

## **LA REALIZACION DEL TIPO OBJETIVO EN LOS DELITOS DE LESIONES.**

### **"EL RESULTADO" y "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA".**

La adecuación típica en los delitos de lesión depende de que la realización de la acción haya producido un resultado lesivo que sea objetivamente imputable a la acción.

En estos delitos el juez debe comprobar, para dar por acreditada la realización del tipo objetivo penal, no solo la realización de la acción, sino también la producción de un resultado de lesión y la existencia de una relación específica, entre:

El resultado de lesión producido y la acción efectuada por el sujeto activo (a ello se le llama imputación objetiva)

Estos delitos son la antípoda de los que se agotan en la sola realización de una acción (delitos de pura actividad: Por ejemplo, en la injuria;).

Los delitos de lesión presuponen, por tanto, el resultado de la lesión en un objeto determinado.-

Este objeto determinado se denomina "objeto de la acción" y puede ser una cosa o una persona, así por ejemplo:

Es una cosa, en el delito de daño  
y es una persona en el de lesiones.-

En el delito de lesiones el "objeto de la acción" puede también consistir en la creación de un determinado estado interno de la persona.-

"El resultado" en sentido estricto de la palabra importa, por lo tanto, una lesión del objeto de la acción efectuada y no cualquier consecuencia vinculada a dicha "acción", como por ejemplo:

No es resultado del delito de homicidio el dolor ocasionado a los familiares de la víctima.

Esta lesión del objeto de la acción debe distinguirse de la lesión del objeto de protección de la norma, que está constituida por la lesión del bien jurídico tutelado.

Todo delito (inclusive los de pura actividad) se pueden caracterizar como lesión de un bien jurídico (la injuria, por ejemplo, lesiona el bien jurídico del honor)  
Pero no todo delito requiere la lesión de un objeto determinado.

Los delitos de lesión serían, entonces, aquellos en los que la lesión del bien jurídico

tutelado, tiene lugar a través de una lesión de un objeto protegido por la norma.-

La tipicidad de una acción respecto del tipo penal de un delito de resultado requiere la comprobación de que el resultado típico se encuentra en una relación tal con respecto a aquella que permite afirmar que el resultado es la concreción de la acción; que es -en otras palabras- producto de ella.

De lo dicho se deduce que en "los delitos de actividad" este problema no se presenta:

Por ejemplo, en la injuria no se requiere un resultado material y, por lo tanto, la cuestión de la relación entre la acción y el resultado no puede presentarse.

Las teorías clásicas afirmaron que la relación que permite considerar un resultado acaecido como producto de la acción es una relación de causalidad, es decir, una relación de "causa a efecto" idéntico a la observable en los sucesos de la naturaleza.

Sin embargo, se distinguió en todo caso con precisión entre "ser causal" y "ser responsable"

por la producción del resultado.-

Ambas categorías no se superponen.

En general, puede afirmarse que en la causalidad se establece un límite mínimo de la responsabilidad.-

Pero no toda causalidad implica sin más, una responsabilidad.

La causalidad requiere, por lo tanto, una limitación:

Entre los comportamientos causales de un resultado típico sólo algunos culminan en la responsabilidad penal.

La teoría de la causalidad, por lo tanto, se completa mediante correctivos de naturaleza "no-causal", sino "normativa", es decir, correctivos que se deducen de la naturaleza de lo ilícito penal.

Este conjunto de correctivos de la causalidad da lugar a la "teoría de la imputación objetiva".

El desarrollo de la cuestión muestra que gran parte de los problemas que se presentan se relacionan con el lugar sistemático en el que debe practicarse la corrección de la causalidad.-

(Ya sea en el momento de la adecuación típica o bien en el de la culpabilidad)

Desde un punto de vista puramente causal se puede afirmar que también los padres del

homicida serían "causa" del resultado de muerte, pero sus comportamientos no interesan al derecho penal.

La "teoría de la imputación objetiva" procura, por el contrario, determinar "el fundamento" y "el lugar" donde debe llevarse a cabo "una corrección" de los resultados de las teorías naturalistas de la causalidad, sobre la base de principios deducidos de la naturaleza de la norma y del fin de protección de la misma.

### **EL ESTADO DE NECESIDAD:**

La regulación del estado de necesidad en la doctrina ha sufrido una progresiva ampliación, que lo ha llevado de ser una causa de justificación muy estrecha a una eximente muy amplia, que acoge en su seno tanto el estado de necesidad justificante como el estado de necesidad disculpante.

Nuestro Código Penal lo tiene incluido como una eximente de responsabilidad penal dentro de las causas de justificación y dice: "Quien haya cometido un hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros de un peligro, no causado por él voluntariamente, ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea en proporción al peligro. Esta exención se extiende al que causare daño en el patrimonio ajeno, si concurrieren las condiciones siguientes: a) Realidad del mal que se trate de evitar; b) Que el mal sea mayor que el que se cause para evitarlo; c) Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

No puede alegar estado de necesidad, quien tenia el deber legal de afrontar el peligro o sacrificarse." Art. 24 numeral 2º. CP.

Nuestro Código Penal, rotula el título como "Causas que eximen de responsabilidad penal", e inicia el capítulo uno con las causas de inimputabilidad, para luego describir en el capítulo dos las causas de justificación. Por lo tanto, me referiré a éstas últimas como otro grupo de eximentes de responsabilidad penal. Pues bien, la doctrina considera que en la eximente referida en éste documento, es regulado por los tratadistas conocedores del tema, conjuntamente como en el que el estado de necesidad bien puede ser considerado como una causa de justificación así como una causa de exculpación.

El primero, (causa de justificación) se daría cuando el estado de necesidad surge de la colisión de dos bienes jurídicos de distinto valor;

El segundo, (causa de exculpación) cuando los bienes jurídicos en conflicto son del mismo valor.

Mientras que en el primero la ley aprueba el sacrificio del bien de menor valor, en el segundo, se dice, la ley no puede inclinarse por ninguno de los dos bienes jurídicos tutelados en conflicto, pues son de igual valor, pero por razones preventivas (falta de necesidad de pena), disculpa a quien actúa en dicha situación.

Sin embargo, este planteamiento exclusivamente cuantitativo del estado de necesidad, (viéndolo como eximente o como disculpante) que responde al principio de ponderación de intereses, conduciría a soluciones injustas y no exentas de objeciones por parte de los críticos, como la de considerar justificados hechos tales como intervenir quirúrgicamente, en contra de su voluntad, a un paciente para mejorar su salud o, incluso, salvar su vida, o extirpar el riñón sin su consentimiento a una persona para trasplantarlo a otra persona, que con el trasplante salva su vida, o el quitar un paraguas a un obrero para evitar que la lluvia dañe el valioso traje del "funcionario público que pretende atravesar la calle cuando están cayendo un torrencial aguacero". -

Tomemos en cuenta que no es solo cuestión de ponderación de intereses en juego lo que aquí se está discutiendo, lo demuestra también el hecho de que en la norma penal el requisito segundo del estado de necesidad no alude a una comparación de los bienes en conflicto, sino entre los males causados y evitados cuando dice "que el mal sea mayor que el que se cause para evitarlo".

Por otra parte, no siempre es comparable la entidad de los bienes ni de los males en conflicto; piénsese por ejemplo, en el aborto por razones éticas, que conste que nuestra legislación no lo permite, aunque tenga contemplado el terapéutico mediante el cual se podría autorizar su realización con el consentimiento de otro galeno, pero ello no significa que abarque al ético. Por lo que, a mi entender es prohibitivo ejecutar en Guatemala el llamado "aborto por razones éticas", que otras legislaciones describe como posibles de eximirse de responsabilidad penal. Pues bien, éste tipo de aborto, el que consiste en aquél realizado en el embarazo existente por virtud de una previa violación sexual, o en el aborto por razones eugenésicas (para evitar una prole tarada o deforme, el que sí puede englobarse con el terapéutico) que, en los ordenamientos en que se admiten expresamente, constituyen claras causas de justificación, sin que por ello se piense necesariamente en el menor valor de la vida del feto.

Por eso, aunque el principio de ponderación de intereses informa, sin duda la regulación del estado de necesidad, no se le debe dar a dicho principio una importancia exclusiva.

Presupuesto. Decisiva debe ser, ante todo, la situación de necesidad que da origen a la eximente, tanto en su vertiente como causa de justificación, como en la de causa de exculpación, si la existiera, ya sea completa o incompleta. La norma habla de la que "obligado por la necesidad", pero no define en que consiste esta.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia lo conciben como una situación de conflicto entre dos bienes jurídicos, en la que la salvación de uno de ellos exige de responsabilidad el que se sacrifique el otro bien jurídico tutelado.

Ello supone que el bien jurídico que se trata de salvar esté en inminente peligro de ser destruido. Este peligro ha de ser real y objetivo, no pudiendo ser meramente supuesto, con más o menos fundamento, por el que trata de evitarlo.-

El estado de necesidad putativo, como la legítima defensa putativa, solo puede dar lugar

a una causa de exculpación, en caso de error invencible.

Sin embargo, la jurisprudencia en algunas oportunidades la admite como en la legítima defensa putativa, que los casos de peligro putativo puedan dar lugar a la apreciación de la eximente, sin matizar si se trata de una causa de justificación o la simple exculpación.

Lógicamente, el estado de necesidad solo puede ser considerado como causa de justificación en la medida en que se den realmente los presupuestos objetivos (existencia real del peligro inminente) y los subjetivos ("obligado") El error sobre los presupuestos objetivos deben ser tratado conforme a las reglas generales.

Es preciso, además, que la realización del mal o la infracción del deber, que el sujeto realiza para evitar un mal a sí mismo o a un tercero, sea el único camino posible para conseguir la meta salvadora.

La comisión del tipo de injusto de un delito, que la lesión de un bien jurídico o la infracción de un deber jurídico que se realiza, ha de ser, por tanto, necesaria, es decir, la evitación del mal que amenaza al bien jurídico solo puede ser conseguida realizando otro mal. Igualmente la necesidad debe también ser valorada de un modo objetivo, aunque lógicamente teniendo en cuenta la situación concreta en la que se encuentra el sujeto y las circunstancias y medios de que dispone.

Una vez que se den estos requisitos, es indiferente que el peligro que se trata de evitar amenace a bienes jurídicos propios o ajenos ("se extiende al que causare daño en el patrimonio ajeno" dice la ley Art. 24 numeral 2º. CP). Hay que tomar en cuenta que se encuentra sobre entendido el patrimonio propio aunque no lo refiera expresamente la norma.

En el segundo caso se habla "de salvarse o de salvar a otros de un peligro", es decir, el de prestar un auxilio necesario. En dichos puntos del estado de necesidad, lo que podría entenderse como una confirmación de la tesis de que el estado de necesidad es siempre una causa de justificación.-

Requisitos. Como ya lo he descrito en todo el documento que antecede, los requisitos que, junto al presupuesto antes indicado, deben darse vienen señalados en el artículo 24 del Código Penal, y son: a) Realidad del mal que se trate de evitar; b) Que el mal sea mayor que el que se cause para evitarlo; c) Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo. Existe un último totalmente separado de los tres anteriores, pues pretende que sea el que abarque a todos: No puede alegar estado de necesidad, quien tenía el deber legal de afrontar el peligro o sacrificarse.-

Doctrinariamente y en la redacción de otras legislaciones más modernas, ya no se observa entre las condiciones necesarias para que se dé el Estado de Necesidad que se exija la "realidad del mal que se trata de evitar". Lo considero muy oportuno, pues se presta a una mayor subjetividad. Creo que el juzgador podría verse en un conflicto de

análisis al momento en que se le discuta este punto.-

"Que el mal sea mayor que el que se cause para evitarlo";.-

Está descrito en el numeral 2º. Del Art. 24 CP. En otras palabras podríamos decir que se trata que el mal causado no sea mayor que el que se pretende evitar. De acuerdo con la redacción legal de este requisito, el estado de necesidad puede darse tanto en caso de conflicto entre bienes desiguales (daños para salvar la vida) como entre bienes iguales (matar a otro para salvar la propia vida) Al primero se le atribuyen efectos justificantes; al segundo meramente exculpantes. Ello obliga a una comparación entre los males: el que amenaza y el que se realiza. Pero no siempre, como ya se ha dicho, es posible esa comparación, dada la naturaleza heterogénea de los males en cuestión. Quien falsifica una receta para obtener un calmante y aliviar sus fuertes dolores de cabeza, o quien conduce, sin estar legalmente autorizado por las autoridades, un vehículo de motor para llevar un herido a un hospital, realiza males (falsificación, conducción ilegal) que nada tiene que ver con el que amenaza. De ahí que la comparación sea difícil y, mucho más precisar su importancia valorativa.

La única salida es entender con cierta amplitud este requisito y no interpretarlo a la luz de una rígida ponderación de bienes.

En el estado de necesidad exculpante, esta comparación de males en juego ha de ser aún más amplia. En todo caso, más que una comparación, se trata, a veces, de establecer una "relación de adecuación": el estado de necesidad tendría efecto justificante si el hecho realizado a su amparo era el medio adecuado para evitar el peligro (recuérdese lo dicho respecto a la necesidad del mal realizado) En caso de error serán aplicables las reglas generales.-

El Código Penal tiene anotado separadamente de las tres condiciones necesarias para que concurra el Estado de necesidad, el siguiente:

"No puede alegarse estado de necesidad, quien tenía el deber legal de afrontar el peligro o sacrificarse".

En otras palabras, que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de afrontar el sacrificio.-

Las funciones específicas que tienen las personas encargadas de determinados oficios o profesiones, les impone la obligación de arrastrar un cierto grado de peligro en el desempeño de su trabajo o profesión, superior al normal de cualquier sujeto.

El bombero, el policía o el soldado no pueden excusarse, dentro de ciertos límites, del cumplimiento de sus deberes inherentes a su profesión: apagar un incendio, detener a un delincuente, hacer la guardia nocturna, ir a la guerra, etc.

Esta idea, basada en el rol social e inspirada en el principio de exigibilidad, es la que

preside este requisito, que, en cierto modo, impone la obligación de sacrificio cuando el cargo u oficio así lo impongan.

Así, el funcionario depositario de caudales públicos no puede disponer de estos para reparar su vivienda o mejorar su situación económica, por más que esta sea extremadamente difícil.

Sin embargo, tales exigencias no deben entenderse en un sentido tan estricto que se niegue ya, por el hecho de desempeñar determinadas profesiones, la posibilidad de invocar el estado de necesidad. Los límites de la exigencia de sacrificio deben coincidir con los límites legales o sociales del ejercicio de su profesión. Más allá de ellos no se puede exigir a nadie un comportamiento heroico o virtuoso.

Un ejemplo podría ser lo que permite el Código de Comercio, en cuanto a que se podría considerar que en caso de grave peligro para una nave, el que se arroje la carga que transporta al mar, aunque el transporte y cuidado de la carga sea la obligación principal de sus tripulantes.

Los límites objetivos de exigencias son, por tanto, diferentes no solo según la profesión, sino también según las circunstancias.-

La doctrina encuentra la necesidad de que concurra entre las condiciones para que se dé el estado de necesidad la siguiente:

Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto, (peligro no causado por él voluntariamente, dice la norma penal Art. 24 numeral segundo)

En principio, la provocación de una situación de necesidad impide que el que la provocó pueda después ampararse en ella.

En este sentido, vale aquí lo dicho respecto a la provocación en la legítima defensa. Sin embargo, son precisas aquí algunas matizaciones ulteriores. En el estado de necesidad solo la provocación intencionada del mismo impide su apreciación. No basta, por tanto, que haya cometido intencionalmente el hecho (por ejemplo, un incendio) que dio lugar a la situación de necesidad, sino que es preciso que sea la situación de necesidad misma la que se haya provocado intencionalmente.

Ello hace que, prácticamente, la exclusión de la apreciación del estado de necesidad por falta de este requisito, sea casi imposible, salvo raras hipótesis. Así, por ejemplo, puede invocar el estado de necesidad el automovilista que, conduciendo a velocidad excesiva, crea una situación extrema en la que tiene que elegir entre chocar frontalmente con un camión o atropellar a un ciclista.

La jurisprudencia internacional intenta evitar esta conclusión negando la apreciación del estado de necesidad en los delitos imprudentes y considerando que la provocación

intencionada del riesgo es ya provocación intencionada de la situación de necesidad, recuérdese que se está hablando de la falta del deber objetivo de cuidado.

Pero ninguno de estos argumentos es convincente. Por ello, sería conveniente que, se aceptara junto a la palabra "intencionadamente" la de "o imprudentemente".

El requisito de la no-provocación intencionada se refiere al que actúa, bien sea el propio afectado o un tercero ("auxiliador necesario") En este último caso, el auxiliador necesario actúa justificadamente si lesiona un bien jurídico para salvar, por ejemplo, la vida de un tercero, sin saber que este ha provocado intencionalmente la situación de necesidad.-

La tendencia predominante de los últimos Códigos de Latinoamérica es la de no hacer distinción en los requisitos entre legítima defensa propia, ajena o de pariente, planteamiento que ya se daba en los códigos anteriores. Pero hay unos códigos como el de Cuba que admite la legítima defensa de bienes sociales o estatales.-

Con respecto al estado de necesidad, tanto la doctrina moderna como las legislaciones latinoamericanas se declaran en favor de la tesis diferenciadora en materia de estado de necesidad, esto es, que hay que distinguir el estado de necesidad justificante, referido al conflicto entre bienes desiguales, y el estado de necesidad exculpante, con relación a bienes iguales los que ya fueron descritos con anterioridad.

Sin embargo, hay opiniones que se manifiestan en favor de las tesis unificadoras, ya sea considerando todos los casos como un problema de antijuricidad, o bien, por el contrario, de culpabilidad. Es así como algunos autores llegan a la conclusión que el estado de necesidad es siempre un problema de antijuricidad.

En cambio, hay quienes afirman que al respecto debe existir una unificación en la culpabilidad, es decir, nunca es causa de justificación. Lamentablemente nuestra legislación a la fecha describe dicho "Estado de necesidad" dentro del capítulo referido a las causas de justificación, que no es lo más correcto.

En todo caso la tendencia última es la de adoptar la posición de la tesis diferenciadores; una excepción a ello, es el Código Penal de Colombia, que mantiene la tradición legislativa y doctrinal del país en esta materia.-

## **OTRA CAUSA DE JUSTIFICACION:**

### **LEGÍTIMO EJERCICIO DE UN DERECHO.**

La eximente de responsabilidad penal, existente entre las causas de justificación, denominada Legítimo ejercicio de un derecho, la encontramos en el artículo 24 CP y dice la norma al respecto: "3o. Quien ejecuta un acto, ordenado o permitido por la ley, en ejercicio legítimo del cargo público que desempeña, de la profesión a que se dedica, de la autoridad que ejerce, o de la ayuda que presta a la justicia."



Dicha eximente, es quizá la que más claramente tiene el carácter de causa de justificación y, hasta cierto punto es una declaración superflua que igualmente tendría valor justificante.-

No cabe desde luego mayor justificación que la de cumplir un deber o ejercer legítimamente un derecho, oficio o cargo.

Lógicamente, el cumplimiento del deber o el ejercicio del derecho que se justifica es el que se realiza dentro de los límites legales y conforme a Derecho. Este requisito de la "conformidad a derecho" del que actúa al amparo de esta eximente, que el código desarrolla como causa de justificación, que no es lo correcto, tal como se indicara en el documento anterior, plantea dificultades interpretativas que casi siempre remiten a otras ramas del ordenamiento jurídico. En efecto, para saber cuándo un médico, un funcionario, un policía, etc. actúa dentro de sus respectivas competencias o atribuciones jurídicas, es necesario conocer cuál es el contenido de la regulación jurídica (administrativa, laboral, etc.) que rigen dicha actuación.

La cuestión tiene trascendencia porque no siempre esta regulación jurídica extra penal es suficientemente clara o, incluso, puede ser contraria a los principios informadores de las causas de justificación.

Una reglamentación administrativa no puede justificar abusos de poder, arbitrariedades, etc. de parte de las autoridades.

Sin embargo, sucede esto muchas veces cuando, por medio de conceptos jurídicos indeterminados y de cláusulas que dejan amplio espacio a la discrecionalidad, se deja al arbitrio de la autoridad la decisión para valorar los presupuestos objetivos o los límites jurídicos de su actuación.

Esta arbitrariedad se potencia, si, como además sucede en otras causas de justificación y es criterio jurisprudencial dominante, que equiparan la existencia real y la putativa de la eximente.

Ante esta situación conviene recordar que, por encima de cualquier regulación concreta, están los principios generales de las causas de justificación que, aunque en la configuración legal de esta eximente no se citan en forma expresa, sino siguen teniendo indudable vigencia, como enseguida veremos con algunos casos concretos:

### **1) El uso de la violencia por parte de la autoridad.**

Esto no es nada nuevo, especialmente en la actualidad es este punto el que tiene relevancia, pues es frecuente el problema del empleo de la violencia por parte de la autoridad o de los agentes policíacos la que puede provocar lesiones e, inclusive, la

muerte de la persona que la padece.

La gravedad de este hecho ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a señalar unos límites, con la idea de evitar todo exceso o desviación de poder por parte de la autoridad encargada de hacer efectivo el ejercicio de la acción penal. Estos límites, son, en principio, la necesidad racional de la violencia y su adecuación proporcional al hecho que se investiga.

Respecto al primer requisito, que a mi criterio debe contemplarse es el de la agresión ilegítima, algún sector doctrinal y jurisprudencial entienden que no es necesario, porque hay algunas ocasiones en las que la autoridad puede hacer uso de la violencia sin que haya sido objeto de agresión directa por parte del sujeto activo de la acción ilícita; por ejemplo, para reducir a un peligroso delincuente que pretende huir, para proceder a la captura de un individuo que se encuentra atrincherado con Rehenes en un banco, etc.

En todo caso, más importante que este requisito es el de la necesidad racional de la violencia, ya que ella, casi siempre, tiene que ser necesaria para restablecer el orden jurídico perturbado, no estando justificada, por innecesaria, si, por ejemplo, es suficiente con cualquier otro tipo de medida no violenta.

Finalmente, la violencia, además de necesaria, ha de ser proporcionada a la entidad del hecho que la motivó, evitando cualquier exceso, por más que aparentemente pueda estar autorizada la autoridad por cualquier tipo de reglamentación administrativa interna.

## **2) El derecho de corrección.**

En algunos preceptos de la legislación se establecen en favor de los padres respecto de los hijos no emancipados y de los tutores respecto de los menores o incapacitados un derecho de corrección para el cumplimiento de finalidades educativas.

Estas facultades también pueden fundarse en un contrato o en la delegación expresa del titular en otra persona. (Un maestro, el encargado y responsable del correccional de menores, por ejemplo)

En la medida en que el ejercicio de este derecho pueda conducir a la realización de algún tipo de delito (lesiones, coacciones, detenciones ilegales, etc.) se plantea el problema de hasta qué punto pueden estar justificadas estas acciones.

Aunque se invoca en algunos casos el derecho consuetudinario para justificar tales actos, la verdad es que hoy la pedagogía moderna considera perjudicial el ejercicio de violencia como medio de corrección y mucho más si llega hasta el punto de constituir un hecho típico delictivo que regularmente es encuadrado en el de lesiones.

Los principios de proporcionalidad y necesidad de la violencia, que algunos invocan, aquí están de más, por cuanto que en ningún caso, salvo en los supuestos de legítima defensa, se debe admitir el empleo de la violencia como medio de corrección.

Tampoco la privación de libertad (encierros, detenciones, encadenamientos, etc.) debe ser utilizada en la educación, y mucho menos los gestos ofensivos usados en la injuria.

Por lo general, se puede decir que la realización de algún tipo de delito puede quedar injustificada por el derecho en la corrección de menores. Por eso es criticable cualquier disposición legal que permita las lesiones que el padre cause al hijo, excediéndose en el derecho de corrección, porque dan a entender que el derecho de corrección, excepto que cause lesiones graves, puede llegar a la realización de un tipo de lesiones menos graves o leves.

Modernamente, cada día está más en crisis el concepto de derecho de corrección como ejercicio de violencia, e inclusive en Suecia se ha llegado a tipificar como delitos los malos tratos y castigos corporales infligidos a los niños por sus padres, tutores, cuidadores o encargados de su educación y formación.

Tampoco pueden admitirse el ejercicio de la violencia en otros ámbitos (castrense, penitenciario, etc.) con pretextos correctivos, disciplinarios, etc., y mucho menos en los interrogatorios policiales, indagaciones para descubrir delitos, etc., que pueden incluso constituir un delito de tortura, el cual se encuentra descrito en el Código Penal en el Art. 201Bis de Guatemala.

### **3) Las vías de hecho.**

Cualquier tipo de realización del propio derecho, ejercitado fuera de los cauces legales, es en principio antijurídico. El propio Código Penal castiga la realización arbitraria del propio derecho con violencia o intimidación y como he dicho, en principio, cualquier acto de tomarse la justicia por su propia mano, es antijurídico y no puede dar lugar a ningún tipo de causa de justificación, salvo que, lógicamente, se den los presupuestos de la legítima defensa o del estado de necesidad. El CP en el Art. 132 Bis describe la Ejecución extrajudicial, el 201 Ter, la Desaparición forzada, el 418 el Abuso de autoridad, etc.

Sin embargo, en algunos casos si se permiten, los actos realizados para ayudar a la administración de justicia, como el deber de denunciar, el deber de impedir determinados delitos, o bien el particular que detiene a una persona por considerarla responsable de la comisión de un delito, o como realización subsidiaria del mismo, (adopción de medidas disciplinarias en el ámbito empresarial o militar, etc.)

### **4) El ejercicio profesional.**

Doctrinariamente se ha considerado que a veces el ejercicio de determinadas profesiones obliga al cumplimiento de deberes o a la realización de actos que no estarían justificados fuera del ámbito profesional.

Así, por ejemplo, el ejercicio de la abogacía obliga al abogado a guardar los secretos de su cliente (cuya revelación puede estar justificada por el estado de necesidad) y en virtud de determinadas manifestaciones injuriosas sobre la vida de los particulares.

Tanto la doctrina, como la jurisprudencia suelen admitir la justificación, en estos casos, siempre que ello sea necesario, en estrictos términos forenses, para la defensa de los intereses de su cliente.

Distinta problemática plantea el tratamiento quirúrgico o médico. Ciertamente, actúa jurídicamente el médico que trata a un paciente dentro de los límites prescritos por la ciencia médica, pero dicho ejercicio tiene, además una serie de presupuestos, sin los cuales no puede estar justificado. En primer lugar, el consentimiento del paciente en los casos en que ello sea posible; En segundo lugar, suministrar la necesaria información sobre la trascendencia del tratamiento al afectado por él. Recuérdese que en la actualidad, el paciente o familiares de éste exoneran tanto a los médicos como al centro de internación por cualquier circunstancia que se pudiera suscitar ajena a la voluntad de las personas responsable de la acción, tal el caso fortuito o fuerza mayor no imputable a las personas.

Si no se dan tales presupuestos, el tratamiento médico - quirúrgico solo puede quedar justificado en supuestos de "Estado de necesidad" o en los llamados tratamientos coactivos preventivos (vacunación obligatoria en tiempos de epidemia, etc.)

También el ejercicio y práctica de deportes pueden en algunos casos justificar lesiones corporales, siempre que estas se produzcan con observancia de las reglas que disciplinan el deporte concreto, eje. El boxeo profesional, los encuentros de Jockey etc.-

## **OTRAS CAUSAS DE JUSTIFICACION**

### **LA OBEDIENCIA DEBIDA.**

La Obediencia debida es una causa que debería encontrarse dentro de las que eximen de la responsabilidad penal pero no es así dentro de nuestra legislación, sino la tenemos desarrollada como una causa de inculpabilidad. Al respecto ya me he referido con anterioridad de dicho error.

Pues bien, el artículo 25 del Código Penal considera la inculpabilidad del sujeto activo por la simple existencia de la Obediencia debida:

Dice así dicha norma: "4o. Ejecutar el hecho en virtud de obediencia debida, sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente a quien lo haya ordenado. La obediencia se considera debida, cuando reúna las siguientes condiciones:

- a) Que haya subordinación jerárquica entre quien ordena y quien ejecuta el acto;
- b) Que la orden se dicte dentro del ámbito de las atribuciones de quien la emite, y esté revestida de las formalidades legales;
- c) Que la ilegalidad del mandato no sea manifiesta".

Pues bien, la obediencia debida la doctrina la califica de eximente de responsabilidad penal, es decir, se declara exento de responsabilidad criminal al que obra en virtud de obediencia debida. La naturaleza de esta eximente es discutida. Para unos, es auténtica causa de justificación; para otros solo una causa de inculpabilidad. En favor de la primera opinión está que no se puede exponer al que actúa "en obediencia debida" a una reacción de legítima defensa del particular. En favor de la segunda, que la orden que se debe obedecer, puede ser antijurídica y que no pierde este carácter por el hecho de que se realiza en virtud de obediencia debida. Ambas afirmaciones son ciertas, pero parciales, por cuanto no contemplan globalmente el fenómeno de la "obediencia debida".-

Ya procediendo a aclarar ésta situación haré notar que en primer lugar, debe matizarse, ya desde el principio, que la eximente solo puede hacer referencia al cumplimiento "en virtud de obediencia debida" de una orden antijurídica, porque, evidentemente, para eximir de pena por el cumplimiento de órdenes lícitas, no antijurídicas, no es necesario ningún precepto legal expreso, bastaría con la eximente de cumplimiento del deber que precisamente antecede en el catálogo de eximentes y es clara una causa de justificación y no una causa de inculpabilidad. Pero de aquí no se puede deducir automáticamente que el cumplimiento de órdenes antijurídicas convierta en antijurídico el hecho de quien las cumple en virtud de obediencia debida; porque ello supondría tanto como desconocer el principio de subordinación y jerarquía, que inspira la actuación administrativa, y la realidad de la obligatoriedad de cumplimiento de determinadas órdenes, a pesar de su contenido antijurídico, cuyos casos históricos son del conocimiento público. Ya hay ejemplos al respecto en la historia de la humanidad, recuérdese la actuación del Gobierno Nazi previo y ya en el desarrollo de la segunda guerra mundial. Los funcionarios administrativos ejecutaron sus actos de genocidio con fundamento en la obediencia debida y cumplimiento de la ley vigente al momento de su cumplimiento. Ciertamente el deber de obedecer órdenes antijurídicas tiene unos límites, pero el que actúa dentro de estos límites lo hace justificadamente. Fuera de estos límites no hay justificación alguna y a lo sumo podrá invocarse el estado de necesidad, en su doble vertiente justificativa y exculpante, o el miedo insuperable, en base a la idea de la ponderación de bienes o a la de la inexigibilidad de una conducta distinta.-

Para que se de la obediencia debida tiene que darse los siguientes presupuestos:

- 1) Relación jerárquica. Esta relación solo puede darse en el ámbito del derecho público y del derecho militar que se basan precisamente en la idea de subordinación y del sometimiento del inferior al superior. De aquí se deduce que no cabe apreciar esta eximente, aunque sí otras, en los ámbitos familiar y laboral.

- 2) Competencia abstracta del que da la orden para dictarla dentro de sus facultades. Un notario no puede, por ejemplo, dar una orden de detención.-
- 3) Competencia del subordinado para ejecutar el acto ordenado por el superior.
- 4) Que la orden sea expresa y aparezca revestida de las formalidades legales.
- 5) Que, por las razones ya dichas anteriormente, sea, a pesar de todo, antijurídica.

## **EL CASO FORTUITO Y EL RIESGO PERMITIDO**

Nuestra legislación penal en su parte general tiene indicado en el Art. 22 el Caso fortuito, y dice al respecto que no incurre en responsabilidad penal, quien con ocasión de acción u omisiones lícitas, poniendo en ellas la debida diligencia, produzca un resultado dañoso por mero accidente.-

Se podría decir que el hecho que se ha causado por mero accidente, sin dolo ni culpa del sujeto que lo ha producido, no tiene la calidad de punibilidad, pues es a consecuencia de actos lícitos.-

Tradicionalmente se ha considerado esta eximente como causa de exclusión de la responsabilidad penal, por lo que no puede considerársele al sujeto activo, como merecedor de un calificativo de una culpabilidad, ya que tanto el dolo como la culpa, cuya ausencia es característica del caso fortuito, se consideraban por un amplio sector doctrinal como formas para calificar la responsabilidad y culpabilidad del sujeto en el acto.

Sin embargo, si se admite que el dolo y la culpa son ya las dos únicas formas subjetivas de imputación en el tipo de injusto, habrá que considerar por igual, que en el caso fortuito, donde existe ausencia de dolo y culpa respecto al mal producido, es una causa de exclusión del tipo de injusto que por igual excluye el mal producido, fortuitamente, del ámbito de lo relevante típicamente.

La exigencia de que el acto inicial que causa el mal no deseado sea lícito, es una reminiscencia del "versari in re illicita" que ha dado origen a la figura denominada "la responsabilidad por el resultado", hoy criticada y rechazada, por algunos sectores y aceptada por otros, y lo encontramos en nuestro código procesal penal, no así en el Código penal, pero que las nuevas corrientes penales ya lo están aceptando. Lo vemos, como he dicho, en el Código Procesal Penal, el que recoge la expresión responsabilidad por el daño causado, no importando que el mismo sea a consecuencia de un acto lícito ó ilícito, imputable o no al sujeto activo del acto.-

Ciertamente la realización de un acto ilícito puede dar lugar a responsabilidad por las consecuencias que de él se deriven, pero siempre que exista respecto a ellas dolo o

culpa. Es, pues, un problema de demostración del tipo subjetivo de un delito doloso o culposo.

Si resulta que el autor del mal actuó sin dolo, y sin culpa, incluso con la diligencia debida, y que su actuación es plenamente lícita, debe descartarse ya el tipo de injusto que representa el mal realizado, no deseado.

De ahí que las legislaciones hoy están prescindiendo del requisito del acto lícito inicial y se configure el caso fortuito como una cláusula general y no como una eximente.-

Cuestión distinta es el riesgo permitido, que nuestra legislación penal no contempla. En el mundo moderno, el manejo de determinados instrumentos técnicos (vehículos de transporte personal, tales como automóviles, aviones, así como las máquinas en la industria moderna, etc.) lleva siempre aparejado el riesgo de que se produzca alguna lesión de bienes jurídicos (muerte, lesiones, daños patrimoniales, etc.) y con ello la realización del tipo de injusto de un delito, por lo menos en su forma culposa. Sin embargo, en la medida en que dichas acciones peligrosas sean necesarias para la consecución de determinados fines lícitos y beneficiosos para la comunidad social, están permitidas e incluso pueden ser exigidas en algunos casos, lo podemos apreciar el día de hoy en el mundo moderno.

Ahora bien, ello no quiere decir que la actividad peligrosa pueda ser realizada sin ningún tipo de precauciones.

Precisamente porque son peligrosas deben ser realizadas con el máximo cuidado posible, extremando la diligencia debida y nunca pensando que cuando se ha extremado, deja de ser responsabilidad en el sujeto algún resultado dañoso a terceros.

De ahí se desprende que, realmente, los casos de riesgo permitido, más que causa de justificación son causas de exclusión del tipo de injusto del delito imprudente, ya que lo que excluye la responsabilidad en estos casos no es que la actividad peligrosa esté permitida, sino que está permitida en la medida en que se realiza con la diligencia debida, es decir, sin culpa.

Por lo tanto, igual que sucede con el caso fortuito, el riesgo permitido es una causa de exclusión del tipo de injusto, que lamentablemente nuestra legislación penal aún no la tiene.-

Igual sucede con la llamada adecuación social del comportamiento típico.

Más que una causa de justificación o de exclusión del tipo de injusto, es una fórmula para interpretar restrictivamente los tipos penales, cuando el comportamiento en él se encuentra subsumible dentro de lo socialmente habitual y adecuado.-

Algunos casos de riesgo permitido pueden ser tratados desde el punto de vista del estado de necesidad y del principio de interés preponderante (por ejemplo, el bombero que para salvar a una persona que se encuentra en el décimo piso de un edificio incendiado, le dice que salte a la lona, a sabiendas de que hay pocas probabilidades de que así se salve, pues puede suceder que no logre caer precisamente en el campo que cubre la lona).-

## **EL CONSENTIMIENTO**

El consentimiento es la única causa de justificación no citada expresamente entre las eximentes de la ley penal, pero existe su presencia diseminada en toda la ley. En algunas oportunidades en forma expresa y en otras en forma tácita, por lo que se concede eficacia al consentimiento del titular del bien jurídico protegido, como elemento del tipo de injusto del delito en cuestión.

Esta eximente es aquella en la que como en la libertad domiciliaria, se observa la existencia de la propiedad, en la que el ordenamiento jurídico reconoce al titular de la misma una facultad dispositiva sobre el bien jurídico.

Así, por ejemplo, en el delito de allanamiento de morada se construye sobre la base de la oposición del morador a que alguien entre o se mantenga en la misma, y en el delito de hurto, sobre la base de que el dueño de la cosa mueble no consienta en que otra persona se apodere de ella.

Lógicamente en estos casos la oposición o el consentimiento del titular del bien jurídico deben quedar claramente manifestados, aunque no siempre el consentimiento ha de ser expreso. Cabe también el consentimiento tácito en aquellos casos en los que una previa relación de confianza, basada en la gestión de negocios, relación de vecindad, etc., permita pensar que el titular del bien jurídico está de acuerdo en que alguien lo utilice (la persona que utiliza el vehículo de su socio para realizar una gestión en favor del negocio común; el vecino que entra en la casa de su amigo que se halla de vacaciones para regar las flores y evitar que se sequen, etc.) Muchos de estos casos de consentimiento presunto pueden solucionarse por la vía del estado de necesidad, con lo cual no hay por qué recurrir al consentimiento para justificar, por ejemplo, la acción del que entra en una morada ajena para apagar un incendio, cortar el agua ante el peligro de inundación, etc.

Para que el consentimiento pueda actuar como causa de justificación es necesaria que se den determinados requisitos:

- 1) Facultad reconocida por el ordenamiento jurídico a una persona para disponer válidamente de determinados bienes jurídicos propios. Esta facultad es cuestionable respecto de determinados bienes jurídicos como la vida o la integridad física.-
- 2) Capacidad para disponer, que no tiene que coincidir necesariamente con la capacidad civil, pero que igual que esta exige unas facultades intelectuales para comprender el alcance y significación de sus actos por parte de quien consiente.
- 3) Cualquier vicio esencial de la voluntad del que consiente (error, coacción, engaño, etc.) invalida el consentimiento.
- 4) El consentimiento ha de ser dado antes de la comisión del hecho y ha de ser



conocido por quien actúa a su amparo. Cualquier tipo de error sobre la existencia del consentimiento debe ser tratado conforme a las reglas generales del error en las causas de justificación.-

## **EL CONSENTIMIENTO EN LAS LESIONES.**

Como ya se ha dicho, no siempre una persona está facultada para disponer de sus bienes jurídicos. Así por ejemplo, esta claro que el ordenamiento jurídico no reconoce facultad a la persona para disponer de su vida, desde el momento, en que si bien no castiga, por razones político-criminales evidentes, el suicidio, sí castiga determinadas formas de participación en el suicidio ajeno.-

Respecto a la salud y a la integridad física la cuestión es ya más controvertida. La doctrina ha querido zanjar la polémica en el sentido de declarar la irrelevancia del consentimiento para eximir de pena el delito de lesiones. Pero esta declaración es fuente de graves problemas interpretativos a la hora de solucionar temas como el tratamiento médico, las lesiones deportivas, etc., que, ante la inoportuna declaración antes dicha, tienen que ser resueltos con ayuda de otras causa de justificación.

Hay legislaciones que han pretendido resolver este problema incorporando a las mismas requisitos como el que “el consentimiento libre” y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante fuera menor o incapaz en cuyo caso no será válido el prestado por estos ni por sus representantes legales.-

El consentimiento en las lesiones planteaba especiales problemas en algunos casos como la esterilización voluntaria y la intervención quirúrgica de cambio de sexo y en general, en cualquier tipo de actividad médica que no fuera exactamente terapéutica. Sin embargo, se puede recurrir en estos casos a otras causas de justificación, como el ejercicio legítimo de un derecho, en las que el consentimiento es solo presupuesto, pero no la causa de justificación misma. Así, por ejemplo, se puede decir, que quien no se siente identificado con su sexo anatómico externo y decide adaptar su naturaleza a un sentir psicológico, ejercita legítimamente un derecho fundamental: el derecho de buscar su propia identidad sexual, que justifica la operación castradora a la que necesariamente debe someterse para ello. Y lo mismo debe decirse de otras operaciones, como la esterilización voluntaria, (derecho a disponer sobre su capacidad reproductora) o las de carácter estético (derecho a buscar una mejor imagen externa), etc. En realidad, en estos casos el consentimiento es simplemente la manifestación de la voluntad de ejercer el derecho correspondiente.

Nuestro código no hace mención del consentimiento como causa de justificación, y la mayoría de los autores doctrinarios, no consideran de vital importancia el que sea tomada en cuenta, por igual lo podemos observar en el Código Penal tipo, donde no fue

tomada en cuenta. Si bien se reconoce por la misma que hay una serie de casos en los cuales por ser característica del tipo de carácter negativo, su presencia implica la atipicidad de la conducta.

Hay quienes consideran que el consentimiento siempre sería causa de atipicidad y un consentimiento permitido implicaría en realidad incluir el consentimiento dentro de una causa de justificación completa, en que además del consentimiento deberían darse otros requisitos.-

### **EL CONCEPTO DIALECTICO DE CULPABILIDAD: CULPABILIDAD Y PREVENCIÓN GENERAL.**

Rechazar el concepto tradicional de culpabilidad no significa necesariamente tener que renunciar al mismo como categoría jurídico penal, sino la necesidad de buscarle un fundamento distinto. Para ello hay que empezar por abandonar de una vez para siempre la vieja concepción, producto de la ideología individualista dominante en el momento en el que surgió como categoría autónoma dentro del derecho penal. Esta concepción ve en la culpabilidad un fenómeno individual aislado que solo afecta al autor de un hecho típico y antijurídico. Realmente no hay una culpabilidad en sí, sino una culpabilidad con referencia a los demás. La culpabilidad no es un fenómeno individual, sino social. No es una cualidad de la acción, sino una característica que se le atribuye para poder imputársela a alguien como su autor y hacerle responder por ella. Es, pues, la sociedad, o mejor, su Estado representante, producto de la correlación de fuerzas sociales existentes en un momento histórico determinado, quien define los límites de lo culpable y de lo inculpable, de la libertad y de la no-libertad. De ahí se deriva que el concepto de culpabilidad tiene un fundamento social, antes que psicológico, y que no es una categoría abstracta o histórica al margen, o incluso, como algunos creen, contraria a las finalidades preventivas del derecho penal, sino la culminación de todo un proceso de elaboración conceptual destinado a explicar por qué y para qué, en un momento histórico determinado, se recurre a un medio defensivo de la sociedad tan grave como la pena y en qué medida debe hacerse uso de ese medio.

La correlación entre culpabilidad y prevención general, es decir, defensa de determinados intereses, legítimos o ilegítimos (que esa es otra historia) por medio de la pena, es, pues, evidente. Si en un momento histórico determinado se consideró, por ejemplo, que el "enajenado", o el menor de dieciocho años o el sordomudo, en algunos casos, quedaban exentos de responsabilidad criminal, ello no se hizo para debilitar la prevención general o la defensa de los intereses de la sociedad frente a esas personas, sino precisamente por lo contrario, porque el efecto intimidatorio general y la defensa social se fortalecieron al declarar exentos de responsabilidad criminal (es decir, de culpabilidad) a unas pocas personas de las que, como la experiencia enseña, no puede esperarse que cumplan las expectativas de conducta contenidas en las normas penales, confirmando así la necesidad de su cumplimiento por las demás personas que no se encuentran en esa situación.-

Evidentemente estas razones de prevención general pueden exacerbarse y, mal entendidas, llevar a exigencias punitivas desmesuradas, como el castigo de personas realmente "enfermas mentales", a la rebaja de la edad penal por la exigencia de responsabilidad penal, etc., y es verdad que la historia enseña que estos casos se han dado y se dan. Pero, entonces, lo que hay que hacer es criticar la teoría y la praxis jurisprudencial y legislativa que permiten esos desbordamientos preventivos generales. En un Estado social y democrático de derecho, el Estado debe estar en condiciones de demostrar por qué hace uso de la pena y a qué personas la aplica, y ello siempre para proteger de modo eficaz y racional una sociedad que, si no es plenamente justa, tiene en su seno y en su configuración jurídica, la posibilidad de llegar a serlo. Si estos presupuestos no se dan, mal se puede hablar de culpabilidad y exigir el cumplimiento de los mandatos normativos.

### **CONCEPTO MATERIAL DE CULPABILIDAD.**

Cuestión distinta de las tratadas hasta ahora es la del fundamento material específico que sirve de base a la culpabilidad. Fuera del tipo de injusto, es decir, de la tipicidad y de la antijuricidad, existe una serie de elementos (capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuricidad, no-exigibilidad de otra conducta) que forman parte de la teoría general del delito y también condicionan la aplicación de una pena (elementos de la culpabilidad)

Si no se quiere asignar a cada uno de estos elementos un puesto autónomo e independiente, cada uno constitutivo de una nueva categoría del delito, deberá procurarse reconducirlos a una misma categoría, en la medida en que respondan a un denominador común a todos ellos, es decir, a un mismo fundamento material.-

Como ya se ha dicho, este fundamento material no puede encontrarse en la indemostrable posibilidad de actuar de un modo distinto.

A mi juicio, este fundamento material de la culpabilidad hay que buscarlo en la función motivadora de la norma penal. La norma penal se dirige a individuos capaces de motivarse en su comportamiento por los mandatos normativos.

Lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios comportamientos posibles; sino aquellos que la norma penal le motiva evitar con sus mandatos y prohibiciones buscando que se abstenga de realizar uno de estos en especial, ya que tendrá como consecuencia la ejecución de la pena a sufrir.

A partir de un determinado desarrollo mental, biológico y cultural del individuo, se espera que este pueda motivarse por los mandatos normativos. La evolución cultural y de los conocimientos sociológicos, psicológicos y biológicos, ha permitido fijar en la legislación unos criterios para determinar los casos en los que, a partir de un determinado grado de desarrollo biológico, psíquico y cultural, es posible atribuir a un individuo el hecho típico y antijurídico y hacerle responsable del mismo.

El fundamento material común a estos criterios que englobamos en el concepto de culpabilidad, se encuentra, por tanto, en aquellas facultades que permiten al ser humano participar con sus semejantes, en condiciones de igualdad, en una vida en común pacífica y justamente organizada.

La "motivabilidad", la capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas, es, según creo, la facultad humana fundamental que, unida a otras, (inteligencia, afectividad, etc.), permiten la atribución de una acción a un sujeto y, en consecuencia, la exigencia de responsabilidad penal por la acción que él ha cometida.

Cualquier alteración importante de esa facultad o cualquiera que sea el origen de la misma, deberá determinar la exclusión o, si no es tan importante, la atenuación de la culpabilidad.-

Lógicamente, la fijación de este fundamento material no puede realizarse históricamente, al margen de las necesidades preventivas reflejadas en la legislación penal vigente.-

En la medida en que la culpabilidad sea una categoría dogmática, es decir, basada en el derecho penal positivo, no podrá servir para otra cosa que para interpretarlo. Pero en la medida en que ese derecho penal positivo respete unos principios político-criminales mínimos, y se sitúe en el contexto de un Estado democrático, se podrán interpretar los preceptos penales legales, relacionados con la culpabilidad, con la suficiente amplitud como para hacer compatible la mayor y mejor protección posible a los valores fundamentales de la sociedad, con mínimo costo de represión y sacrificio de la libertad individual. Recuérdese que la interpretación penal deberá ser restrictiva en perjuicio, ampliamente en beneficio de la persona del imputado.-

## **ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD.**

Para poder afirmar la culpabilidad de una persona que, en el caso concreto, ha cometido un hecho típico y antijurídico, es necesario que se den en esa persona una serie de requisitos sin los cuales no se puede hablar de culpabilidad.

La comunicación entre el individuo y los mandatos de la norma solo puede darse si el individuo tiene la capacidad para sentirse motivado por la norma, conoce su contenido o se encuentra en una situación en la que puede regirse, sin grandes esfuerzos, por ella.

Si, por el contrario, el individuo, por falta de madurez, por defecto psíquico, por desconocer el contenido de la prohibición normativa o por encontrarse en una situación en la que no le era exigible un comportamiento distinto, no puede ser motivado por la norma o la motivación se altera gravemente, faltará la culpabilidad y al autor del hecho típico y antijurídico no podrá atribuírsele y, por tanto, tampoco podrá ser sancionado con una pena.-

De aquí se deduce que la culpabilidad, junto a ese fundamento material antes aludido de participación en los bienes jurídicos protegidos y motivación racional de los mandatos normativos, tiene unos elementos específicos, sin cuya presencia no podrá formularse el juicio de atribución inherente a la culpabilidad.

Estos elementos son:

- a) La imputabilidad o capacidad de culpabilidad. Bajo este término se incluyen aquellos supuestos que se refieren a la madurez psíquica y a la capacidad del sujeto para motivarse (edad, enfermedad mental, etc.) Es evidente que si no se tienen las facultades psíquicas suficientes para poder ser motivado racionalmente, no puede haber culpabilidad.-
- b) El conocimiento de la antijuricidad del hecho cometido. La norma penal solo puede motivar al individuo en la medida en que este pueda conocer, a grandes rasgos, el contenido de sus prohibiciones. Si el sujeto no sabe que su hacer está prohibido, no tiene ninguna razón para abstenerse de su realización; la norma no le motiva y su infracción, si bien es típica y antijurídica, no puede atribuírsele a título de culpabilidad.-
- c) La exigibilidad de un comportamiento distinto. Normalmente el derecho exige la realización de comportamientos más o menos incómodos o difíciles, pero no imposibles. El derecho no puede, sin embargo, exigir comportamientos heroicos; toda norma jurídica tiene un ámbito de exigencia, fuera del cual no puede exigirse responsabilidad alguna. Esta exigibilidad, aunque se rija por patrones objetivos, es, en última instancia, un problema individual: es el autor concreto, en el caso concreto, quien tiene que comportarse de un modo o de otro. Cuando la obediencia de la norma pone al sujeto fuera de los límites de la exigibilidad, faltará ese elemento y con él, la culpabilidad. Por tanto el sistema de justicia penal democrático no pretende que exista el comportamiento heroico en todas las personas, porque de lo contrario estaría convirtiendo en mártires a la gran mayoría de seres humanos.

Estos tres elementos son calificados de “Elementos graduales”, y por eso, cuando hay alguna causa que los modifica o desdibuja, estas causas pueden tener solo un efecto atenuante de la culpabilidad, cuando no tienen la entidad suficiente para excluirla totalmente.

Por eso, junto con su vertiente positiva estudiaremos también su negación y las causas que los excluyen o, por lo menos, influyen en su graduación.

Las diferencias entre estas causas de exclusión o anulación de la culpabilidad y las causas de justificación son evidentes:

las primeras (causas de exclusión o anulación) dejan intacto el tipo de injusto, con todo lo que ello comporta en orden a la aplicación de sanciones no penales, medidas de seguridad, admisión de la legítima defensa frente al que actúa, posibilidad de participación de terceras personas, etc.;

las segundas (causas de justificación) convierten el hecho en algo lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico, no cabe legítima defensa frente a ellas, tampoco cabe responsabilidad penal por participación de terceros, etc.

Finalmente, también deben tenerse en cuenta algunos elementos específicos que aparecen en ciertos tipos de delitos (ensañamiento y premeditación en el asesinato, el ánimo de ocultar la deshonra de la mujer en el infanticidio, en el aborto y en el abandono de menores "honoris causa", temeridad manifiesta en la conducción de vehículos de motor), que no fundamentan el tipo de injusto, sino que reflejan una mayor o menor culpabilidad en el autor del delito.

Estos elementos, objetiva y subjetivamente configurados, constituyen el llamado tipo de culpabilidad.

Sus diferencias con los elementos subjetivos del tipo de injusto no son todo lo deseables, aunque se puede afirmar, de un modo general, que los elementos del tipo de culpabilidad solo inciden en la mayor o menor gravedad del marco penal aplicable a una concreta figura de delito y que su ausencia no excluye la punibilidad del delito en cuestión; a lo sumo, lo convierten en otro delito (la falta de premeditación convierte, por ejemplo, el asesinato en homicidio, pero el hecho sigue constituyendo un tipo de injusto de un delito contra la vida)

En dicho sentido, muchas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, atenuantes y agravantes podrían formar parte del tipo de culpabilidad de un delito concreto.

Sin embargo, el carácter ético y moralizante de muchos de estos elementos, sus dificultades probatorias y su indeterminación los convierten en grave fuente de arbitrariedad en el momento de la determinación de la pena.

Por eso, debe rechazarse su admisión genérica o interpretarse muy restrictivamente cuando se den claramente en algún delito concreto.

La problemática pertenece más a la parte especial y al estudio de la figura delictiva concreta en el que se exijan.

En Latinoamérica ha existido una clara distinción entre la antijuricidad y la culpabilidad, problema que antes aparecía más confuso en razón de la gran repercusión que tuvieron las tesis positivas.

Se puede observar en los Códigos Penales modernos, una clara sistematización y conceptualización de los problemas de antijuricidad y culpabilidad. En general, los autores se adscriben a las posiciones normativas de la culpabilidad, destacando entonces como lo fundamental de la culpabilidad que el sujeto "pudiendo actuar de otra manera no lo haya hecho así"; las dificultades están solo en la teoría causal valorativa del delito en la dirección de Mezger o de acuerdo a la teoría finalista de Welzel.

En cuanto a los elementos de la culpabilidad, como es lógico, solo los últimos autores de este tiempo señalan expresamente como elementos de la culpabilidad, la imputabilidad, el conocimiento de la antijuricidad del hecho cometido y la exigibilidad de un comportamiento distinto.-

Así, por ejemplo, aun dentro de los autores modernos, hay algunas diferencias al respecto, ya que, para Fragoso, la imputabilidad en realidad es solo presupuesto de la culpabilidad. Para la mayoría, en cambio, elementos fundamentales de la culpabilidad son el dolo y la culpa, la imputabilidad es un presupuesto, y con muchas prevenciones se acepta el conocimiento de la antijuricidad y la exigibilidad de otra conducta.-

## **LA IMPUTABILIDAD O CAPACIDAD DE CULPABILIDAD.**

La culpabilidad se basa en que el autor de una infracción penal, considerada esta como un tipo de injusto, que se encuentra en la legislación, y señalada dentro de la misma como un hecho típico y antijurídico, deberá su autor contar además con las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos.

Al conjunto de estas facultades mínimas, requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico, se le llama imputabilidad o, más modernamente, capacidad de culpabilidad.-

Quien carece de dicha capacidad, bien por no tener la madurez suficiente, bien por sufrir graves alteraciones psíquicas, no puede ser declarado culpable y, por consiguiente, no puede ser tildado como responsable penalmente de sus actos, por más que estos sean típicos y antijurídicos.

El concepto de imputabilidad o de capacidad de culpabilidad es, pues, un tamiz que sirve para filtrar aquellos hechos antijurídicos que pueden ser atribuidos a su autor y permite que, en consecuencia, este pueda responder de ellos.-

Históricamente la imputabilidad aparece en la humanidad como una limitación de la responsabilidad penal a aquellas personas que tenían las facultades psíquicas mínimas para participar en la vida de relación social como miembros de pleno derecho.

Pero con el paso del tiempo, pronto se observó que los niños y los enfermos mentales no podrían ser tratados como a los adultos, o como los aparentemente sanos mentalmente.

La pena era considerada para ellos, como una institución inútil por lo que debía ser sustituida ésta por otras medidas alejadas de la punición, y para ello fue requerida la existencia de los reformatorios, los manicomios, etc. que, en la práctica, y actualmente ha llegado a tener el mismo carácter de control social que tiene la pena, pero que teóricamente se le dio otro sentido totalmente diferente al sentido punitivo.-

Aunque esto parece evidente, no son, sin embargo, tan claras las razones o el fundamento de por qué en estos casos no se podía considerar culpable al autor de un hecho delictivo.

La doctrina clásica buscó una base común en la libertad de voluntad. Esta libertad se basa en la capacidad de entender y querer lo que se está haciendo; el que carece de esta capacidad no actúa libremente y, por tanto, no puede ser considerado como sujeto culpable de lo que ha hecho ó de lo que hace.

Pues bien, esta tesis es insostenible no solo porque se basa en algo indemostrable, como es la libertad de voluntad o libre albedrío, sino, además, y por lo que se refiere al problema que ahora estamos tratando, porque reduce todas las facultades humanas al plano intelectual y volitivo, que no son los únicos, ni tan siquiera los más importantes.

En todo caso, las facultades intelectuales, como las volitivas humanas, están condicionadas por otra serie de factores, que también deben ser relevantes en la determinación de la capacidad de culpabilidad (factores psíquicos y socioculturales) Por eso, no puede considerarse, actualmente, que la capacidad de culpabilidad sea únicamente un problema de facultades intelectivas y volitivas del sujeto, sino algo mucho más complejo, como ejemplo podríamos decir el caso de un individuo que es señalado de ser el responsable de una conducta objeto de reproche social que haya vivido toda su vida en una área marginal de la ciudad. Dicha persona tiene una concepción totalmente diferente a aquella que se ha desarrollado por su vida en una área residencial de la ciudad. Al primero se le ha negado socialmente todas las oportunidades para salir avante y el segundo las ha tenido en infinidad de oportunidad que se ha dado el lujo de poder escoger la de mayor atracción. El desarrollo psíco-social del primero ha sido muy limitado y quizás hasta injusto socialmente y las circunstancias lo han conducido a una conducta ilícita objeto de mucho reproche social.

En el proceso de interacción social que supone la convivencia, el individuo, obligado por sus propios condicionamientos al intercambio y a la comunicación con los demás seres humanos, desarrolla una serie de facultades que le permiten conocer las normas que rigen la convivencia en el grupo al que pertenece y regir sus actos de acuerdo con dichas normas.

Se establece así un complejo proceso de interacción y comunicación que se corresponde con lo que en la psicología moderna se llama motivación. Es, pues, la capacidad de motivación en el ámbito individual, y la capacidad para motivarse por los mandatos normativos, lo que constituye la esencia de ese elemento de la culpabilidad que



llamamos imputabilidad.

En la medida en que esa capacidad no haya llegado a desarrollarse por falta de madurez o por defectos psíquicos de cualquier origen, no podrá hablarse de culpabilidad en el sujeto activo.

### **CAUSAS DE EXCLUSION DE LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD. CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.**

En el derecho penal guatemalteco actualmente tiene vigente como causas de inimputabilidad, a) El menor de edad; b) Quien en el momento de la acción u omisión, no posea, a causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio, haya sido buscado de propósito por el agente.

Conforme a dicha norma legal, todas ellas responden a la idea de las eximentes de responsabilidad penal. La minoría de edad como causa de inimputabilidad, está establecida buscando la seguridad jurídica, de un modo tajante que no admite gradación. De tal modo que solo a partir de los dieciocho años se puede responder y no antes a la responsabilidad penal, aunque en el caso concreto se pudiera demostrar que el menor de esa edad tiene la capacidad de culpabilidad suficiente.

Algo similar sucede con la alteración en la percepción; aquí el legislador exige, sin embargo, que la afección lo sea de nacimiento o desde la infancia y que tenga alterado gravemente la conciencia de la realidad, con lo que se alude ya a un dato que afecta a la capacidad de culpabilidad.

Finalmente la enajenación y el trastorno mental transitorio inciden de lleno en la capacidad de motivación y, con ello, se convierte en la causa de inimputabilidad por excelencia.-

### **LA MINORIA DE EDAD:**

La ley declara exento de responsabilidad penal al menor de 18 años. Por razones de seguridad jurídica, el legislador guatemalteco ha optado por marcar un límite exacto, dejando fuera del derecho penal al menor de 18 años que comete un delito, y el Organismo Jurisdiccional está obligado a remitirlo a un tribunal de menores para que se atienda su caso.

Esta actitud parece correcta por cuanto, cualquiera que sea la opinión que se tenga sobre la bondad de dichos tribunales, está claro que los menores de 18 años no deber ser objeto, en ningún caso, de pena.

Sin embargo el criterio utilizado por el legislador en la actualidad es criticable en cuanto que, apenas se sobrepasan los 18 años, aunque solo sea un día, en el momento de la

comisión del hecho, el menor entra de lleno a enfrentar un proceso penal en el derecho penal diseñado para adultos.

Hay otras legislaciones más modernas que ya consideran al menor de 16 años como sujeto de derecho penal, y han establecido que si el menor de 16 años, pero que por su estado se encuentra próximo a los 18 años, se le atenúa la pena o se le permite al Tribunal que le imponga una medida de seguridad en el lugar de la pena estipulada al delito, cosa que no sucede en nuestro país.

El problema de la criminalidad juvenil no es, sin embargo, un problema de atenuación de la pena, sino un problema de adecuación del trámite procesal y del tratamiento al menor transgresor.

Está claro que, a partir de una determinada edad, se debe responder de los hechos cometidos, pero no lo es con tanta claridad, el que un delincuente primario de 19 años no puede ser tratado igual e internado en el mismo establecimiento que un reincidente de 50 años. La falta de un derecho penal específico para jóvenes delincuentes ( de 16 a 21 años) es una de las más lamentables lagunas de nuestra legislación legal en general.

La propuesta que ha de hacerse al Congreso de la República, de que ponga en vigencia el Código de Menores es de carácter urgente, pues la ley se encuentra en suspenso por tiempo definido. En la misma se fija la mayoría de edad penal, acorde al derecho constitucional y a tratados internacionales en materia de los derechos humanos del menor. En otras palabras, la ley que el Congreso de la República ha dejado en suspenso por tiempo indefinido, toma de base los 18 años de la persona transgresora de la norma penal y contempla la adopción de medidas reeducativas sustitutivas de la pena para menores entre 18 y 21 años, y la forma como ha de ser tratado aquél menor transgresor cuyas edades oscilen entre los 15 y los 18 años, la cual a mi criterio es acorde a la realidad social, pues está creado en dicha ley, el derecho penal juvenil acorde a nuestra realidad.-

### **ALTERACION EN LA PERCEPCION.-**

Esta causa de inimputabilidad la encontramos en el artículo 22, del Código Penal, el que dice que, no es imputable, quien en el momento de la acción u omisión, no posea, a causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio, haya sido buscado de propósito por el agente.-

Nuestra legislación no tiene contemplada la referencia a la sordomudez y considero que es correcto, puesto que, conforme al código Civil, las perturbaciones mentales transitorias no determinan la incapacidad de obrar, y quienes padezcan de ceguera congénita o adquirida en la infancia, y los sordomudos tienen incapacidad civil para ejercitar sus derechos, pero son capaces los que puedan expresar su voluntad de manera

indubitable.

## **LA ENAJENACION Y EL TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO.**

Pues bien, están exentos de responsabilidad penal, como se dijo con anterioridad, los enajenados y a los que se halla en situación de trastorno mental transitorio, a no ser que este haya sido buscado de propósito para delinquir.-

Ante todo, es necesario que se tome en cuenta, que lo que le interesa al derecho no son tanto las calificaciones clínicas sino como se reflejó en el actuar.-

Es evidente que en ningún momento pueden trasladarse al campo del derecho las polémicas y disquisiciones nosológicas que han tenido y tienen lugar en el ámbito psiquiátrico, ya que ello, además de inútil y perjudicial para la administración de justicia, es contraproducente para la psiquiatría, que tendría que adecuar su terminología a una finalidad absolutamente distinta de la que le es propia. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, a pesar del tiempo transcurrido desde que se iniciaron las primeras clasificaciones de las enfermedades mentales, la actual nosología psiquiátrica no es todavía un "corpus" teórico absolutamente consistente y cerrado, en el que cada concepto y entidad nosológica estén perfectamente delimitados y tengan una acepción universalmente válida. Vincular al jurista a los términos psiquiátricos supondría tanto como introducirle en un mundo confuso y extraño en el que, sin ir más lejos, conceptos básicos como "psicosis" y "neurosis" tienen un significado distinto al que se le suele dar en el lenguaje coloquial e incluso al que permite su origen etimológico. En una palabra, resulta evidente que al juez, al legislador, o al jurista no le interesa ni la nosología psiquiátrica ni tan siquiera el diagnóstico en sí mismo, sino los efectos que sobre la conducta humana tiene una determinada calificación clínica.-

Dicho esto, está claro que los conceptos: enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado o de trastorno mental transitorio, empleado en el artículo 23 del Código Penal, no pueden entenderse como si se tratara de entidades nosológicas; y los mismos han venido a sustituir los términos de loco o demente, y de imbécil o loco, que empleaban los códigos penales antiguos. De todos modos, su redacción, que todavía perdura, no supuso un cambio sustancial respecto a la situación anterior, puesto que se sigue manteniendo una fórmula exclusivamente biológica, en tanto que solo tiene en cuenta la anormalidad mental del sujeto a la hora de delinquir, sin hacer referencia para nada al efecto psicológico que sobre la conducta tiene dicha anormalidad, téngase presente que hoy es utilizado el calificativo de "discapacidad" existente en la persona que encuadra su conducta en la terminología antes referida y más modernamente se habla de personas que tienen capacidad diferente a la nuestra.-

Si bien, el actual Código Penal guatemalteco, se estructura sobre un modelo biológico puro, a la hora de su aplicación la doctrina y la jurisprudencia completan la fórmula legal con una serie de referencias psicológicas, ya que en la actualidad se considera preferible la aplicación de un modelo mixto, en el que, tras delimitar las bases

biológicas como punto de partida, se tienen en cuenta sus consecuencias psicológicas; así, el Código Penal alemán, considera que, obra sin culpabilidad el que, al cometer el delito, es incapaz de comprender su ilicitud o de actuar conforme a este conocimiento, a causa de una perturbación de la conciencia, de debilidad mental, o cualquier otra grave degeneración mental. En este caso la eximente se constituye por la presencia de una base biológica (perturbación mental patológica, profunda perturbación de la conciencia, debilidad mental o cualquier otra grave degeneración mental), y la adición de un efecto psicológico determinado (la incapacidad de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión)

### **EL EFECTO PSICOLOGICO:**

El efecto psicológico que, según la doctrina y la jurisprudencia, deben tener la enajenación y el trastorno mental transitorio para eximir totalmente de responsabilidad penal, equivale a la perturbación plena de las facultades psíquicas, que impide al sujeto conocer la ilicitud de su comportamiento o determinar su actividad conforme a dicho conocimiento. Si la perturbación no es plena, sino parcial, podrá venir en consideración una eximente incompleta que lo regula el código penal en el artículo 26, donde la trata como una circunstancia atenuante, Inferioridad síquica, al decir, que son circunstancias atenuantes, las condiciones determinadas por circunstancias orgánicas o patológicas que disminuyan, sin excluirla, la capacidad de comprender o de querer del sujeto.

El efecto psicológico tiene, por consiguiente, una doble limitación: ha de tratarse de una perturbación de las facultades intelectuales o volitivas y esta perturbación debe referirse a la comprensión de la ilicitud del hecho o a la capacidad de orientar la conducta de acuerdo con dicha comprensión.

A la luz de los actuales conocimientos psicológicos y psiquiátricos, lo primero que parece sorprendente es que, a los efectos legales penales, solo se tengan en cuenta los trastornos de la inteligencia y de la voluntad. Con ello, se reduce toda la amplia gama psicopatología a dos sectores del psiquismo que si bien son importantes, no son ni los únicos en los que se refleja una anomalía o enfermedad mental, ni tampoco los únicos capaces de provocar efectos sobre la conducta humana. En este sentido ya se vio cómo las alteraciones con carácter de psicopatologías de la percepción pueden, al modificar la captación de la realidad, poner en marcha conductas voluntarias e inteligentes y, además, enajenadas. Lo mismo puede suceder con las alteraciones de la memoria, de la afectividad, del pensamiento, de la conciencia, etc., que, sin embargo, no son directamente tenidas en cuenta o solo lo son en la medida en que inciden también en las facultades intelectuales o volitivas.

Tampoco podemos pasar por alto las implicaciones en las alteraciones de la motivación. La motivación, auténtico motor del ser humano y sin la cual difícilmente el hombre se movilizaría, provoca con sus manifestaciones de psicopatologías como conductas que si bien son inteligentes y voluntarias (como el comer, dormir o copular para el hombre

normal), no por ello son evitables por el propio sujeto. Sin embargo, no son directamente tenidas en cuenta o solo lo son en la medida en que inciden también las facultades intelectuales o volitivas. Todo lo que no sea reconducible al polo volitivo o intelectual dejará de fundamentar una exención de responsabilidad penal por enajenación o trastorno mental transitorio.-

La principal consecuencia de esta postura es que los trastornos de la afectividad, característicos de las llamadas psicopatías, no pueden servir de base directamente a la apreciación de la eximente de enajenación o trastorno mental transitorio, ni siquiera en su vertiente de eximente incompleta. Se dice en la doctrina que las psicopatías se reputan dolencias endógenas, pues se trata de anormalidades que acompañan al agente desde la cuna (la anormalidad es de siempre y para siempre), están insitas en él, influyen en su carácter, en su temperamento, en su vida vegetativa, en su afectividad, en la parte emocional del sentimiento, y en el querer, haciendo sufrir a quienes las padecen y a quienes conviven con estos. Pero, por regla general, constituyen un defecto permanente sin honduras y si afectan a la inteligencia, y el efecto o alteración no es profundo, quedando en un segundo término; afirma la doctrina que, en la mayoría de los casos, se trata de individuos totalmente imputables, que a veces, la psicología puede determinar la disminución de la capacidad de raciocinio o de volición del sujeto y que, en casos todavía más raros, merced a su asociación con otra enfermedad mental de mayor rango, o gracias a degenerar en otras dolencias psíquicas de la que era leve manifestación de prólogo, se halla en situación de absoluta inimputabilidad, aunque naturalmente, no por la psicopatía en sí, sino porque la personalidad levemente anormal del psicópata ha sido superada por otra enfermedad superpuesta a la que se tenía predisposición y que reviste mucha mayor trascendencia y gravedad.-

Asimismo, se insiste en la doctrina en que, de ordinario, las psicopatías, como simples anomalías de la personalidad humana, solo pueden tener efectos de atenuar la responsabilidad criminal, si se trata de psicopatías graves que afecten parcialmente a la imputabilidad, es decir, a la inteligencia y voluntad del agente; si se trata de psicopatías leves, que no afectan al intelecto ni a la voluntad, el psicópata se enfrenta al derecho como sujeto raro y extravagante, pero plenamente imputable.-

Las razones de esta postura solo pueden comprenderse al considerar el fundamento sobre el que se basa el concepto de culpabilidad, que incluye como presupuesto la imputabilidad o capacidad de culpabilidad que, a su vez, acoge la enajenación y el trastorno mental transitorio como causas de exclusión de la responsabilidad penal. El concepto de culpabilidad del actual derecho penal se basa en aquellos supuestos de la psicología clásica, en gran medida ya precitados, que consideraban al hombre con capacidad de elegir entre un abanico de haceres posibles y, por lo tanto, de poder actuar de un modo distinto a como realmente actuó; es decir, se fundamenta en la libertad del ser humano. Si en uso de esta libertad, el hombre se decide por cometer un delito, sabiendo que lo es y pudiendo abstenerse de cometerlo, será culpable de este delito; de aquí se deriva que solo el conocimiento del carácter delictivo del hecho y la voluntad de cometerlo pueden servir de base al juicio de culpabilidad. La imputabilidad, por otros

llamada capacidad de culpabilidad, se convierte así en el presupuesto de la declaración de culpabilidad, de tal forma que solo el que conozca el carácter ilícito del hecho cometido y pueda actuar de acuerdo con dicho conocimiento puede ser declarado culpable y, en consecuencia, castigado con una pena.-

Actualmente se rechaza este criterio tradicional que considera que la culpabilidad radica en la posibilidad que tuvo el autor para actuar de modo distinto a como realmente lo hizo, máxime si tenemos en cuenta que las conductas humanas son, la mayoría de las veces, más producto de motivaciones absolutamente determinantes que de decisiones "libremente" tomadas.-

Se entiende que lo decisivo para la culpabilidad no es que el individuo pueda optar entre varios haceres posibles, sino que tiene que optar por evitar uno determinado, que es, precisamente, aquel que prohíbe la norma penal. Ahora bien, para que el individuo se vea, de algún modo, motivado para no realizar el comportamiento prohibido por la norma penal, tiene que darse una relación previa, entre esta y el individuo en cuestión, en virtud de la cual el mandato establecido por la norma penal se eleva al seno de la conciencia del individuo y se convierte en motivo determinante de su conducta. Solo cuando se establece esa relación previa entre la norma penal y el individuo que la infringe con su comportamiento, puede hablarse de culpabilidad, porque solo entonces sabe el individuo que tiene que abstenerse de realizar una conducta determinada: La que prohíbe la norma penal. Esto nos lleva a ubicar la culpabilidad, inmersa en el proceso de socialización que el individuo inicia con la educación en el ámbito familiar y se continúa durante toda la vida, con la introyección de las exigencias sociales y como una atribución del hecho a su autor, que permite hacerle responder por él.

Desde los conocimientos psicológicos, psiquiátricos y sociológicos actuales, resulta evidente que la conducta humana, normal o patológica, individual o grupal, solo es inteligible cuando se analiza dentro del contexto sociocultural en que se da; dicho contexto es el fondo que sirve de contraste para captar y clarificar esas acciones concretas. Es obvio que el concepto de culpabilidad no puede ser entendido en sí mismo, sino enmarcado dentro de una historia de valores referidos a una estructura sociocultural determinada; solo así adquiere sentido. No creemos que sea necesario insistir: una conducta será culpable, o no, dependiendo del grupo social y, sobre todo, del modelo cultural donde se realiza.

Y esto es así porque el individuo, al actuar, lo hace dentro de un contexto sociocultural que le modela, al imponerle su sistema de valores, las metas deseables y los medios cómo conseguirlas y, para integrarse en él, interioriza las normas hasta hacerlas propias, incluidas, lógicamente, las penales. Hablaremos de culpabilidad ante la violación de las normas penales en la medida en que el individuo haya llegado a internalizar, por medio de este proceso socializador, el contenido material de dichas normas; por el contrario, cuando esa internalización no haya tenido lugar o haya surgido cualquier defecto o alteración del proceso de socialización, podrá excluirse la culpabilidad y con ella el castigo, aunque se hayan violado esas normas o pautas de comportamiento.

Para la psiquiatría y la psicología actuales, tan importantes son las facultades psíquicas individuales como los procesos de socialización que condicionan el actuar humano. En consecuencia, cualquier alteración o defecto en estos procesos deben ser tenidos muy en cuenta a la hora de la formulación de un juicio de valor sobre una actuación determinante, cualquiera que sea la naturaleza que se atribuya a dicho juicio.

De todo lo expuesto en el presente epígrafe acerca de la determinación del efecto psicológico de la enajenación y del trastorno mental transitorio, se deduce que no hay por qué limitar el efecto psicológico a los defectos o alteraciones de la inteligencia o de la voluntad; al contrario, tanto los trastornos de otros sectores del psiquismo como cualquier factor, incluso biográfico, que incida en los procesos de socialización deben y pueden ser tenidos presentes al hacer el correspondiente juicio acerca de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad del individuo que haya infringido las normas penales, bien como causa de exclusión de su capacidad de culpabilidad, bien como circunstancia modificativa de la misma.

## **LOS CONCEPTOS DE ENAJENADO Y DE TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO.**

En relación con el concepto de enajenado hay que advertir, en primer lugar, que en ningún manual o texto académico usual se utiliza este término como un concepto psiquiátrico definido o siquiera habitual en el lenguaje psiquiátrico técnico o profesional, por lo que poco puede ayudar la psiquiatría en su interpretación. Hay, pues, una absoluta falta de correspondencia entre la terminología penal y la psiquiátrica, en este punto.

Desde un punto de vista etimológico, tampoco se llega a mejores resultados por cuanto, en este sentido, enajenado es el que no es dueño de sí mismo o aquel cuyos actos resultan extraños o ajenos a su personalidad.

Realmente es difícil, por no decir imposible, reconducir a este término toda la amplia gama de trastornos y enfermedades psíquicas que pueden influir en la imputabilidad penal de un individuo. Algunos psiquiatras forenses se han esforzado por encontrar un paralelismo entre los conceptos de enajenado y de enfermedad mental, sin reparar que cada uno de ellos ha sido elaborado con finalidades distintas y en función de necesidades prácticas diversas también. Así, por ejemplo, nadie dudaría en considerar, a efectos penales, como enajenado a un oligofrénico profundo, sin que por ello tenga que ser considerado siempre y en todo caso como un enfermo mental propiamente dicho.

Una vez más hay que repetir que, desde el punto de vista juridicopenal, lo importante no es una determinada calificación clínica, sino su reflejo en el actuar humano.

Por todo ello, puede considerarse, en cierto modo, como una ventaja de la regulación penal en cuanto a que no utilice ese término "enajenado", el cual sí lo encontramos en

otras legislaciones, pues el mismo es considerado como un término ambiguo, que sería en todo caso un problema a la hora de definir la primera y principal causa de inimputabilidad.-

Por lo que, el considerarla se estaría dejando en la más absoluta libertad al juez para poder calificar como de "enajenado" todas aquellas manifestaciones psicopáticas y defectos o alteraciones del proceso de socialización, relevantes en orden a la determinación de la imputabilidad de un individuo, y se libera, al mismo tiempo, al psiquiatra de la servidumbre de tener que adaptar su terminología científica a la terminología legal.

Sin embargo, la jurisprudencia ha negado la posibilidad de incluir las psicopatías en el concepto de enajenado, por la falta de incidencia de la psicopatía en las facultades intelectivas y volitivas.

Algo parecido al término "enajenado" que no tiene contemplado el Código Penal sucede con el término "trastorno mental transitorio". En la doctrina penal, dichos términos son concebidos como dos estados psicológicamente idénticos, que se distinguen por el carácter permanente del primero y fugaz del segundo. El trastorno mental transitorio se presenta, pues en lo que se refiere a su efecto psíquico sobre el agente, como una situación idéntica a la enajenación mental; el sujeto que sufre dicho trastorno mental equivale a un enajenado que lo fuera por poco tiempo.-

El origen esencial de dicha situación se considera que es una reacción del sujeto a una causa externa. En este sentido, la interpretación que se hace del trastorno mental transitorio coincide con síndromes tan dispares como las llamadas reacciones exógenas de Bonhoeff y las reacciones vivenciales anormales.-

De acuerdo con esta interpretación, pueden incluirse en esta eximente las reacciones psicógenas como la depresión reactiva, la reacción explosiva y la reacción en cortocircuito, la reacción histérica, la reacción paranoica, etc., siempre que tengan intensidad suficiente como para producir una grave perturbación del psiquismo. En este grupo también podrán incluirse las auténticas neurosis, aunque estas, por su carácter duradero y de desarrollo, más bien pudieran subsumirse en el concepto de enajenado.

Una parte importante de la doctrina y la jurisprudencia considera necesaria una base patológica o fondo patológico en el individuo para poder apreciar la eximente de trastorno mental transitorio. Según esta teoría, la reacción psicógena solo tendrá efecto eximente cuando esté condicionada por una base morbosa constituida, por ejemplo, por una enfermedad somática, una neurosis, etc. Tal exigencia parece en cierta medida justificada por cuanto el trastorno mental transitorio es, muchas veces, una reacción anómala vivencial, condicionada por una personalidad patológicamente alterada. Pero no se puede generalizar hasta el punto de exigir en todo caso esta base patológica, pues ello supondría tanto como denegar toda eficacia eximente a los estados pasionales o emocionales que, en ocasiones, pueden alcanzar un efecto psicológico idéntico al de un



trastorno mental transitorio, sin que para ello sea precisa la presencia de base patológica alguna.-

A esta opinión no se opone el hecho de que el Código Penal, de modo general, considere como simple circunstancia atenuante actuar en un estado de arrebató u obcecación, al decir la norma en su artículo 26, son circunstancias atenuantes: Estado emotivo: Obrar el delincuente por estímulos tan poderosos que, naturalmente, hayan producido arrebató u obcecación. Porque aquí lo que se plantea es un problema de gradación y en la medida en que el arrebató u obcecación alcance el grado de un trastorno mental transitorio, deberá estimarse esta eximente, del mismo modo que el miedo y la fuerza, cuando alcanzan el grado de insuperable o de irresistible, son considerados también por el código penal como eximentes. (Arto. 25, Son causas de inculpabilidad, Miedo invencible: Ejecutar el hecho impulsado por miedo invencible de un daño igual o mayor, cierto o inminente, según las circunstancias).-

No es, por consiguiente, un problema de fondo patológico lo que aquí se ventila, sino uno de intensidad de la reacción.

Lo mismo cabe decir de la embriaguez y otros estados de intoxicación, que también pueden producir un trastorno mental transitorio, siempre que alcancen el grado y la intensidad necesarios, sin que tenga, por ello, que ser el individuo un bebedor habitual o un alcoholómano. La posición que muestra la jurisprudencia al excluir del trastorno mental transitorio los estados pasionales y la embriaguez, se debe más a una prevención defensiva frente a estas situaciones que a una conclusión psicopatológicamente fundada (sobre las relaciones entre culpabilidad y prevención general).-

Las consecuencias jurídicas y su crítica desde el punto de vista psiquiátrico.

Dentro de las eximentes en el Código Penal se encuentra en el artículo 23 que no es imputable: Quien en el momento de la acción u omisión, no posea, a causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión. Son circunstancias que modifican la responsabilidad penal, y se tienen como circunstancia atenuante, conforme el artículo 26, la Inferioridad síquica: Las condiciones determinadas por circunstancias orgánicas o patológicas que disminuyan, sin excluirla, la capacidad de comprender o de querer del sujeto.

Ahora bien, qué sucede cuando se determina esta eximente en alguna persona responsable de un hecho delictivo, es lógico que el Juez debe decretar su internamiento en uno de los establecimientos destinados a los enfermos de aquellas clases del cual no podrá salir, sin previa autorización del mismo Juez.-

Como se ve, se trata de una medida que el Código Procesal impone con carácter preceptivo para el sujeto activo del delito, (no para el que hubiera actuado en situación de trastorno mental transitorio). En principio, esta medida tiene que ser acordada obligatoriamente por el Tribunal. Este carácter obligatorio de la medida de

internamiento dificulta una mínima eficacia terapéutica, reduciendo y matizando negativamente las actuales posibilidades del tratamiento psiquiátrico.-

Del internamiento del enfermo mental en contra de su voluntad se ha dicho por algún psiquiatra que es crimen contra la humanidad, similar en todo a la esclavitud. También las corrientes psiquiátricas actuales, máxime la antisiquiatría, han hecho del internamiento del enfermo mental el blanco favorito de sus críticas más demoledoras.-

Si la finalidad de la medida es la curación del enfermo mental, su imposición, cuando no sea necesaria para la curación o sea incluso inútil, significa pura y simplemente represión y convierte a la medida de internamiento obligatorio en una especie de prisión por tiempo indeterminado, que puede ser perpetua.-

Piénsese, por ejemplo, en los oligofrénicos que no pueden ser curados, me pregunto, que sentido tiene aquí el internamiento. Por otra parte, en la mayoría de los casos, desde el punto de vista terapéutico, es suficiente incluso con un tratamiento ambulatorio, siendo el internamiento contraproducente y contrario a los más elementales principios de la moderna terapéutica psiquiátrica.-

Más insostenible era aún, si cabe, que dependiese del Tribunal el tiempo de duración del internamiento, sin que en su decisión tuviera que requerir dictámenes médicos o basarse en ellos, lo que, teóricamente, podía llevar a la posibilidad de que el internamiento se prolongara, aunque desde el punto de vista clínico el sujeto estuviera curado. Posibilidad que se convertía en hecho con harta frecuencia.-

En el fondo de este planteamiento latía la idea de que el enfermo mental es siempre un ser peligroso que hay que encerrar y separar del resto de la sociedad, tanto más cuando ha cometido un delito. Parece, pues, que los conceptos de enfermedad mental y peligrosidad están, en la práctica jurídica, más unidos de lo que un análisis precipitado y puramente teórico del tema pueda dar a entender. El internamiento obligatorio del enfermo mental que ha cometido un delito se convierte así en un sustitutivo de la pena, con la misma finalidad aflictiva y defensiva que esta. Para ello se mitifica la peligrosidad del enfermo mental, exagerando su importancia cualitativa y cuantitativa, haciendo de ella el pretexto para imponer medidas esencialmente represivas y no curativas, por más que los actuales conocimientos psiquiátricos demuestren que la peligrosidad permanente de algunos enfermos mentales es muy reducida y muy pocos, en efecto, son los casos de internamiento obligatorio justificado por la peligrosidad del enfermo.-

Con esto no queremos decir que el internamiento involuntario del enfermo mental no sea indicado en algunos casos y no sea el medio adecuado para proteger al individuo o a la sociedad de ciertos problemas; pero, como dice Szasz: "lo que debemos preguntarnos no es si la reclusión protege o no protege a la comunidad de los pacientes mentales peligrosos", sino más bien "cuál es el peligro contra el que la protege y por qué medios lo hace". La historia demuestra -sigue diciendo el mismo autor "que ciertas personas son recluidas en hospitales psiquiátricos no porque sean peligrosas, ni porque estén

mentalmente enfermas, sino porque son los chivos emisarios de la sociedad, cuya persecución es justificada por la propaganda y la retórica psiquiátrica".