

Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuricidad (*)

UJALA JOSHI JUBERT
Universidad de Barcelona

I

1. Comenzaré el trabajo con la exposición de algunos casos:

CASO 1. STS 22 abril 1982 (1): Ramón G. C. es procesado como autor de un delito de escándalo público. Se señala «... que el acusado es un psicópata con una base neurótica de tipo obsesivo en materia sexual, afectado por alcoholismo crónico, *siendo dominado —en determinadas condiciones— por un reflejo inconsciente seguido de amnesia*, y en esta situación descrita en la sentencia y que el examen del dictamen pericial practicado en autos confirma y denomina psicosis urogenital, está fuera de duda que el acto de exhibición súbita de los órganos genitales en un autobús del servicio público fue determinado por un impulso obsesivo e incoercible, constitutivo de un movimiento reflejo con claudicación de los frenos inhibitorios de que está provisto el sujeto normal...»

CASO 2. Enfermo mental que toma cosas ajenas con la representación equivocada de que le son regaladas por Dios.

CASO 3. STS 20 junio 1985: J.M.G. «...como hubiera sido objeto de una agresión el día 25 de julio de 1982 pidió al empleado del bar un cuchillo de 12 centímetros de largo para su protección perso-

(*) Abreviaturas más usadas:

ADPCP: Anuario de Derecho penal y Ciencias penales

JZ: Juristischeszeitung

LK: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar

SK: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch

(1) El subrayado es mío. Sentencia citada en SILVA/CORCOY: *Prácticas de Teoría del Delito, Derecho Penal, Parte General*, 1985, p. 232, PPV.

nal. Hallándose nuevamente en el bar el día 27 de dicho mes y año, sobre las 22 horas, llegó un hijo suyo llamado C.M.V., de catorce años de edad, quien le manifestó que le habían salido al paso cuatro individuos, al parecer quinquis, y le habían dado una bofetada en la cara uno de ellos al tiempo que le habían amenazado. Poco después su hijo fue abordado por un grupo de tres jóvenes distintos de los anteriores, que le dijeron: «Te han dado leña», sujetándole uno de ellos de un brazo... y como en ese momento volviera a salir el procesado del bar, excitado por los hechos que ocurrían y las amenazas de que venía siendo objeto, agravado por la enfermedad que padecía, se dirigió a los mismos y sin más dio un puñetazo a uno tirándole al suelo; como se acercara un hermano del caído, Francisco V. R. y el citado procesado creyera que tenía un objeto brillante en una mano, sacó la citada navaja y le dio una puñalada..., produciéndole la muerte. En el lugar de los hechos la Policía encontró un cuchillo de postre de casi unos 20 centímetros de largo. El procesado padece de una epilepsia central de intensidad moderada y una neurosis de manía persecutoria que influyen sobre su carácter.»

CASO 4. STS 13 junio 1977 (2): «...el procesado, con una edad biológica o cronológica de veintiún años al tiempo del hecho, *estaba catalogado psiquiátricamente como persona de carácter infantil, irreflexivo e inconsciente* (...) y cometió el delito por el que fue condenado (robo con intimidación) por indicación de un individuo no identificado, de nacionalidad francesa, al que debía dinero y que le había dicho que tenía que realizar un atraco para pagar la deuda, pues de lo contrario lo mataría».

En el caso 1, la jurisprudencia absolvió y mandó internar al sujeto en un establecimiento psiquiátrico; J.M.G., del caso 3, fue condenado por un delito de homicidio sin circunstancias eximentes ni atenuantes; y el sujeto del caso 4 fue condenado por robo con intimidación.

En la mayoría de los procesos penales en que el autor es un imputable o semiimputable (3), el T.S. se centra directamente en el examen del problema de la culpabilidad, sin detenerse antes a analizar si concurren todos los elementos necesarios para formular el juicio de antijuricidad (3a). Esta práctica del T.S. supone, sin embargo, un avance importante respecto a la postura que se mantenía mayoritariamente antes de las SSTS de 16 de abril y 5 de noviembre de

(2) El subrayado es mío. Sentencia citada en SILVA/CORCOY: *Prácticas*, p. 250.

(3) Sobre la enfermedad mental y el delito en general vid. CARBONELL MATEU/GÓMEZ COLOMER/MENGUAL I LLULL: *Enfermedad mental y delito, aspectos psiquiátricos penales y procesales*, 1987.

(3a) En este sentido ver los ejemplos anteriormente citados, donde el T.S. analiza en todos los casos sólo los problemas de culpabilidad que se plantean: la psicosis urogenital en el caso 1, la epilepsia en el caso 3...

1979. En efecto, era doctrina común de este Tribunal decretar el sobreseimiento libre del caso cuando el sujeto que había cometido el hecho era inimputable, y a continuación dictaba un auto en el que imponía la medida. A partir de las sentencias citadas el Tribunal Supremo cambia de postura. Ya no considera correcto decretar el sobreseimiento libre, y exige que el presunto «enajenado» sea oído en un juicio oral. Las razones de este cambio de orientación son principalmente las siguientes:

1.º Se considera que tanto la pena como la medida de seguridad implican una privación de bienes jurídicos y que, por lo tanto, su imposición y ejecución deben revestir las mismas garantías e ir rodeadas de los mismos requisitos e idéntico respeto a los derechos individuales de la persona (STS 16 abril 1979, 5 noviembre 1979).

2.º Que, en consecuencia, es aplicable a las medidas de seguridad, lo dispuesto para las penas en el artículo 1 L.E.Crim., en el artículo 80 C.P. y artículo 24 C.E. (STS 16 abril 1979, 5 noviembre 1979).

3.º El sobreseimiento libre sólo será asequible pro reo (STS 16 abril 1979, 5 noviembre 1979).

2. ¿Es correcta esta manera de proceder del T.S.? ¿Es posible ante un hecho de un inimputable aplicar, sin más, una medida de seguridad o terapéutica postdelictual, aunque sea a través de un juicio? ¿No sería, a caso, más adecuado examinar primero si concurren todos los presupuestos necesarios para la antijuricidad?

No hay que olvidar que puede darse el caso, no inusual, como ocurre en nuestros supuestos, de que un sujeto inimputable o semi-inimputable no cometa ningún hecho antijurídico por **faltarle la acción** (caso 1) por incurrir en un **error invencible** (caso 2) o bien porque actúa amparado por una **causa de justificación** (caso 3). También puede suceder que estos sujetos realicen un hecho antijurídico, pero que concurra alguna causa que disminuya el injusto, como por ejemplo un error vencible, o una causa de justificación incompleta (ver también caso 3). Finalmente, el inimputable o semiinimputable puede actuar impulsado por una causa de inexigibilidad —por ejemplo, por miedo insuperable (caso 5).

De seguirse el método del T.S., ante unos mismos hechos podría llegarse a distintos resultados según fuera o no el sujeto activo un inimputable. Así, por ejemplo, quedaría impune el autor «normal» que actuara en error de tipo invencible; y en cambio se impondría una medida de seguridad al sujeto inimputable, a pesar de haber incurrido en el mismo error. Por eso, acertadamente, según un sector doctrinal es más adecuado seguir un **método secuencial o sucesivo** en el análisis de cualquier acción de la cual se haya seguido un resul-

tado lesivo, de modo que la falta de algún elemento de la antijuricidad impida ya analizar la culpabilidad (4). De esta forma, se evitaría imponer una medida de seguridad al inimputable que no ha cometido un hecho antijurídico por faltar alguno de sus presupuestos (5).

3. Esto nos lleva al problema que quiero analizar: ¿Es siempre correcto, desde el punto de vista político-criminal no aplicar ninguna medida de seguridad al inimputable o semiinimputable que no actúa antijurídicamente? ¿tiene que quedar este sujeto, a pesar de su posible peligrosidad, exento de toda medida de seguridad?.

Para dar respuesta a estas dos preguntas distinguiremos varios supuestos:

Primero, el inimputable total o el sujeto con inimputabilidad disminuida realizan un hecho que no cabe calificar de antijurídico por faltar algunos de sus presupuestos, pero resulta que el espectador objetivo se hubiera comportado del mismo modo.

Segundo, la inimputabilidad total o inimputabilidad disminuida determinan la presencia de una causa de exclusión o de disminución del injusto.

Tercero, el enfermo mental actúa bajo miedo insuperable o trastorno mental transitorio.

II

1. PRIMERO. El inimputable o semiinimputable no comete ningún hecho antijurídico (debido a ausencia de acción, a error invencible, o a la presencia de una causa de justificación) pero resulta que el espectador objetivo se hubiera comportado del mismo modo.

(4) Vid., en este sentido, MIR PUIG, *Término Delito o Falta*, p. 324, en ADPCP 1973: «No cabe sino condicionar tales medidas a la antijuricidad del hecho realizado por el inimputable»; MUÑOZ CONDE, *La creencia errónea de estar obrando lícitamente*, en Estudios Penales y Criminológicos, X, 1985-86, p. 320, se refiere al análisis secuencial y sistemático; TERRADILLOS, *Tratamiento jurídico penal de la enajenación*, p. 142-143, en Comentarios a la legislación Penal, tomo V, vol. 1.º, que se muestra críticamente respecto a «la práctica judicial que reclama el sobreseimiento libre previsto en el artículo 637 LECrim. una vez constatada la eximente primera del artículo 8 sin dar lugar a examinar si el hecho es antijurídico o si concurren otras causas de exención de responsabilidad. En contra de esta posición y a favor de declarar el sobreseimiento, vid. DEL TORO MARZAL, *La imputabilidad del heroinómano*, p. 217, nota 38, en Drogas: aspectos jurídicos y médico legales, 1986.

(5) En este sentido, vid. TERRADILLOS, *El tratamiento jurídico penal*, pp. 143-144; AGUDELO BETANCUR, *Los inimputables frente a las causas de justificación e inculpabilidad*, Colombia, 1982, p. 78 y *passim*. dice: «En caso de presentarse un hecho materialmente dañoso cometido por un inmaduro o trastornado mental, y cometido dentro de alguno de los casos de atipicidad, justificación o inculpabilidad, se debe absolver al sujeto reconociéndole la causal de que se trate, con total independencia de la problemática de la inimputabilidad.»

EJEMPLOS: 1.º A, el hombre más forzado del mundo obliga a B, inimputable, a disparar contra C. 2.º A, sujeto inimputable, dispara a contra B, porque cree erróneamente que B le iba a atacar. Cualquier persona en su lugar hubiera creído lo mismo. 3.º A, enfermo mental, confunde a B con un jabalí. Dispara y mata a B. El espectador objetivo «ex-ante» hubiera incurrido en el mismo error.

1.1. El sector doctrinal y jurisprudencial antes mencionado, según el cual cuando el hecho lo haya cometido un sujeto inimputable (6) hay que declarar directamente el sobreseimiento libre del caso, aplicará, en estos casos una medida de seguridad postdelictual, sin entrar a analizar la antijuricidad del hecho realizado. Para estos autores esto es así por las siguientes razones:

1.º. Si el artículo 383 de LECrim. prohíbe que sea enjuiciado públicamente quien se enajenó después del delito, sería absurdo celebrar dicho acto para quien ya está loco antes del delito.

2.º. El enajenado no puede cometer ningún delito, sino solo un hecho que la ley sanciona como delito (7).

Sin embargo, esta conclusión no es satisfactoria, ni desde un punto de vista sistemático ni de política-criminal.

1.2. **Sistemáticamente** no parece correcto prescindir de los requisitos necesarios para imponer una medida postdelictual previstos en el artículo 8 apartados 1 y 3.

La expresión utilizada en estos preceptos —...«un hecho que la ley sancionare como delito»— no puede referirse a hechos que la ley castiga como si fueran delitos, pero que en realidad no lo son. De ser así, *en primer lugar*, no quedarían nunca determinados los requisitos necesarios para que este hecho sin ser delito fuera sancionado como tal, y por lo tanto cualquier hecho (antijurídico o no) valdría para imponer una medida postdelictual. De esta forma, se infringiría el principio de legalidad según el cual, entre otras cosas, no hay pena sin ley escrita. *En segundo lugar*, y como consecuencia de lo anterior, no se distinguirían las medidas predelictuales de las postdelictuales: en ninguna de las dos haría falta la prevista comisión de un delito.

En conclusión, estos preceptos exigen que estas personas hayan o hubieran cometido un hecho que la ley sancionare como delito. Se trata pues de hechos que la ley sanciona como delito, o lo que es lo mismo, de hechos que la ley considera que son delitos.

Llegados a este punto interesa a continuación averiguar cuándo estamos, según el CP, en presencia de un delito.

¿Es delito el hecho típico y antijurídico, o bien el hecho típico antijurídico y culpable?

(6) Vid., en este sentido, DEL TORO MARZAL, *La imputabilidad*, p. 217.

(7) Vid. DEL TORO MARZAL, p. 217, nota 38; GÓMEZ COLOMER: *Enfermedad mental*, pp. 145 y ss.

Como ya ha señalado Mir Puig (8) el término «Delito» se utiliza en el CP en el sentido de *Injusto total*, esto es, comprensivo tanto del tipo en sentido estricto como de la ausencia de causas de justificación (9).

En efecto, que el Código cuando habla de delito no se está refiriendo al hecho típico antijurídico y culpable es evidente. Si el C.P. exigiera la culpabilidad no se podrían imponer nunca las medidas previstas en el artículo 8: este precepto requiere que el enajenado haya cometido un delito, y de seguirse esta última posición, delito sería un hecho típico antijurídico y *culpable*. Sin embargo, estos sujetos son precisamente inimputables: actúan sin culpabilidad.

Por otra parte, siguiendo también a Mir Puig (10), son muchos los preceptos del CP que permiten llegar a la conclusión de que «delito» equivale a supuesto de hecho o a tipo de injusto total. Así por ejemplo, pueden citarse el artículo 8.4, cuando exige que la agresión ilegítima constituya delito, el artículo 104 en relación al 20... (11).

Si esto es así, para imponer una medida de seguridad a un inimputable será necesario que cometa un hecho típico y antijurídico. Y, en los supuestos aquí analizados falta algún elemento de la antijuricidad. Por lo tanto no será posible aplicar al inimputable una medida de seguridad del artículo 8.1.

1.3. Desde el punto de vista de la política criminal orientada principalmente a fines preventivo generales, no es correcto tratar de forma distinta a situaciones idénticas. El hecho de ser inimputable o semiinimputable no ha de perjudicar —en estos casos— al sujeto. En efecto, si el hombre medio ha actuado de igual manera, y el Derecho penal no desvalorará su comportamiento, entonces no hay ninguna razón para considerar antijurídico este mismo comportamiento cuando lo realiza un sujeto inimputable o semiinimputable (12).

2. SEGUNDO. La inimputabilidad o semiinimputabilidad del sujeto determina la ausencia de capacidad de acción, el desconocimiento de la situación o la inexistencia de conciencia de la antijuricidad.

2.1. En estos supuestos, la falta de alguno de los presupuestos necesarios para que el hecho sea antijurídico se debe precisamente a la situación de inimputabilidad o semiinimputabilidad que sufre el sujeto. El espectador objetivo a partir de un juicio *ex ante* (13), con

(8) Vid. MIR PUIG, *ADPCP 1973*, p. 323 y *passim*.

(9) Sobre la fundamentación de la teoría de los elementos negativos del supuesto de hecho, vid. MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, 2 ed. 1985, pp. 97 y ss.

(10) *ADPCP*, 1973, pp. 324 y ss.

(11) *Ibidem*, nota 10.

(12) Vid., en este sentido, MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 500; TERRADILLOS, *Tratamiento*, p. 142.

(13) Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 108.

los conocimientos objetivables del autor y en su situación hubiera actuado de forma correcta.

No está, pues, tan claro, que en estos casos, la inimputabilidad deba beneficiar al sujeto, ni que éste deba quedar exento de toda medida de seguridad. Pensemos, por ejemplo, en el caso del sujeto A, que debido a su enfermedad mental cree que todos los abrigos de piel que se encuentra son regalos de Dios, y que, por tanto, está legitimado a tomarlos. No parece posible negar, en el comportamiento de A, la presencia de un error de tipo, que pudiera ser incluso invencible (error sobre la ajenidad de las cosas). No obstante, por otro lado, es también cierto que se trata de un sujeto peligroso, al cual le sería conveniente imponer una medida terapéutica. En efecto, un sujeto que debido a su enfermedad mental, incurre sistemática y repetidamente en un error de tipo cuando se dan ciertas circunstancias (exteriores o interiores) puede ser un sujeto «peligroso».

Pero, ¿es posible de lege lata aplicar una medida de seguridad o terapéutica a estas personas?

Para responder a esta pregunta tendremos que analizar, *en primer lugar*, los requisitos necesarios según el CP y la ley de peligrosidad, para poner una medida de seguridad a un inimputable; en *segundo lugar*, habrá que distinguir entre inimputabilidad y semiinimputabilidad, y en *tercer lugar*, distinguir también entre causas de inimputabilidad (absoluta o relativa) que determinan ausencia de injusto y aquellas otras que sólo producen una disminución del injusto.

2.2. AUSENCIA DE INJUSTO COMO CONSECUENCIA DE LA INIMPUTABILIDAD O A LA SEMINIMPUTABILIDAD DEL AUTOR.

Como hemos visto en páginas anteriores, según los núm.1.º y 3.º del artículo 8 y el núm. 1.º del artículo 9 del CP, para imponer una medida de seguridad será necesario que el «enajenado hubiere cometido un hecho que la ley sancionare como *delito...*».

En consecuencia, para aplicar una medida de las previstas en estos artículos es indispensable que el enfermo mental haya realizado un delito (14). También hemos señalado que en mi opinión la interpretación más convincente es aquella según la cual en el Código Penal el término «delito» se utiliza en un sentido equivalente al de «supuesto de hecho». Por tanto, no habrá delito en los siguientes casos:

2.1.1. *Cuando concurra una causa de ausencia de acción* (caso 1).

(14) Cfr. DEL TORO MARZAL, *La imputabilidad*, p. 217, para el cual esta expresión no exige que el enajenado haya cometido un delito, ¿qué ha de haber cometido entonces el enajenado? Vid. en el sentido que acoja el texto, CARBONELL, *Enfermedad mental*, pp. 59 y ss.

Es doctrina dominante considerar que el comportamiento humano constituye el primer elemento de la antijuricidad. Acción para el Derecho penal, es un comportamiento humano voluntario (15). No cabe, pues, por ejemplo, considerar acciones a los actos no queridos de los epilépticos realizados durante una visión epiléptica; ni a los de otros enfermos mentales, siempre que la enfermedad anule por completo la voluntariedad (16). Los sujetos que lesionan algún bien jurídico bajo alguna causa de ausencia de acción no cometerán ningún delito —hecho antijurídico según el CP— por faltar su primer presupuesto: la acción voluntaria. Por tanto, aunque durante la lesión del bien jurídico concurra una causa de ausencia de acción derivada de la inimputabilidad del autor, y a pesar también de que, a menudo, se trate de un sujeto peligroso no podrá imponerse una medida de seguridad postdelictual.

Es cierto que dogmáticamente esta conclusión parece pues correcta. Sin embargo, sus consecuencias prácticas son insatisfactorias. En efecto, puede haber enfermedades mentales que den lugar a determinados actos reflejos, a inconsciencia o a otras causas de ausencia de acción, y que bajo estos efectos tenga lugar el delito. Pensemos en los hechos que analiza la STS 22 de abril de 1982, citada anteriormente. Dejando de lado el problema de si realmente cuando la jurisprudencia habla de acto reflejo estamos frente a un supuesto de ausencia de acción o quizá más bien frente a un caso de actos en corto circuito —y por tanto de acción (17)—, el hecho es que el T.S. consideró que el acto de exhibición de los órganos genitales que realizó el sujeto fue causado por un movimiento reflejo. Estamos, según la sentencia, ante un caso de ausencia de acción debida a la enfermedad mental que padece el sujeto. El T.S. absolvió a este sujeto y a continuación le internó en un establecimiento psiquiátrico, puesto que entendía que las circunstancias en que había realizado el hecho se ajustaban a lo descrito en el artículo 8.1. No dudo de que esta sea la solución más conveniente. Sin embargo, no es dogmáticamente correcta. Si el autor realiza el hecho en ausencia de acción, no comete ningún delito, y si no realiza ningún delito, no será posible aplicar ninguna medida de seguridad postdelictual (artículo 8.1).

¿Cabe no obstante recurrir, en caso de peligrosidad del sujeto, a una medida de predelictual? La respuesta dependerá del concepto de medida de seguridad predelictual que se mantenga.

(15) Vid., por todos, MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 132 y ss.; JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, 1981, pp. 295 y ss. (trad. y ad. MIR PUIG Y MUÑOZ CONDE).

(16) En contra, vid. BAUMANN, *STRAFRECHT*, AT, 8 ed., 1977, AT § 64 II 1 c.

(17) Sobre esta distinción en la jurisprudencia y en la doctrina, y sobre el concepto de ausencia de acción, ver SILVA-SÁNCHEZ, *La función negativa del concepto de acción. Algunos supuestos problemáticos (movimientos reflejos, actos en corto circuito, reacciones automatizadas)* (Comentario a la STS 23 septiembre de 1983) ADPCP 1986, p. 905 y ss.

Los que defiendan que las medidas predelictuales no pertenecen al Derecho penal, y no exijan, en consecuencia, para su aplicación la probabilidad futura de cometer un delito podrán imponer en estos supuestos una medida predelictual. (18).

Sin embargo, desde mi punto de vista, y siguiendo aquí a un importante sector de la doctrina (19), para imponer una medida de seguridad predelictual a un inimputable no basta con que exista un estado peligroso, sino que se requiere además la probabilidad de que este sujeto cometa un delito. Y si por este delito entendemos, como hemos dicho, un hecho típico y antijurídico, queda entonces también vedada la posibilidad de imponer una medida predelictual a una persona que haya «actuado» en ausencia de acción a causa precisamente de su inimputabilidad, a pesar de que probablemente volverá en el futuro a realizar los mismos hechos.

2.2.2. *Cuando el sujeto actúa en error de tipo invencible (caso 2)*. Se trata, ahora, de averiguar si es posible el internamiento de los sujetos que, a pesar de realizar la parte objetiva del tipo, a consecuencia de su situación personal (inimputabilidad) incurren en un error de tipo invencible, y por tanto actúan sin dolo ni imprudencia (19a).

Los que sigan una concepción causalista del delito (20), y consideren que el dolo y la culpa son elementos de la culpabilidad, no encontrarán ninguna dificultad para imponer una medida de seguridad a estos sujetos. En efecto, para la antijuricidad bastará en principio —desde este punto de vista— la mera causación de un resultado lesivo.

Quien incluya en cambio, —opinión a la que me adhiero— el dolo y la imprudencia en el tipo de injusto deberá exigir su presencia como presupuesto para la aplicación de una medida —pre— o postdelictual. En consecuencia, según esta concepción no será posible aplicar medida de seguridad alguna al inimputable que actúe en error de tipo invencible.

Sin embargo, parte de la doctrina y de la jurisprudencia alemana que incluyen el dolo y la imprudencia en lo injusto (21), considera

(18) Vid., en este sentido, BERISTAIN, *Medidas penales en el Derecho contemporáneo*, 1974, p. 78; JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad en Derecho español*, 1976, pp. 92 y ss.; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, 3 ed., 1985, pp. 34 y ss.

(19) Vid. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, 1976, pp. 23 y ss.; El mismo, *Derecho Penal*; pp. 5 y ss.; COBO/VIVES, *Derecho Penal, Parte General*, 2.ª ed., 1987, p. 701, definen a la peligrosidad criminal como un juicio de futuro en la medida que supone la afirmación de una probabilidad de delinquir; OCTAVIO DE TOUDO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, pp. 47 y ss.

(19a) En otro sentido, vid. AGUDELO BETANCUR, *Los inimputables*, p. 88, que se aparta de estos autores en cuanto considera que el comportamiento psíquico de los inimputables no puede ser calificado de doloso o imprudente.

(20) Vid. COBO/VIVES, p. 415 y ss.

(21) Consideran que un error de tipo causado por la perturbación psíquica del autor no debiera impedir su internamiento, puesto que esta clase de error no debe beneficiar

que si el sujeto enfermo mental desconoce, debido a su enfermedad, hechos, que el hombre medio normal hubiera conocido, procede igualmente la aplicación de una medida postdelictual, a pesar de que el §11 num. 5 del Código penal alemán define hecho antijurídico como realización de un supuesto de hecho (Tatbestand) contenido en una ley penal.

Pero esta concepción no es sostenible (22). *En primer lugar*, el baremo utilizado por este sector doctrinal —«el del hombre medio»— para decidir sobre la presencia o no de dolo o imprudencia en la actuación del enfermo mental no es el adecuado en nuestro Derecho positivo. En efecto, según el artículo 6 bis a) CP, para determinar la vencibilidad del error de tipo hay que tener en cuenta las «circunstancias del hecho y las personales del autor». Una circunstancia personal del autor es precisamente su normalidad o anormalidad motivacional. Por tanto, si teniendo en cuenta su inimputabilidad, el error es vencible, el sujeto podrá ser castigado por imprudencia. Pero, cuando resulte que, debido a la situación personal de inimputabilidad, el sujeto no puede vencer el error, deberá entenderse que se trata de un error invencible que dará lugar a la impunidad.

Este criterio, que a nosotros entiendo que nos viene impuesto por el Código penal, es acertado. La presencia o no de dolo, concebido como dolo natural, es decir como querer y conocer los elementos del hecho, no puede decirse con un criterio normativo sin llegar a conclusiones absurdas (23). Además, el conocimiento de los hechos se obtiene a través de una experiencia subjetiva, que por tanto difiere en cada sujeto. De suponer que ante unos mismos hechos todo sujeto tiene que haber conocido lo mismo, y que por tanto, a pesar de que se haya obrado desconociéndolos, se presume el dolo o la imprudencia en su comportamiento, se estará infringiendo el principio de culpabilidad, según el cual, entre otras cosas, la acción tiene que ser dolosa o culposa (artículo 1 CP) (23a). Veamos un ejemplo de lo dicho:

a su autor: HANACK (LK), 10 ed., 1985, § 63, Anm. 28; BAUMANN-WEBER, *Strafrecht*, AT, 9 ed., 1985, § 44 II, 1 c; BOCKELMANN, *Strafrecht* AT, 3 auf, 1979, § 41; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 23 ed., 1988, § 63 Anm. 7; LACKNER, *Strafgesetzbuch*, 17 ed., 1988, § 63, 1. Ver también en este sentido la sentencia alemana BGHSt. 3 287, 289, recogida por HANACK, en LK § 63 Anm. 26, que analiza el caso de un artista enfermo mental, que sin medios económicos concluye contratos de préstamo que no puede cumplir, pero que, dada su situación maníaca, cree que en el momento del vencimiento recibirá de algún modo el dinero.

(22) Vid. JESCHECK, *Tratado*, Vol. 2, p. 1119; BRUNS, JZ 1964, pp. 473, 478; HORN, SK, 5 ed., § 63 Rdn. 4; PREISEDANZ, *Strafgesetzbuch*, 30 ed., § 63 Rdn. 2 d.

(23) Vid. MIR PUIG, *Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto*, en prensa: SILVA SÁNCHEZ, *Observaciones sobre el conocimiento «eventual» de la antijuricidad*, ADPCP 1987, pp. 648 y ss.

(23a) En este sentido, vid. COBO/VIVES, *Derecho Penal*, p. 466, que entiende que «el conocimiento de los hechos requerido por el dolo exige un conocimiento actual de las circunstancias descritas por el tipo legal existentes al tiempo de la acción...»

A un sujeto que sufre de alucinaciones, en uno de sus trastornos ve convertido en venenosas serpientes todo lo que hay a su alrededor. A, coge la escopeta y dispara. Una de las sueltas serpientes que mata resulta ser su amigo B.

El sector doctrinal aquí criticando tendría que llegar a la conclusión de que A no actúa en error de tipo invencible, puesto que, según su criterio, si el hombre medio no hubiera incurrido en este error entonces no existe tal error. Pero esto equivale a afirmar que A mata a B dolosamente, es decir, que A conoce y quiere matar a B, lo que en realidad no es cierto. A no quiere matar a B sino a la serpiente que ve en él. Tampoco puede recurrirse automáticamente al error de tipo vencible: también la vencibilidad e invencibilidad del error debe decidirse con un cierto criterio que tenga en cuenta las condiciones personales y subjetivas del autor —valorado todo ello por el espectador objetivo.

En segundo lugar, si para que un comportamiento humano sea antijurídico se exige dolo o imprudencia, no hay razón para hacer una excepción con las acciones de los inimputables. Esto significaría recurrir a la analogía o a la extensión teológica contra reo, no permitida en Derecho penal (23b).

En conclusión, de aceptar el principio de que sin dolo o imprudencia no hay hecho antijurídico, en los casos aquí examinados, aunque el error de tipo tenga su origen en la enfermedad mental, y se tenga la certeza de que el sujeto en cuestión incurrirá de modo habitual en esta clase de error, no podría éste ser internado.

2.2.3. *Cuando concurre alguna causa de justificación*. La doctrina está de acuerdo en negar la aplicación de toda medida de seguridad o terapéutica cuando el sujeto haya actuado amparado por una causa de justificación, puesto que no existe razón alguna para tratarle de peor manera que al sujeto normal (24).

El problema se plantea cuando el enfermo mental, y a causa, otra vez, de esta enfermedad incurre en un error sobre los presupuestos de una causa de justificación.

Ejemplo. Un enfermo mental con ideas delirantes cree ser objeto de una agresión y lesiona a otras personas (25).

(23b) Sobre el concepto de extensión teleológica, ver LARENZ, *Metodología de la Ciencia jurídica*, 1980, 2 ed., p. 391; MIR PUIG, *Introducción a las bases*, pp. 322 y ss.

(24) Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*; TERRADILLOS, *Tratamiento*, p. 142; HORN, SK, Rdn. 5; SCH/SCHRÖDER/STREE, § 63 Rdn. 4; BAUMANN, AT, § 44 II 1 c; JES-CHECK, *Tratado*, vol. 2, pp. 118 y ss.; HANACK, § 63 Anm. 31.

(25) Ejemplo de la jurisprudencia alemana BGH 10 355 357, citado por Hanack, § 63 Anm. 31.

A) Los que consideren que el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación es un error de prohibición —teoría estricta de la culpabilidad— o un error *sui generis* —teoría que remite a las consecuencias jurídicas—, y que por lo tanto se trata de un error que afecta en todo caso a la culpabilidad (26), no encontrarán ningún obstáculo para imponer en estos casos una medida de las mencionadas en el artículo 8. (27).

En efecto, para este sector doctrinal el hecho típico realizado con error invencible sobre los elementos de una causa de justificación es un hecho típico y antijurídico, es decir, delito en sentido del CP, el artículo 8 requiere para imponer una medida de seguridad, que el «enajenado haya cometido un delito».

B) En cambio, no podrán aplicar una medida del artículo 8 ni una medida predelictual al enfermo mental que incurra en esta clase de error los que defiendan (27a), como nosotros, que este error es un error de tipo, puesto que faltará ya —según esta concepción a la cual me adhiero— la antijuricidad, y no sólo la culpabilidad.

De seguirse esta última posición se llegará a la conclusión, insatisfactoria desde el punto de vista políticocriminal pero dogmáticamente correcta, de que no cabe aplicar, al igual que sucedía en los casos de error de tipo directo, ninguna medida terapéutica al sujeto que a causa de su enfermedad mental suponga equivocadamente que concurren los elementos objetivos de una causa de justificación.

2.2.4. *Cuando concurre un error de prohibición.* Si se entiende que el error prohibición es un problema de culpabilidad, no existirá ningún obstáculo dogmático para imponer una medida de seguridad a los que como consecuencia de su enfermedad mental crean que actúan de conformidad con el Derecho, ya sea debido a un error de prohibición directo, ya sea como consecuencia de un error de prohibición indirecto.

Pero quien considere que la conciencia de la antijuricidad pertenece al injusto, (28), se enfrentará con el mismo problema, ya examinado anteriormente: el inimputable que incurre en error de prohibición debido a su enfermedad mental no actuará antijurídicamente y, por lo tanto, no se le aplicará ninguna medida de seguridad.

(26) En este sentido, vid. JESCHECK, *Tratado*, § 77, p. 1119; MAURACH-ZIPF, *Strafrecht*, AT, Teil 2, 6 ed., 1984, 68 I 1; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11 ed., 1969, § 35 I 1a; SCH/SCHRÖDER/STREE, § 63 Rdn, 4; BAUMANN-WEBER, AT, § 44 II 1c; DREHER-TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, 44 auf. 1988, § 63 Rdn. 2a).

(27) Vid., en este sentido, MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 361; JOSHI, *El error sobre los presupuestos de una causa de justificación en la doctrina del T.S.*, *passim*, ADPCP, 1987.

(27a) Vid. en este sentido MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 544. No podrá sin más internar a los sujetos mencionados, por no cometer éstos un delito.

(28) La inclusión del error de prohibición vencible en esta sección es sólo válida para la doctrina que considere que este error afecta a la antijuricidad de la conducta. En este sentido, MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 543.

2.3. SUPUESTOS DE DISMINUCIÓN DEL INJUSTO A CAUSA DE LA INIMPUTABILIDAD O SEMIINIMPUTABILIDAD DEL AUTOR.

Se incluyen aquí los casos de sujetos que debido a su enfermedad mental actúan en un error de tipo vencible directo o indirecto (29), en un error de prohibición vencible y los casos en los cuales concurre una causa de justificación incompleta. En definitiva, son supuestos en los que la enfermedad mental determina sólo una disminución del injusto, pero no su exclusión. Nada impedirá imponer al inimputable y al semiinimputable una medida de seguridad, puesto que realizan un hecho antijurídico.

No obstante queda aún sin resolver la cuestión de si la inimputabilidad o semiinimputabilidad tiene que beneficiar al sujeto. El problema se agrava, como veremos a continuación en los casos de inimputabilidad parcial.

La sentencia 4 de julio de 1980 (30) analiza un caso de inimputabilidad disminuida que nos puede servir de ejemplo. Los hechos son los siguientes: Josefa, un sujeto con trastornos esquizofrénicos y oligofrénicos que le disminuían la inteligencia de modo permanente hizo ingerir a su propia hija, un bebé de pocos meses, un gran número de biberones de leche y agua de forma continuada. Con ello provocó la muerte por asfixia de la pequeña. El T.S. condenó a la procesada por un delito de parricidio imprudente. Según la sentencia, Josefa desconoce, a causa de su enfermedad, las consecuencias de su acción, pero le hubiera sido posible percatarse de ellas. La procesada incurre, pues, en un error de tipo vencible —recordemos que la vencibilidad del error se decide con un criterio subjetivo que tiene en cuenta la personalidad del autor, y, por tanto, comete un injusto imprudente y no doloso, que es el que hubiera cometido el hombre medio normal.

De acuerdo con nuestra legislación actual (artículo 9.1 CP), el sujeto, que a causa de padecer una enfermedad mental que lo convierte en semiinimputable, haya incurrido en un error de tipo vencible, y se tenga la certeza de que en el futuro volverá a comportarse del mismo modo, no podrá imponérsele una medida que supere el tiempo de la pena prevista para el delito cometido: en nuestro caso un delito imprudente.

Esta conclusión, teóricamente correcta, puede tener consecuencias insatisfactorias. En efecto, un sujeto, que a causa de su enfermedad mental incurre repetidamente en un error de tipo, que atendidas sus circunstancias personales, debe considerarse vencible, realiza un injusto imprudente muy poco grave. Y de acuerdo con el artículo 9.1 CP

(29) Vid. CORCOY BIDASOLO, *En el límite entre dolo e imprudencia*, en ADPCP, 1985, pp. 962 y 970.

(30) Sentencia citada en SILVA/CORCOY, *Prácticas*, p. 39.

se le aplicará una medida de seguridad, pero por poco tiempo, con lo cual quizá no habrá tenido tiempo de recuperarse, y la medida habrá sido inútil.

3. TERCERO. Puede suceder que el enfermo mental bajo miedo insuperable o un trastorno mental transitorio.

Cabe distinguir varios supuestos:

1.º Que el espectador objetivo con los conocimientos y en la situación del autor —con el límite de la normalidad psíquica (31)— actuara del mismo modo. En este caso lo correcto es apreciar estas causas y dejar al autor exento de toda pena y medida de seguridad (32).

2.º Que el miedo insuperable, el error sobre sus presupuestos o el trastorno mental tengan su base o fundamento en una anomalía psíquica del sujeto, y se tenga además el convencimiento de que estas situaciones volverán a presentarse en el futuro.

Conviene analizar cada causa por separado, puesto que su distinto fundamento nos podría conducir a soluciones diferentes:

3.1. *El enfermo mental actúa bajo miedo insuperable.* Se incluyen aquí aquellas situaciones frente a las cuales el hombre medio no hubiera sentido miedo. Se trata, pues, de un miedo patológico, causado por las enfermedad mental que padece el sujeto, y que, por tanto, según nuestro baremo —el del hombre medio con el límite de la normalidad psíquica— no puede dar lugar a miedo insuperable (33).

Veamos un ejemplo: La STS de 12 de febrero de 1986 analiza el caso de un sujeto, a que con anterioridad a los hechos sufría de una psicosis endógena que le hacía raro en sus relaciones sociales, y esto hizo que perdiera sus puestos de trabajo. El mencionado sujeto culpaba de todo ello a su cuñado, por lo que, un día estando a solas con él le clavó un cuchillo en el cuello. Según el dictamen médico, el procesado padece una esquizofrenia paranoide y su creencia es que si no mata a la víctima ésta acabará con él y su familia.

Aquí el hombre medio no hubiera visto en el cuñado al mal amenazante, y por tanto no lo hubiera matado impulsado por miedo insuperable. El miedo que sufre A es un miedo patológico causado por la esquizofrenia paranoide, y que por tanto no cabe tenerlo en cuenta tal como miedo. Tendremos entonces que comprobar si cabe aplicar

(31) Aquí hay que tener en cuenta el límite de la normalidad psíquica porque la no exigibilidad de una conducta no es una cuestión relativa al conocimiento que el sujeto tiene sobre unos determinados hechos, como sucede en el dolo y en el error, ni se trata de exculpar al sujeto porque sea distinto al hombre normal. Todo lo contrario, la exculpación tiene su fundamento en que el sujeto actúa precisamente como lo habría hecho cualquier hombre normal. Vid., en este sentido, MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 522.

(32) Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 500.

(33) Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 530. Esto es consecuencia también del fundamento que este autor da, y que aquí se acoge, al miedo insuperable.

el trastorno mental. Si no es posible su apreciación completa ni incompleta, podrá aplicarse una medida del artículo 8. 1 sin ningún problema, ya que el sujeto en cuestión habrá cometido un «delito» en el sentido del CP, es decir un hecho antijurídico. (Para los casos en que puede aplicarse el trastorno mental, ver el apartado 3.3.).

3.2. *El enfermo mental cree que concurre un mal amenazante cuando en realidad no concurre (error sobre un presupuesto del miedo insuperable).* El error sobre el mal amenazante puede dar lugar a la anormalidad motivacional requerida para el miedo insuperable: la creencia errónea de estar amenazado por un mal puede originar miedo, y si el hombre medio en la situación del autor, sin el límite de la normalidad psíquica, puesto que estamos frente a un error, hubiera incurrido en este error, y este hombre medio, ahora con aquel límite (34), hubiera sentido miedo podrá apreciarse la eximente de miedo insuperable.

¿Pero qué tratamiento debe recibir el error cuando su origen sea la enfermedad mental? ¿Habrá también que apreciar miedo insuperable y exculpar al sujeto? La respuesta a esta última pregunta debe ser negativa. En efecto, estas situaciones son también de miedo patológico, puesto que, a pesar del error, el hombre medio no sentiría miedo. La presencia de un error sobre el mal amenazante no podrá negarse, pues como ya hemos señalado, el criterio para decidir si existe o no error es subjetivo —el hombre medio en la situación del autor con todos sus conocimientos y condiciones personales y psíquicas—. Pero este supuesto mal amenazante no podrá dar lugar al miedo insuperable por la sencilla razón de que para el hombre medio normal —criterio que se utiliza para saber si estamos frente a una situación de miedo— no sería una situación de miedo y por lo tanto no se aplicaría el artículo 8.10.

También aquí habría que examinar si concurre el trastorno mental transitorio. De ser la respuesta negativa podrá igualmente aplicarse una medida de seguridad.

3.3. *El enfermo mental actúa en trastorno mental transitorio.* Según la doctrina dominante el trastorno mental se caracteriza por ser transitorio y exógeno. Cuando este trastorno sea debido a la enajenación ya no será exógeno, y por tanto lo correcto será apreciar enfermedad mental y aplicar una medida de seguridad del artículo 8.1. (36).

(34) Ver nota 31.

(35) Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 533.

(36) Cf. GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español*, 1979, p. 75.

III

A lo largo de este trabajo he intentado poner de relieve la dificultad dogmática que muchas veces existe para imponer una medida de seguridad a sujetos inimputables, a pesar de que las necesidades prácticas de prevención así lo reclamen. Son sujetos inimputables y peligrosos, que lesionan un bien jurídico. Esta lesión, sin embargo, no se les puede imputar por faltar en su comportamiento algún presupuesto del «delito», es decir del hecho antijurídico: la acción, el tipo subjetivo...

En consecuencia, no se les puede aplicar ninguna medida postdelictual ni predelictual. Existe, pues, una laguna legal, que habría que completar. La solución podría ser introducir un precepto legal que tuviera en cuenta toda la problemática expuesta.

Su redacción tendría que tener presente los siguientes:

Cuando no sea posible imponer una medida de seguridad prevista en el CP a los sujetos para los cuales aquellas están previstas, por faltar algún presupuesto del hecho antijurídico a causa de su enfermedad mental, podrá sometérselos también a tratamiento siempre y cuando se trate de sujetos peligrosos que hayan lesionado un bien jurídico, y exista la posibilidad de que en el futuro cometan hechos similares.