ha variado, al menos en relación con los supuestos en los que la existencia de la agravante determina la aplicación de un tipo cualificado y a los efectos de averiguar el límite máximo de las medidas de seguridad. En efecto, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 26 de mayo de 2000 afirma dicha compatibilidad en orden a la imposición de las medidas:

(19) Por ejemplo STS núm. 707/1995, de 23 mayo de 1995 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez), que tras subrayar el necesario componente subjetivo de la alevosía, expone que “Si bien se ha declarado la compatibilidad de la alevosía con las eximentes incompletas de enajenación o trastorno mental transitorio –Sentencias de 28 mayo 1984, 16 octubre 1985, 13 junio 1986, 14 octubre 1987, 21 marzo, 23 abril y 6 junio 1988, 24 febrero 1989, 3 junio 1991, 24 enero 1992, 1428/1994, de 1 julio y 1689/1994, de 3 octubre – dada la naturaleza mixta o preferentemente objetiva de tal circunstancia se ha negado en el supuesto de facultades cognoscitivas y volitivas notablemente aminoradas, unida a una previa ingestión de bebidas alcohólicas –Sentencia de 3 junio 1991– y en los casos en que no se ha producido la escogitación de medios o el aprovechamiento de la ocasión por no poseer el agente la suficiente lucidez, debido a la intensidad y rapidez del trastorno –Sentencia 1076/1993, de 7 mayo– pero sobre todo se tiene que negar inexcusablemente en los casos de enajenación completa en los que no se da el elemento subjetivo de la culpabilidad por falta del imprescindible soporte de la imputabilidad.” Aplica dicha doctrina por ejemplo la SAP Navarra núm. 97/2000 (Sección 2.^a), de 2 octubre (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Goyena Salgado).

“Compatibilidad de la agravante de alevosía con la eximente completa de enajenación mental del art. 20.1 del CP: “En los supuestos de aplicación de la medida de internamiento prevenido para los inimputables en el art. 101.1 del CP el límite temporal de la medida viene establecido por la tipificación del hecho como si el sujeto fuese responsable, por lo que en los supuestos de alevosía el hecho ha de calificarse como de asesinato”.

En la aplicación de este acuerdo los tribunales han seguido dos vías argumentales distintas, que están claramente indicadas por ejemplo en la STS núm. 307/2002 (Sala de lo Penal), de 20 febrero (Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano). En este supuesto la Audiencia (20) había partido de que la alevosía exige que el sujeto se haya representado que su *modus operandi* suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido, y además que el agresor desee obrar de modo consecuente con lo proyectado, y había deducido que a la vista de la completa alteración de las facultades del sujeto en el momento de cometer los hechos era evidente que tales exigencias no se habían producido en el supuesto de autos.

El Tribunal Supremo por su parte comienza precisando que “La adecuada calificación de la conducta del sujeto activo del delito, sólo resulta interesante a efectos de la limitación del tiempo máximo al que podía estar sometido a tratamiento médico o demás medidas de seguridad aplicables (arts. 95 y 101.1 CP).” Y afirma a continuación que

“el argumento que apunta [la sentencia combatida] para la exclusión aplicativa de la alevosía, de ser consecuente, serviría para rechazar igualmente el encaje jurídico de la conducta enjuiciada como homicidio o lesiones, e incluso habría que rechazar la estimación de la atenuante de confesar a las autoridades la infracción, por faltar en todos ellos la conciencia de los actos realizados. [...] En el delito de lesiones o de homicidio, que el Tribunal «a quo» se plantea a continuación como existentes, sería igual-

(20) SAP Barcelona (Sección 5.^a), de 18 de diciembre de 2000.

mente necesario para su estimación, de sustentar tal criterio, que el agente tuviera la conciencia y representación de que con su conducta puede ocasionar la muerte de una persona o la causación de un menoscabo en su integridad física, y que eso constituye un hecho reprobado por la norma penal, y no obstante resuelve actuar en tal sentido.

En resumidas cuentas, tanto por la apreciación del dolo propio de cada delito, como de la alevosía (como dolo reduplicado en el asesinato), sería necesario un sujeto imputable, como presupuesto de que su conducta pudiera serle reprochada, formulando el correspondiente juicio de culpabilidad.

De acuerdo con el criterio observado en la sentencia recurrida, ningún delito de estructura dolosa podría cometerse, al faltar el tipo subjetivo del injusto.” (FJ primero)

Para evitar tener que llegar a dichos resultados, el Supremo señala que a efectos de determinar el límite máximo de duración de las medidas de seguridad hay que atender exclusivamente al tipo objetivo del delito cometido, y considera que esto puede alcanzarse a través de dos vías: “bien entendiendo, a través de una ficción legal, que concurre el elemento subjetivo exigido por la figura delictiva como elemento necesario para que nazca a la vida jurídica; o bien realizando tal delimitación del tipo objetivo, mediante un planteamiento dogmático, ya ensayado por alguna sentencia de esta Sala”. Con esta última alusión se refiere a la construcción dogmática consistente en distinguir

“un dolo natural (separado del «dolus malus») considerándolo como un actuar voluntario dirigido a la realización de un hecho objetivamente típico, aunque su desvalor objetivo o antijuricidad no sea alcanzado o comprendido por la conciencia del sujeto agente, o no sea capaz de adecuar su conducta a tal comprensión. De ese dolo natural, se desgajaría el dolo integrante de la culpabilidad como necesario para la formulación de un juicio personal de reproche por haber actuado el sujeto conscientemente contraviniendo la norma penal, cuando pudo obrar de otro modo, es decir, ajustando la conducta a las exigencias de la ley. Tal juicio de reproche supone en el sujeto, bien como presupuesto bien como ingrediente de la culpabilidad, la concurrencia de las con-

diciones biosíquicas exigidas por la ley, que permitan formularlo. Sería la imputabilidad, que en el caso sometido a nuestra consideración, ha quedado absolutamente excluida.”

Sin embargo, no parece que dicha construcción conceptual limite el tipo al aspecto objetivo, antes bien, está incorporando al tipo el dolo natural propio de la concepción inspirada en el finalismo. Y, en contra de lo que parece asumir la sentencia, las alteraciones mentales pueden interferir perfectamente con este dolo natural, haciendo creer al sujeto por ejemplo que el objeto al que dirige su acción es un animal en vez de una persona, etc. Por ello, la única forma de atender exclusivamente al tipo objetivo realizado para determinar el límite máximo de las medidas de seguridad es la otra vía que señalaba la sentencia, y que en otros pronunciamientos ha seguido el Tribunal Supremo: prescindir por completo de la dimensión subjetiva de los diferentes elementos del delito. En este sentido apunta, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1176/2003 (Sala de lo Penal), de 12 septiembre (Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García):

“Para examinar si concurrieron en el caso los requisitos del asesinato que apreció la sentencia recurrida, la alevosía y el ensañamiento (art. 139.1.^a y 3.^a), a estos efectos de determinación del límite de la duración del internamiento acordado, hemos de prescindir de los elementos de naturaleza subjetiva que los definen, porque se encuentran conectados con el elemento de culpabilidad que aquí no existió y cuya falta propició la absolución. La imputabilidad o capacidad de culpabilidad está en la base de esos elementos subjetivos que contribuyen a configurar tanto la alevosía como el ensañamiento. Si no hay capacidad de culpabilidad no cabe tener en consideración tales elementos subjetivos, por lo que nos hemos de limitar a examinar si concurren los elementos propios de tales dos agravantes constitutivas del delito de asesinato.” (FJ segundo) (21).

(21) En el mismo sentido la STS núm. 494/2000 (Sala de lo Penal), de 29 junio (Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar).

Esta idea guarda gran similitud con la propuesta efectuada en la doctrina por SILVA SÁNCHEZ, a la que se ha aludido más arriba, dirigida específicamente también a solventar el problema de la aplicación de medidas de seguridad en los casos en que la inimputabilidad elimina alguno de los elementos del delito. En concreto, SILVA propone reducir los presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad a una dimensión puramente objetiva, para la que bastaría con la “lesión objetivamente típica y no justificada de un bien jurídico-penal, sin que concurra elemento subjetivo alguno, ni siquiera la consciencia propia del concepto de acción” (22).

V. DISCUSIÓN

A mi juicio los argumentos utilizados en las últimas sentencias citadas parecen ir en la línea de presuponer que la situación de inimputabilidad sería en realidad incompatible con la subsistencia de cualquier elemento subjetivo del delito, y que por eso en los casos de alteración mental plena hay que funcionar con una especie de ficción, y atenerse únicamente al aspecto objetivo del tipo, para adoptar las medidas que sean necesarias. Si se niega en general la compatibilidad de la inimputabilidad con la alevosía, se dice, tendría que negarse consecuentemente, en cascada, la compatibilidad de la inimputabilidad con todos los elementos subjetivos del delito (dolo, *animus necandi*, elementos subjetivos de las circunstancias modificativas, etc.).

En mi opinión, sin embargo, este planteamiento es excesivamente generalizador. La enfermedad mental puede ser compatible o no con la alevosía, igual que con el resto de elementos del delito, según qué características presente cada trastorno mental en concreto y según cómo se conciba cada uno de los elementos del delito. El sujeto puede tener un trastorno mental pero a la vez actuar con conciencia de estar escogiendo medios dirigidos a evitar toda posibilidad de defensa por parte de la víctima, precisamente porque

(22) “¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva?..”, cit., p. 885.

debido a su trastorno la odia tanto que ha planeado minuciosamente la ejecución para asegurarse su éxito; en este caso me parece difícil negar que concurre la agravante tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, y ello con independencia de que posteriormente la alteración psíquica del acusado vaya a determinar su exención de responsabilidad. Por el contrario, en otras ocasiones la alteración psíquica puede provocar una actuación precipitada en la que el ataque se produce sin que el sujeto se haya parado a pensar si su forma de actuar elimina o no la defensa de la víctima; es en estas situaciones cuando surge el problema de si debe estimarse ausente el elemento subjetivo de la circunstancia y ésta devenir, por tanto, inaplicable. Es lo mismo que ocurre, como se ha visto en los ejemplos que se han ido enumerando, con el resto de elementos del delito: a veces el trastorno mental podrá hacer desaparecer el dolo (si el sujeto cree que su acción se dirige contra un demonio en lugar de contra una persona), pero en otras ocasiones el dolo subsistirá, y ello con independencia de que por supuesto la alteración de las facultades psíquicas vaya a determinar la exención de responsabilidad penal. Es decir, habrá casos en que la anomalía mental haga desaparecer elementos subjetivos del delito, y en esos casos es necesario plantearse si aun con todo debe procederse a imponer alguna consecuencia jurídico-penal (medidas, responsabilidad civil, etc.), pero en otros casos la incidencia del trastorno mental, aunque sea determinante para la comisión del hecho y coloque al sujeto en una situación de completa irresponsabilidad penal, no eliminará esos elementos (23).

(23) En este sentido por ejemplo la STS núm. 1217/2002 (Sala de lo Penal), de 28 junio (Ponente: Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez), en la que la defensa cuestionaba la existencia de dolo de matar y la sentencia afirma que “la actuación de la acusada en relación con dos de sus víctimas estuvo ciertamente animada por una intención homicida: golpes con un cuchillo de la naturaleza del que se trata, aplicados a la región anatómica que se ha dicho, conllevan en la experiencia corriente del ciudadano medio un altísimo riesgo de herir mortalmente. Así, pues, no es ánimo de matar (en sentido natural) lo que faltó en este caso. Lo que ocurre es que la grave enfermedad psiquiátrica que afectaba a la acusada determinó la formación anormal, por patológica, de esa voluntad, consi-

Es más, es necesario aceptar que a pesar del trastorno mental en ocasiones será necesario analizar el elemento subjetivo del delito, pues de otro modo no podría calificarse ningún caso como tentativa de delito.

Es precisamente por ello, en mi opinión, por lo que tiene sentido que los códigos penales contemplen exenciones específicas relacionadas con los trastornos mentales: si considerásemos que las alteraciones mentales eliminan siempre los elementos subjetivos del delito (ya sea el dolo, la imprudencia, otros elementos subjetivos, los elementos de intención que requieren algunas circunstancias, etc.) sería superfluo que existieran previsiones expresas como las del art. 20 números 1, 2 y 3, porque bastaría con aplicar las reglas generales de los arts. 5, 14, 65, etc. para lograr la exención de responsabilidad penal. Por el contrario, la inimputabilidad tiene siempre una entidad propia, tanto si interfiere con otros elementos del delito como si no, que es lo que le confiere autonomía en el seno de la teoría jurídica del delito. Lo fundamental es siempre la distorsión o deformación de la conciencia de la realidad que producen los trastornos mentales, sea ésta traducible o no en términos de las exenciones ‘normales’ (24), y por ello cuando se pueda acreditar que se ha producido esta alteración estructural de la conciencia de la realidad la calificación correcta será, a mi juicio, la de inimputabilidad, con independencia de que como consecuencia de dicha alteración haya desaparecido, por ejemplo, el ánimo de lucro. Lo que a continuación se ha de resolver, y ello constituye una cuestión distinta aunque, por supuesto, de importancia esencial, es si lo que queda, es decir, si el resto de elementos objetivos (y en su caso subjetivos) del tipo son suficientes a efectos de adoptar una serie de conse-

derada por ello no apta en el plano normativo para determinar la aplicación de la ley penal en los mismos términos en que se habría operado con ésta en presencia de un sujeto con plena conciencia de la naturaleza de sus actos.” (FJ primero)

(24) La concepción que personalmente sostengo en relación con la imputabilidad penal está desarrollada *in extenso* en MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

cuencias jurídico-penales (imposición de medidas, reconocimiento de la posibilidad de que exista legítima defensa, posibilidad de castigar a los partícipes, etc.).

Y a la hora de responder a esta pregunta debe tenerse en cuenta que el hecho de que la interferencia entre los trastornos mentales y otras categorías del delito se produzca o no, no depende sólo de las características de cada trastorno mental, de sus manifestaciones en cada sujeto, su gravedad, etc., sino que también está muy ligada a cómo hayamos configurado los elementos del delito. Con esta afirmación me refiero a dos cuestiones diversas, por un lado a las concepciones generales del delito (esto es, a las diversas sistemáticas que se defienden en la doctrina penal), y por otro a la configuración particular de cada una de las categorías dogmáticas. En cuanto a lo primero, es evidente que una sistemática que configure el injusto de manera más subjetiva tendrá más problemas de interferencia de los trastornos mentales con elementos del delito que una concepción más objetiva de este último: si, por ejemplo, el dolo y la imprudencia se consideran formas de culpabilidad y no elementos del tipo, los trastornos mentales que hagan desaparecer el dolo no condicionan la existencia del injusto ni, por tanto, afectan a la posibilidad de imponer medidas ni de castigar a los partícipes. Sin embargo, la opción por concepciones más objetivas del delito no es suficiente para eliminar los problemas que aquí estamos comentando, aunque pueda reducirlos. Ante todo porque hasta las sistemáticas más objetivas tendrían problemas con los tipos que presentan elementos subjetivos (ánimo de lucro, ánimo de descubrir los secretos ajenos, etc.), pero, más allá de esto, porque dentro de esas grandes concepciones sobre la teoría del delito existen diversas alternativas para configurar cada categoría dogmática, y ello incide también y de manera determinante sobre las posibilidades de interferencia con la inimputabilidad.

Un ejemplo de lo que se quiere decir lo constituye la STS de de 4 de julio de 1980 comentada *supra*. Como se recordará, en dicha sentencia el Supremo niega la existencia de dolo eventual, calificando los hechos como imprudencia, y a continuación deniega la aplicación de una eximente incompleta de enajenación mental, porque, dice, los efectos del trastorno ya se habrían tenido en cuenta

para degradar el título de imputación a la imprudencia. Sin embargo, modestamente considero que en dicha sentencia no era la alteración mental lo que había determinado la calificación como imprudencia. Si bien el trastorno que sufría la acusada le provocaba indiferencia afectiva e insensibilidad, la propia sentencia había establecido los términos del debate señalando que para la apreciación del dolo eventual no es suficiente con esos sentimientos de indiferencia, sino que se requiere la aceptación positiva del resultado. Y en ningún momento se afirma en la sentencia que esa ausencia del elemento volitivo del dolo estuviera condicionada por el trastorno mental. En consecuencia, parece que en este caso la calificación de la conducta como imprudente no se debe a los efectos del trastorno. Es más, lo que parece deducirse es que precisamente la actuación imprudente de la procesada sí ha estado directamente condicionada por su alteración psíquica, que, en la medida en que le provoca esa frialdad afectiva, seguramente hace que le sea menos exigible haberse atendido a las normas de cuidado en relación con la atención y nutrición de su bebé. En consecuencia, a mi juicio en este caso el trastorno mental no es lo que condiciona que en lugar de dolo haya imprudencia: por el contrario, es precisamente la imprudencia lo que parece directamente relacionado con el trastorno mental. Lo que aquí habría debido valorarse, entonces, es si la calificación correcta era un homicidio imprudente con una eximente completa o incompleta de alteración psíquica, o incluso la impunidad por ausencia de infracción del deber subjetivo de cuidado, si es que la indiferencia afectiva provocada por la alteración mental le imposibilitaba observar las reglas de cuidado objetivamente debidas.

Pero en todo caso obsérvese que dicha calificación viene determinada por el concepto estricto de dolo eventual utilizado por el Tribunal Supremo en la sentencia: muy otra podría haber sido la solución si el Tribunal hubiera partido de un concepto distinto de dolo eventual, en especial si se hubiera decantado por la teoría de la probabilidad o de la representación. Suponiendo que la alteración mental descrita en la sentencia no afectaba a la capacidad de la persona para prever la probabilidad de producción del resultado, sino que únicamente determinaba una indiferencia hacia la produc-

ción del mismo, creo que una concepción del dolo eventual como conciencia de la alta probabilidad de producción del resultado habría conducido en este caso a afirmar la presencia de dolo, sin que la anomalía psíquica interfiriera con esta calificación jurídica. Y los trastornos esquizofrénicos y oligofrénicos de la madre habrían posibilitado la apreciación posterior de una eximente completa o incompleta de enajenación mental.

Es decir, vemos que el hecho de que los trastornos mentales eliminan o no elementos subjetivos del delito no depende sólo de la gravedad del trastorno y de la concepción general que se sostenga sobre la sistemática del delito, sino que también depende mucho de cómo estén configurados dichos elementos subjetivos. Lo mismo puede ocurrir con otras categorías dogmáticas distintas del dolo y la imprudencia, por ejemplo con el miedo insuperable. La mayoría de la doctrina considera que la insuperabilidad del miedo debe medirse con el baremo objetivo de lo exigible a un hombre medio situado en la posición del autor (25). Ahora bien, con independencia de lo vaga que resulta esta referencia a la “posición del autor” (en la medida en que aparentemente permite matizar ese criterio general del hombre medio dando entrada a consideraciones subjetivas e individuales del caso concreto, pero sin especificar cuáles), otros autores abogan por la aplicación de criterios más subjetivos (26). Pues bien, si una alteración mental determina para el sujeto concreto la imposibilidad de sobreponerse a un miedo que para otras personas se habría considerado superable, la opción por una configuración u otra de esa causa de exención conducirá a soluciones distintas: o bien la aplicación de la exención completa de miedo insuperable (27), o bien la aplicación en todo caso como

(25) Cfr., por todos, CUERDA ARNAU, M.L., *El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

(26) VARONA GÓMEZ, D., *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, Granada, Comares, 2000, Cap. I, pp. 168 y ss., y especialmente 178-184.

(27) En este sentido se pronuncia VARONA GÓMEZ: “El estándar de razonabilidad o inexigibilidad puede tener en cuenta determinadas características individuales de la persona afectada, lo cual en este caso parece legítimo, pues ta-

incompleta de dicha eximente, combinada con otra atenuación debida a la alteración mental (ya sea esta última por la vía de la eximente incompleta o de la atenuante por analogía).

Por otra parte, parece que en la práctica el problema que más preocupa es el de la posibilidad o no de imponer medidas de seguridad aunque estén ausentes elementos del tipo, y la determinación del límite máximo de las mismas. La solución por la que ha optado en los últimos años la jurisprudencia del Tribunal Supremo (construida alrededor del problema concreto de las circunstancias cualificadoras del asesinato), y consistente en hacer abstracción de la dimensión subjetiva del hecho y circunscribirse únicamente a los aspectos objetivos, coincide con la solución planteada últimamente en la doctrina por SILVA SÁNCHEZ. Mientras que la doctrina jurisprudencial trata únicamente de solucionar el problema concreto de la delimitación del límite máximo de la medida de internamiento respecto del delito de asesinato (28), la propuesta de este autor está fundamentada en una determinada concepción sobre la esencia y la finalidad de las medidas de seguridad, y en un replanteamiento general sobre los presupuestos de aplicación de estas últimas. En efecto, SILVA parte de la base de que los fines de penas y medidas son muy distintos, y mientras que la pena tiene un sentido simbólico de respuesta del Derecho frente a un comportamiento

les características, aunque sean propias de otra eximente (enajenación mental), no son valoradas en toda su intensidad si se aplica una eximente incompleta. Una valoración comprensiva sólo parece posible mediante la combinación de ambas circunstancias, articulada a través de la exención total de pena en virtud de miedo insuperable.” (ob. cit., p. 281).

(28) Considero que no debe interpretarse la doctrina plasmada en el Pleno no jurisdiccional del 26 de mayo de 2000 en un sentido que le atribuya un alcance mayor que éste, en primer lugar porque tanto el propio acuerdo como las sentencias que lo aplican especifican que la “compatibilidad” entre la inimputabilidad y la alevosía se declara sólo a los efectos de determinación del límite máximo de duración de la medida de internamiento, y en segundo lugar porque como se ha visto a lo largo del trabajo no existe un pronunciamiento general del Tribunal Supremo sobre los problemas de interferencia de los trastornos mentales con elementos del delito distintos de la imputabilidad, sino pronunciamientos concretos que aplican soluciones diversas.

delictivo que supone una negación de la norma, la medida tendría un sentido puramente cognitivo de tratamiento del peligro que la persona del delincuente significa de cara a la posible lesión de bienes jurídicos (29). Siendo esto así, no sería necesario requerir para la medida la presencia de un injusto personal, sino que bastaría con acreditar (a través del hecho cometido, que atenta contra un bien jurídico) la peligrosidad del sujeto para futuras lesiones o puestas en peligro de los bienes protegidos por el Derecho penal (30). Basta con que el “hecho previsto como delito” (art. 95) que comete el sujeto trastornado sea una “lesión objetivamente típica y no justificada de un bien jurídico-penal, sin que concurra elemento subjetivo alguno, ni siquiera la consciencia propia del concepto de acción” (31).

Sin embargo, esta solución consistente en objetivizar por completo los presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad me suscita varias dudas. En primer lugar, porque estimo que por esta vía se pueden llegar a imponer medidas casi predelictuales. Cuando la descripción de las conductas típicas incorpora elementos subjetivos ello quiere decir que las conductas sólo son relevantes para el Derecho penal cuando dichos elementos subjetivos estén presentes, lo que resulta coherente con el hecho de que no se prevea el castigo de la imprudencia. Es decir, cuando uno toma cosas ajenas en el convencimiento de que son propias, cuando abre

(29) Afirma el autor que “en el caso de la pena se trata de la estabilización por vía contrafáctica de la norma vulnerada. Mientras tanto, en el caso de las medidas de seguridad se pretende conseguir efectos de prevención especial (de estabilización cognitiva de la norma) que, a diferencia de los propios de las penas, tienen lugar exclusivamente por la vía causal (y no expresiva) del tratamiento terapéutico o del mecanismo asegurativo.” (“¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva?..”, cit., p. 886).

(30) “En efecto, mientras que la pena, como mecanismo de estabilización contrafáctica, presupone la previa producción de un hecho que constituya “negación” de la norma, la medida, por su carácter cognitivo, puede vincularse estrictamente a los datos de la lesión del bien jurídico y la peligrosidad que ella manifiesta.” (Ob. cit., p. 887).

(31) Ob. cit., p. 885.

sin darse cuenta la correspondencia de los vecinos porque el cartero por error ha puesto las cartas en su buzón, cuando denuncia a una persona inocente ante los tribunales porque está convencido de que ha cometido un delito, o cuando declara en juicio lo que está convencido de ser cierto aunque por el paso del tiempo sus recuerdos ya no se ajusten a la realidad, no está cometiendo un delito de hurto, ni de descubrimiento de secretos ajenos, ni de denuncia falsa, ni de falso testimonio, con independencia de cuál sea la causa por la cual se ha producido el desconocimiento de los elementos del tipo. ¿Deben considerarse todas estas conductas suficientes para imponer medidas de seguridad cuando ese desconocimiento se debe a un trastorno mental? Considero que al menos en algunos delitos la ausencia del elemento subjetivo puede afectar de tal modo al sentido de la conducta que quizá debiera reconocerse, también cuando dicha ausencia se deba a un trastorno mental, que el “hecho” cometido por el inimputable no es ya el “hecho previsto como delito” (32).

Por otra parte, prescindir por completo de la dimensión subjetiva del hecho puede hacer imposible la calificación del mismo (averiguar a qué “hecho previsto como delito” corresponde) no sólo en estos casos de tipos con específicos elementos subjetivos del injusto, sino también para diferenciar, por ejemplo, unas lesiones consumadas de una tentativa de homicidio (33). Como es sobradamente sabido, la presencia de *animus necandi* no puede “constatarse” —como por otra parte la de ningún elemento subjetivo—, sino que siempre ha de ser inferida a partir de los indicios (anteriores, poste-

(32) Otra cosa es, por supuesto, que se considerara conveniente (*de lege ferenda*) permitir la imposición de medidas predelictuales, pero con ello me parece que se entra ya en un debate distinto.

(33) Considérense por ejemplo los hechos de la STS núm. 307/2002 (Sala de lo Penal), de 20 febrero, ya citada: “mientras [la víctima] estaba comprando pan, entró el procesado en el establecimiento, sin decir nada dejó unas bolsas en el suelo de cuyo interior sacó un cuchillo de cocina de veinte centímetros de hoja, y estando Salvador A. de espaldas de lo clavó en la fosa lumbar derecha, tras lo cual, y cayendo al suelo Salvador A. A. en un charco de sangre, el procesado José M. L. se fue del lugar.”

riores y coetáneos al hecho), pero es necesario hacer esa inferencia para poder calificar el hecho, y ello tanto si se trata de personas trastornadas como de personas normales, y en ambos casos habrá de ser, evidentemente, una inferencia fundada.

En segundo lugar, y ahora ya desde una perspectiva totalmente distinta, la solución que comentamos me plantea también la siguiente dificultad: en el caso de que las críticas que hasta ahora he efectuado se pudiesen salvar de manera convincente, cabría plantearse si esa delimitación exclusivamente objetiva del tipo no podría ser conveniente para resolver otro tipo de problemas, además del de la imposición de medidas de seguridad, como puede ser el de la punición de los partícipes mejor informados. Quien colabora con el hecho del inimputable sabiendo que éste constituye un delito sólo responde –según doctrina dominante– si el hecho del inimputable puede ser calificado como típico y antijurídico. En el caso de que el trastorno mental elimine un elemento subjetivo esencial del tipo desaparece dicha base, y el cómplice quedaría impune. Pues bien, también esta cuestión podría quizá solventarse de forma más adecuada trasladando aquí esa concepción exclusivamente objetiva del tipo. Sin embargo, con ello se estaría introduciendo dicha delimitación de la antijuridicidad en el ámbito del Derecho penal de las penas, lo que no resultaría congruente, creo, con el punto de partida que asume SILVA en su construcción, acerca de la diferente finalidad y sentido de penas y medidas.

Con todo, no pretendo expresar con estas consideraciones un rechazo absoluto a dicha propuesta que me parece, desde luego, un intento serio y fundamentado para resolver un problema sistemático que, si bien no ha merecido mucha atención por parte de la doctrina, no deja de suponer una quiebra clara en toda sistemática que se construya sobre la distinción antijuridicidad – culpabilidad y que reconozca la presencia de al menos algunos componentes subjetivos en la primera. Por otra parte, el hecho de que se corresponda con una línea jurisprudencial asumida por el Pleno de la Sala segunda del Tribunal Supremo, al menos en relación con un problema concreto, merece que como mínimo se reflexione sobre su adecuación para resolver una cuestión que no es

meramente teórica, sino que se plantea continuamente en los tribunales (34).

VI. CONCLUSIONES

Lo expuesto en las páginas anteriores pone de manifiesto la enorme complejidad del problema planteado. No siempre la presencia de anomalías psíquicas en el autor del delito elimina elementos o aspectos subjetivos del tipo de injusto, pero en ocasiones sí se plantea este problema. El simple texto del Código penal no ofrece una solución expresa, y ésta creo que tampoco depende sólo de que se sostenga una u otra concepción general, ni de la imputabilidad ni tampoco de la teoría del delito (finalista, neoclásica, etc.), porque como se ha visto incluso el propio dato de que se plantee o no una interferencia depende de cómo se conciba cada uno de los elementos del delito.

Ahora bien, considero que un primer punto de partida para tratar estos supuestos sí puede venir constituido por la clarificación de un concepto de inimputabilidad que ponga claramente de manifiesto sus diferencias respecto de otras causas de exención que afectan igualmente a la dimensión subjetiva del hecho, lo que permitiría al menos identificar con claridad cuándo estamos ante un genuino error, o estado de necesidad, o miedo, etc., y cuándo ante la alteración estructural de los procesos psíquicos característica de la inimputabilidad o de la imputabilidad disminuida (35). Desde esta perspectiva los errores o miedos ‘condicionados’ serán, efectivamente, en muchos casos supuestos de inimputabili-

(34) Mi postura sobre otras posibles vías de solución para el problema que analizamos, que no serán aquí abordadas por haberse restringido el ámbito de la presente comunicación fundamentalmente a la práctica jurisprudencial, puede verse en MARTÍNEZ GARAY, L., “Incidencia de los trastornos mentales en categorías dogmáticas distintas a la imputabilidad...”, cit.

(35) Para más detalles acerca de la concepción de la imputabilidad que me parece preferible *vid.* MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal...*, cit., especialmente el Capítulo 4.

dad (36), pero no cabe excluir la posibilidad de que en ocasiones la presencia de un trastorno mental no excesivamente grave produzca la imposibilidad personal de vencer el error o de superar el miedo y ello sin embargo no produzca la alteración estructural propia de la imputabilidad disminuida (37). Téngase en cuenta que los trastornos mentales se presentan en la realidad en una gradación infinita entre la “normalidad” y la completa perturbación, por lo que la frontera entre lo que aún es normal y lo que ya supone al menos imputabilidad disminuida es muy difusa. Y así, por ejemplo, una debilidad mental o una inteligencia y madurez en el límite inferior de la normalidad, que la jurisprudencia considera por lo general insuficientes incluso para la atenuante analógica, pueden determinar por ejemplo una exigibilidad menor en orden a la vencibilidad del error.

Nos encontraríamos entonces ante las siguientes posibilidades:

1. Trastorno mental que determina la inimputabilidad completa o incompleta del sujeto sin interferir con la presencia de los demás elementos subjetivos del delito.
2. Trastorno mental relevante desde el punto de vista de la imputabilidad y que a la vez hace desaparecer algún elemento subjetivo del delito.
3. Trastorno mental que, sin llegar a ser por sí mismo relevante desde el punto de vista de la imputabilidad disminuida, determina la aplicación de alguna otra causa de exención (en especial, errores personalmente invencibles).

El primer caso es el que no plantea problemas ni desde el punto de vista sistemático ni desde el del Derecho positivo. El tercero tampoco debe plantearlos, en mi opinión. Lo único que cabría

(36) Pero no, como afirman muchos autores, por aplicación de una regla de especialidad, sino porque en realidad estamos ante supuestos de hecho cualitativamente distintos.

(37) En este punto matizo las aseveraciones que efectué en la obra anteriormente citada (MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal...*, pp. 415 y ss.), en la que no tuve en cuenta la posibilidad que indico en el texto.

valorar es si en estos casos debería permitirse la imposición de medidas de seguridad. Quizá no fuera descabellado responder a esta cuestión en sentido afirmativo, al menos por lo que se refiere a las medidas no privativas de libertad, ya que no dejamos de estar ante un supuesto en el que se padece cierta alteración psíquica que ha resultado determinante en la comisión del delito. La diferencia de estos supuestos respecto de los constitutivos de imputabilidad disminuida sería sólo de grado, y quizá la peligrosidad fuera elevada (38). Ahora bien, la redacción legal de los presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad en nuestro Código penal impide imponerlas cuando el precepto aplicado para eximir (o atenuar) de responsabilidad no sea precisamente el art. 20 en sus números 1.º, 2.º o 3.º, o el art. 21 en relación con los anteriores. Por otro lado, piénsese que en estos casos aunque la invencibilidad haya estado condicionada por algún déficit psíquico, éste será leve, y la diferencia entre ese sujeto y el resto de ciudadanos creo que no es suficientemente relevante como para evaluar de manera diferente su peligrosidad (39). Y, por último, debe también tenerse en cuenta

(38) Esta consideración es la que está detrás de la corriente jurisprudencial que permite la imposición de medidas en casos de aplicación de atenuantes analógicas y de la atenuante de grave adicción del art. 21.2. Dicha línea jurisprudencial, que se inició bajo la vigencia del Código penal anterior y que ha continuado con el vigente texto punitivo (cfr. por ejemplo STS núm. 1697/2000, de 9 de noviembre de 2000, que aplica medidas de seguridad a una atenuante analógica en relación con la eximente incompleta de alteración psíquica, o la STS 628/2000, de 11 de abril de 2000, que permite la imposición de medidas tras haber aplicado la atenuante de grave adicción, y cuya doctrina han seguido después muchas otras), incurre en mi opinión en una ampliación *contra legem* de los presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad, porque excede del tenor literal posible del texto vigente.

(39) Este argumento podría discutirse aduciendo que generalmente la peligrosidad en las oligofrenias es inversamente proporcional a la gravedad de las mismas, de manera que son raros los casos en que personas con un retraso muy grave delinquen, mientras que es precisamente en la frontera con la normalidad o en oligofrenias leves donde se concentra la mayor parte de la delincuencia. Sin embargo, en la medida en que según la solución que propongo los retrasos mentales muchas veces sí serán relevantes desde la perspectiva de la inimputabilidad,

que si el error invencible ha sido provocado no sólo por el trastorno mental sino también por alguna otra maniobra de terceros (un engaño), seguramente será posible articular una autoría mediata y a través de esta figura castigar la intervención de quienes hayan actuado conociendo todas las circunstancias del hecho.

En los casos del número 2. la alteración psíquica elimina un elemento subjetivo del delito. La calificación correcta de estos casos es, desde mi punto de vista, la de inimputabilidad. Sin embargo, con ello sólo se resuelve la primera parte del problema, pues en el caso de que ese elemento del delito que el trastorno mental ha eliminado sea constitutivo del tipo, resta decidir si el sustrato que aún queda (es decir, la realización por parte del sujeto de los demás elementos objetivos –y, en su caso, subjetivos– del delito) es suficiente a efectos de imposición de las medidas de seguridad, de punición de los partícipes, etc.

En definitiva, el problema sigue estando en la delimitación de los presupuestos mínimos a partir de los cuales cabe estimar relevante la conducta llevada a cabo en situación de trastorno mental a los efectos de aplicación de las consecuencias sistemáticas que se estiman convenientes. Hasta ahora la reflexión se ha llevado a cabo sobre todo desde la óptica de la imposición de las medidas de seguridad, pero ello no debe hacernos olvidar que hay otros problemas necesitados de solución (en especial, los de participación). El camino iniciado por la jurisprudencia – respecto de algunos supuestos concretos –, consistente en objetivizar por completo la exigencia de que se haya llevado a cabo un “hecho previsto como delito”, cuenta con algún importante apoyo en la doctrina, pero no está libre de objeciones. La complejidad del problema y las repercusiones que tiene tanto en la teoría del delito como en la aplicación práctica del Derecho penal reclaman, a mi juicio, que se le dedique mayor atención de la que hasta ahora ha recibido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

creo que esta objeción afectaría a una parte bastante pequeña de supuestos, en los cuales la frontera con la normalidad es tan difusa que identificar a los sujetos a los que se deberían imponer medidas no sería tarea fácil.

