

Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito

Autor: Fernando Molina Fernández

Catedrático de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

Resumen

La actual teoría del delito asume casi indiscutidamente que la presencia en el autor de anomalías o alteraciones psíquicas afecta a su culpabilidad, pero no a la antijuridicidad del hecho, lo que permite aplicarle medidas de seguridad como el internamiento en un centro psiquiátrico. Sin embargo, la existencia de casos en los que dichas anomalías anticipan sus efectos al propio hecho típico, excluyendo la acción, o la presencia de elementos subjetivos del injusto, o provocando un error de tipo invencible, plantea el importante desafío teórico de cómo justificar la imposición de medidas de seguridad sin un hecho constitutivo de delito. En el trabajo se examinan críticamente las diversas propuestas que se han ensayado para resolver el problema dentro del sistema, y se muestra que ninguna está en condiciones de hacerlo, por lo que se propone una solución alternativa.

Palabras clave: anomalías o alteraciones psíquicas; error condicionado; ausencia de acción; elementos subjetivos del injusto; inimputabilidad; medidas de seguridad; culpabilidad y antijuridicidad.

Abstract

The current continental crime theory, almost without discussion, assumes that the fact that the author suffers from insanity or mental disorders affects his *mens rea*, but not the unlawfulness of the fact, which allows measures like the commitment of author to a mental hospital. However, the existence of cases in which such disorders affect prior the *actus reus*, therefore excluding the existence of the act itself, or the presence of subjective elements of unlawfulness, or causing an unavoidable mistake of fact, poses the major theoretical challenge of how to justify such measures without a constitutive fact of crime (*actus reus*). The paper examines critically the various proposals that have been put forward to solve the problem within the system, and shows that none is in a position to do so; therefore, an alternative solution is proposed.

Key Words: insanity and mental disorder; conditioned mistake; absence of action (insane automatism); mental elements in the *actus reus*; commitment to mental hospital; *mens rea* and unlawfulness.

Recibido: 20.03.2008

Aceptado: 23.04.2008

I. Introducción

Una característica común de la moderna teoría del delito, en cualquiera de sus variantes principales, es el reconocimiento de que al menos algunos elementos subjetivos son ya relevantes para el juicio de antijuridicidad, de manera que su ausencia convierte el hecho en penalmente lícito, bien por ausencia de acción, bien por atipicidad –ausencia de elementos subjetivos del tipo o presencia de un error de tipo invencible, para quienes consideran dolo e imprudencia parte del tipo subjetivo-.

La diferencia entre estos elementos subjetivos, que condicionan la propia antijuridicidad del hecho (su relevancia jurídico penal), y el resto de elementos subjetivos que tienen su acomodo en la culpabilidad, es esencial, porque, aunque en ambos casos su ausencia excluye la pena, la de aquéllos pero no la de éstos lleva aparejada la correlativa ausencia del resto de consecuencias jurídicas que se asocian al hecho antijurídico –posibilidad de legítima defensa; prohibición de la participación; imposición de medidas de seguridad-.

Si inquirimos qué razones justifican un trato tan dispar para ambos grupos de elementos subjetivos, la respuesta teórica parece a primera vista evidente: la distinción debería discurrir precisamente por la frontera que delimita los dos grandes juicios del hecho delictivo, el de antijuridicidad y el de culpabilidad. Si la antijuridicidad está relacionada con el desvalor intersubjetivo del hecho desde la perspectiva de su lesividad para los bienes jurídicos y la culpabilidad con la imputación del hecho al autor

que permite un reproche jurídico, entonces deberían ser elementos del injusto sólo aquéllos elementos subjetivos que, como los objetivos, condicionan ya la propia relevancia material del hecho, su lesividad, de manera que en su ausencia el hecho deja de ser desvalorado. El resto, que sólo condiciona la imputación personal, pero no afecta al desvalor del hecho, debería permanecer en la culpabilidad. Hasta aquí el esquema teórico ideal.

Pero, ¿se corresponde este esquema con las propuestas de la doctrina y con la práctica de los tribunales?

En este artículo, dedicado al profesor Gimbernat, cuya obra científica ha contribuido como pocas al desarrollo de la moderna teoría del delito, y a tantos nos ha servido de inspiración, quiero tratar un problema que aflora en forma de una contradicción aparentemente menor en el sistema del delito (y quizás por eso ha recibido sólo una atención limitada¹), pero que, si no me equivoco, es una manifestación singular de un problema estructural profundo, que afecta al núcleo del hecho delictivo: al concepto de injusto. Se trata de la calificación de ciertos hechos en los que sin duda falta algún elemento subjetivo de los que la teoría considera imprescindibles para la presencia de una acción típica –hay una causa de ausencia de acción, un error de tipo o falta un elemento subjetivo del injusto–, y en los que, sin embargo, intuitivamente percibimos que deberían aplicarse las consecuencias jurídicas ligadas al injusto penal, y muy especialmente una medida de seguridad. El peso de la intuición es en este caso tan fuerte que la mayor parte de la doctrina se inclina por esta solución, lo que le obliga a buscar caminos para hacerla compatible con un sistema conceptual que, al menos aparentemente, aboca a la solución contraria, y, por otra parte, los tribunales, sin plantearse las más de las veces la contradicción, se inclinan también por ella.

II. Casos

II.1. Ausencia de acción: el caso de los avestruces

En febrero del año 2007, distintos medios de comunicación, y no sólo de España, se hicieron eco de un juicio que tuvo lugar en la Sección primera de la Audiencia Provincial de Málaga, contra Antonio N.M. como presunto autor del homicidio (asesinato) de su mujer y su suegra y de heridas graves o tentativa de homicidio (asesinato) a sus dos hijos. Lo sorprendente del caso, que tuvo lugar seis años antes, en enero de 2001, es que el imputado actuó dormido, en un estado de parasomnia, y creyendo que sus familiares eran en realidad avestruces que le atacaban, lo que le

¹ Es sintomático que, tanto en Alemania como en España, la mayor parte de los manuales no hagan referencia a esta cuestión, que sí es tratada en los comentarios, especialmente en Alemania, pero dentro del estrecho marco de la aplicación de medidas de seguridad.

llevó a defenderse con un hacha y un martillo, provocando los terribles resultados de muerte de dos personas y lesiones muy graves a otras dos. Tras los hechos, el autor intentó suicidarse arrojándose por el balcón.

Por la gravedad del caso y la naturaleza de la circunstancia eximente esgrimida por el imputado, el proceso fue largo, pero finalmente la Audiencia consideró probada la existencia de un trastorno del sueño o parasomnia, que dio lugar, en la calificación de la sala, a un trastorno mental transitorio, e impuso al imputado una medida de seguridad de internamiento en un centro psiquiátrico². Tanto la defensa como el Ministerio Fiscal apoyaron la eximente, y, al parecer, los informes periciales les dieron la razón. Lo cierto, y lo único que ahora nos interesa, es que fue declarado por el tribunal como hecho probado que el 'delito' se cometió en un estado de parasomnia en el que el autor no estaba despierto y no era consciente de sus actos³.

El caso es especialmente interesante para la cuestión que estamos examinando porque, aunque la calificación en la sentencia fue de trastorno mental transitorio (seguramente para no poner obstáculos a la aplicación de una medida de seguridad), la calificación adecuada según doctrina prácticamente unánime sería la de ausencia de acción, por plena inconsciencia, lo que priva al acto de cualquier relevancia penal. No sería un 'hecho previsto como delito' del art. 95.1^a CP (si esta expresión se entiende en el sentido habitual de hecho típico y no justificado), con lo que no podría aplicarse una medida de seguridad. Es más, incluso si se negase la calificación de ausencia de acción en supuestos de sonambulismo, por aceptar algún grado residual de consciencia, parece evidente que concurriría un error de tipo invencible acerca de la cualidad de humano de aquello sobre lo que se realizaba la acción. Su parasomnia le llevó a creer de forma invencible que se trataba de avestruces, no de personas, así que falta el conocimiento de que mataba a 'otro'. Por último, incluso si hubiera sabido que eran sus familiares y no avestruces, pero realmente hubiera creído que le estaban agrediendo para matarlo, habría incurrido en un error sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación (legítima defensa), que hoy de forma seguramente mayoritaria recibe la calificación o al menos el tratamiento del error de tipo.

En conclusión, su trastorno psíquico provocó una ausencia de acción, o cuando menos un error invencible de tipo, o un error invencible sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación. En el primer caso toda la doctrina considera que el hecho es penalmente irrelevante; en el segundo, la doctrina mayoritaria, que sigue

² Me baso en la información aportada por los diversos medios de comunicación, ya que no he tenido acceso directo a la sentencia.

³ Al parecer, los hijos y víctimas no estaban de acuerdo con esta calificación, pero finalmente la acusación particular aceptó también la eximente con internamiento. Desconozco los pormenores de un caso que a primera vista resulta tan sorprendente, pero lo cierto es que el proceso duró años, y, a juzgar por las noticias de prensa, la prueba pericial tuvo gran importancia. No es fácil, en cualquier caso, que un tribunal aplique una eximente completa de la responsabilidad penal por un hecho de resultados tan graves si no hay datos muy relevantes que avalen la parasomnia.

el esquema finalista en este punto, excluye la tipicidad; y en el tercero también todos aquellos que son partidarios de la teoría limitada de la culpabilidad o cualquiera de las variantes que dan a estos casos el tratamiento del error de tipo. Por tanto, el hecho no es una acción o no es típica, y no cabe aplicar medidas⁴. Pero la solución que, desde una perspectiva político-criminal, parece obvia –siempre contando con que haya peligrosidad, esto es capacidad de que el sujeto repita esos hechos en el futuro⁵– es la que finalmente adoptó el tribunal: aplicar una medida.

Desde luego, no es frecuente que se causen resultados graves en situaciones de ausencia de acción y que además haya peligro de repetición⁶, pero no es descartable, surgiendo entonces el problema dogmático que estamos analizando. Además de los clásicos casos, como el examinado, de lesiones o incluso homicidio en estados de sonambulismo, modernamente se han estudiado conductas de agresión sexual durante el sueño, lo que se ha denominado *sexsomnia*⁷.

II.2. Error de tipo: agresiones contra demonios o seres sobrenaturales

Una situación similar a la anterior se plantea cuando la anomalía o alteración psíquica provoca en el sujeto falsas representaciones que le abocan a un error inven-

⁴ Ni defenderse legítimamente, si se sigue el parecer mayoritario que identifica agresión ilegítima con agresión antijurídica; y puede participarse en el hecho, siguiendo la teoría de la accesoriedad limitada que requiere que el hecho del autor sea al menos típico y antijurídico. En relación con este último caso, ROXIN ha admitido la existencia de una laguna a la hora de tratar los casos de participación en hechos lesivos pero en los que el autor incurre en un error de tipo invencible que no afecta al partícipe. Algunos pueden resolverse convirtiendo al partícipe en autor mediato, pero, al margen del posible fraude de etiquetas que supone este cambio, hay al menos dos casos en los que tal conversión no es posible, como expresamente reconoce Roxin. Por una parte, el caso en el que el partícipe, sin incurrir en error sobre la lesividad de la acción, desconoce la inimputabilidad del autor, lo que cierra el paso a la autoría mediata; por otra, el caso de los tipos que requieren elementos especiales en el autor que no concurren en el partícipe –*Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, (4ª ed.), § 14 H, nm. 75 -. Sobre este último caso, y los problemas que plantea a la teoría derivada del finalismo, también, GIMBERNAT ORDEIG, “El sistema del Derecho penal en la actualidad”, en E. Gimbernat, *Estudios de Derecho penal* (3ª ed.). Madrid: Tecnos, 1990, pp. 165 y ss. y 173 y s.

⁵ Siguiendo la doctrina actual, es evidente que esta peligrosidad no se podría definir como peligrosidad ‘criminal’, porque para ello haría falta que el riesgo fuera a su vez de comisión de hechos típicamente antijurídicos, cosa que no se da precisamente por las circunstancias del autor. A esta cuestión me refiero más adelante en el texto.

⁶ Otras referencias, incluyendo casos de la jurisprudencia anglo-norteamericana, pueden verse en SILVA SÁNCHEZ, “¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistemáticos distintos de la imputabilidad”, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. / ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (coords), *Dogmática y ley penal: Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, I. Madrid / Barcelona: Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset / Marcial Pons, 2004, pp. 882 y s.

⁷ Ya hay una abundante literatura sobre la cuestión, en la que, además de casos sin trascendencia penal, se examinan otros que han llegado a los tribunales en forma de agresiones o abusos sexuales durante el sueño, y en los que se ha aplicado una exigente. Véanse, a estos efectos, los trabajos pioneros de SHAPIRO, C.M., FEDOROFF, J.P. y TRAJANOVIC, N.N. (1996). “Sexual behaviour in sleep- a newly described parasomnia”. *Sleep Research*, 25 (1996), p. 367; y SHAPIRO, C.M., TRAJANOVIC, N.N., y FEDOROFF, J.P. (2003) “Sex-somnia- A new parasomnia?” *Canadian Journal of Psychiatry*, 48(5), 2003, pp. 311-317, y la bibliografía allí citada. En Internet pueden encontrarse referencias en www.sleepsex.org.

cible de tipo. Aunque lo más frecuente es que estos estados anormales provoquen la percepción errónea de estar siendo agredido, y por ello un error sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación (lo que veremos en el siguiente apartado), hay casos en los que el trastorno provoca un genuino error sobre elementos objetivos que fundamentan la tipicidad, como aquellos, no tan infrecuentes, en los que la existencia de una enfermedad que altera la percepción de la realidad o el consumo de sustancias que provocan alucinaciones, hacen que alguien atribuya a una persona una condición demoníaca, o en general sobrenatural, no humana, y actúe contra él⁸.

Un caso podría ser el juzgado por la Audiencia Provincial de Madrid (SAP, sección 2ª, nº 257/2000, de 9 de mayo), en el que un sujeto, Jesús G.G., aquejado de una psicosis maníaco-depresiva, en una situación especial de sobrecarga de trabajo y habiendo suspendido la medicación que tomaba⁹, confunde a su mujer, que iba a poner el termómetro a su hijo, con un ser monstruoso que se acerca al niño para matarlo poniéndole una inyección, por lo que comienza a pegarle con la mano y luego con un candelabro. La sentencia consideró que se daban los elementos de una tentativa de homicidio, pero apreció la eximente del art. 20.1 CP e impuso también en este caso una medida de seguridad¹⁰.

Aunque el tribunal estimó que se daban, sin duda, los elementos objetivos y subjetivos del tipo, su análisis es superficial, quizás porque ni siquiera se planteó que pudiera haber algún obstáculo a la aplicación de una medida. Admitida la presencia de los elementos objetivos del homicidio intentado, no parece posible decir lo mismo de los subjetivos. El imputado aceptó que con su acción quería matar, pero elemento del tipo no es sólo la acción de matar, sino el objeto sobre el que recae, que debe ser 'otro', entendido como otra persona, categoría en la que difícilmente entran los "seres monstruosos", expresión ésta que acoge la propia sentencia (Fundamento tercero) para referirse a la representación del autor. Falta, por tanto, la intención de matar a otro, que unánimemente se requiere como elemento de la tipicidad en la tentativa de homicidio. Hay un error de tipo personalmente invencible sobre la condición humana del objeto de la acción.

⁸ Desde una perspectiva médica, se han reportado casos en los que el sujeto no padece una alteración mental en el sentido clásico de una enajenación, sino únicamente algún tipo de lesión o alteración cerebral que le lleva a no poder reconocer (o a confundir) objetos ordinarios, incluídas personas. Un ejemplo ya clásico es el del caso que dio origen al conocido libro del neurólogo Oliver SACKS, *El hombre que confundió a su mujer con un sombrero* (Barcelona: Muchnik, 2001), pp. 27 y ss.

⁹ Aquí podría plantearse si existe responsabilidad previa al dejar de tomar la medicación (*actio libera in causa*). La cuestión no se trató en la sentencia, quizás porque la propia enfermedad hizo que tampoco en el momento previo el sujeto fuera plenamente imputable. En cualquier caso, son imaginables otros supuestos en los que no pueda encontrarse asidero alguno para una imputabilidad previa, como por ejemplo el hecho cometido en un primer ataque psicótico por una persona hasta entonces no diagnosticada.

¹⁰ Es éste un caso real similar al fabulado de Horacio Quiroga, del que da cuenta ZAFFARONI –*Tratado de Derecho penal. Parte General III*. Buenos Aires: Ediar, 1981, p. 344-: el Dr. Else, personaje del cuento 'Los destiladores de naranja' que "en su *delirium tremens* golpea con un leño a su hija hasta matarla, creyendo que es una rata gigantesca".

Por si esto no fuera suficiente, incluso si se hubiera percatado de que el agresor era una persona, seguiría concurriendo un error sobre los presupuestos objetivos de una legítima defensa ajena¹¹: el imputado cree estar defendiendo a su hijo de una agresión ilegítima.

De forma muy plástica, beneficiándose de un guión bien construido, plantea el problema de un posible error de tipo derivado de inimputabilidad la película *Escalofrío*¹². El protagonista confiesa a sus hijos haber recibido la visita de un ángel que le ha facilitado una lista de demonios, con apariencia humana, a los que ellos tienen que ir eliminando (que no matando). Cuando el mayor de los hijos, con suficiente edad para percibir los desvaríos de su padre, se niega a ayudarlo aduciendo que eso sería asesinar personas, el padre, sorprendido, le contesta que sus creencias le impiden matar personas, pero que tiene el deber de eliminar a los demonios de la lista. Igual que en caso de la sentencia antes comentada, un trastorno psíquico provoca un error invencible sobre la propia humanidad de las víctimas.

II.3. Error sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación: defensa contra agresiones imaginadas

Ciertas anomalías psíquicas, como la esquizofrenia paranoide, o la ingestión de algunas sustancias, pueden provocar en quien las padece alucinaciones que les hacen ver agresiones y enemigos donde no los hay. En estos casos, el sujeto puede realizar hechos lesivos en la creencia invencible de estar defendiéndose legítimamente, y por tanto bajo un error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, mayoritariamente calificado o tratado como error de tipo.

La jurisprudencia ha tenido ocasión de ocuparse de este tipo de casos, que de todos los que estamos examinando quizás sean los más frecuentes. Pueden citarse, en este sentido, entre otras la SAP de Lleida 481/2001 (sección 1ª), de 27 de julio, que enjuició el caso de quien, bajo los efectos de un medicamento contra el SIDA que estaba tomando, creyó ver a dos desconocidos escondidos en el salón de su casa, ante lo que pidió ayuda a la policía, que no pudo prestársela por no haber sido el imputado ni siquiera capaz de darles su dirección, tras lo cual, para poner una barrera entre los supuestos agresores y él, prendió fuego al sofá y luego bajó a la calle cubierto con una manta y portando un cuchillo y un destornillador para defenderse. La sentencia aceptó la existencia de un tipo de incendio, pero, contra la petición del Fiscal y de la propia defensa, que habían solicitado sólo una eximente incompleta, tras una fundamentación muy convincente, apreció eximente completa del art. 20.1, e impuso una medida de seguridad de internamiento en centro

¹¹ O de un auxilio necesario, si se interpreta que el ser monstruoso es una fuerza natural, que no puede cometer hechos antijurídicos.

¹² *Frailty*, en su denominación original. Se trata de una película del año 2001, dirigida y protagonizada por Bill Paxton.

psiquiátrico. Precisamente la detallada argumentación de la sentencia a favor de una eximente completa muestra que el sujeto realmente creía, de manera personalmente insuperable, que había dos agresores en su piso, contra los que no tuvo otro remedio que defenderse.

También es ilustrativo el caso tratado por la SAP de Palencia (Sección 1ª) nº 5/2006, de 4 de abril, en la que se enjuicia por una tentativa de secuestro de un menor a Penélope, una mujer afectada por un trastorno delirante de tipo mixto, que, en la creencia irreal de tener un hijo, tomó por tal a un niño de 10 años con el que no tenía relación alguna, y, tras indicarle que era su madre, lo agarró con brusquedad para llevarlo a su casa¹³. También en este caso se apreció una eximente completa del art. 20.1 y se impuso una medida de seguridad. La sentencia entendió que se daban las circunstancias objetivas y subjetivas del secuestro, pero no entró a evaluar que la imputada había actuado en la creencia, invencible debido a su patología, de que el niño era suyo, lo que entraña un error sobre los presupuestos objetivos de la eximente de justificación del art. 20.7 CP.

En fin, el conocido y reciente caso de la Dra. Noelia de Mingo (SAP de Madrid (Sección XVI), 54/06, de 5 de junio), que, padeciendo una esquizofrenia paranoide con delirios de persecución y alucinaciones, tomó a sus pacientes y compañeros por agresores confabulados, lo que le llevó a ‘defenderse’ contra sus irreales ataques, causando una verdadera tragedia, es un último ejemplo de esta misma problemática. En su argumentación, la Audiencia aceptó el criterio de los forenses, que mantuvieron que en dicha situación la imputada piensa que es real lo que le ocurre y por eso creía que “todos los médicos, pacientes y enfermeros eran actores que simulaban y la estaban perjudicando y también estaban perjudicando a su familia” (Fundamentos jurídicos primero y segundo)¹⁴, careciendo a la vez de conciencia de la propia enfermedad. Tampoco en esta ocasión tuvo duda alguna el tribunal. Apreció la eximente completa de enajenación mental y aplicó a la imputada una medida de seguridad de internamiento por un tiempo máximo de 25 años.

¹³ Hay otros casos de más difícil calificación como el de la SAP de las Palmas 195/2000 (sección 2ª) de 4 de diciembre, que enjuició a una madre que padeciendo una esquizofrenia paranoide potenciada por los trastornos hormonales posparto, creyéndose la Virgen María y pensando que su hija recién nacida estaba endemoniada, la puso en una bañera y la mordió por todo el cuerpo, arrojándola finalmente al patio, donde falleció. Como bien apunta MARTÍNEZ GARAY –“Imputabilidad y elementos del delito” texto mecanografiado de la conferencia del mismo título impartida por la autora dentro del curso de formación del Consejo General del Poder Judicial, *Actual doctrina de la imputabilidad penal*, Madrid, 16-18 de octubre de 2006 (en prensa), p. 6 y s.-, en este caso no está claro si había un error de tipo –por creer que era un demonio; aunque en la sentencia se recoge como hecho que quiso acabar con la vida de su hijo-, o la creencia errónea de actuar cumpliendo un deber divino

¹⁴ Podría discutirse si su delirante creencia abarcaba la actualidad de la agresión o si se trataba de un exceso por anticipación de la defensa putativa. Lo absurdo que resulta en casos como éste incluso plantear una cuestión de esta naturaleza debería ponernos sobre aviso de que algo no está bien en la actual teoría del delito en relación con estos casos. Resulta tan obvio que la cuestión de la actualidad de la agresión es aquí por completo indiferente, que el hecho es realmente lesivo, y que predomina por encima de todo la necesidad de imponer una medida de seguridad, que cualquier sistema teórico, como el hoy mayoritario, que pueda llevar a una solución contraria, debe someter su estructura básica a revisión.

En todos estos casos está presente una causa de justificación putativa debido a la existencia de un error invencible sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación. Quienes defienden la teoría de los elementos negativos del tipo o la teoría limitada de la culpabilidad habrán de concluir en este caso que falta el tipo subjetivo, lo que hace teóricamente imposible la aplicación de medidas¹⁵.

II.4. Ausencia de elementos subjetivos del tipo: el caso de los falsos billetes falsos

Los trastornos mentales no sólo pueden producir error de tipo, sino también ausencia de un elemento subjetivo del injusto, como puede ser el ánimo de lucro en los delitos patrimoniales. Y en este caso, igual que en el de ausencia de acción, tampoco sería una solución mantener dolo e imprudencia en la culpabilidad, porque también quienes así lo hacen admiten la presencia en algunos tipos penales de elementos subjetivos.

En la jurisprudencia alemana hay un interesante caso (BGH 1 StR 337/02)¹⁶ de posible robo violento / extorsión en el que un trastorno mental lleva a la autora del hecho a creer que el banco en el que tenía depositados sus ahorros se había confabulado con sus enemigos, por lo que pidió la cancelación de la cuenta, que presentaba un saldo de 3500 DM. Un día después de obtener el dinero, convencida de que le habían entregado billetes falsos, la mujer acudió a la policía a presentar dichos billetes y no fue capaz de entender la ironía con la que el agente que la atendió confirmó sus temores diciéndole que eran ‘malas falsificaciones’. La mala interpretación de la broma del agente la llevó a dejar el dinero supuestamente falso en manos de la policía y a presentarse por segunda vez, dos días después, en el banco y reclamar, intimidando al empleado con una pistola detonadora descargada, los 3500 DM que creía suyos. Aunque el hecho fue calificado de extorsión grave asimilada al robo (§ 253, 255 y 250.1.1b StGB), la inimputabilidad de la autora llevó al Tribunal a imponerle una medida de seguridad de internamiento en un hospital psiquiátrico conforme al § 63 StGB.

El problema evidente que plantea esta solución es que para una imputación por robo violento o extorsión faltaba el necesario ánimo de lucro, porque la autora creía que el banco se había apropiado indebidamente de su dinero, así que no buscaba

¹⁵ Lo que no quiere decir que pueda solucionarse el problema simplemente adoptando otra teoría, como la estricta de la culpabilidad. Efectivamente, esta teoría llevaría en este caso a una solución adecuada, ya que el problema se situaría en el error de prohibición, y por ello en la culpabilidad, pero quedarían sin resolver los otros problemas que se están tratando –los casos de ausencia de acción, o de error de tipo sin más-, y por otro lado se incurriría en una contradicción sistemática de calado, al confundir el error sobre la valoración jurídica del hecho (error de prohibición) con el error sobre el hecho que se está valorando (que es el hecho complejo compuesto por los elementos objetivos del tipo y los presupuestos objetivos de la causa de justificación). El tratamiento, sea cual sea, debe ser el mismo para el error sobre elementos que fundamentan y elementos que excluyen la antijuridicidad.

¹⁶ BGH 1 StR 337/02 – Beschluss vom 10. september 2002 (LG Nürnberg-Fürth).

enriquecerse, sino ejercer su derecho. La cuestión fue abordada expresamente en la sentencia original y en la que resolvió el recurso, aunque desde la perspectiva de la posible ausencia del dolo típico. Mientras que en la primera el tribunal optó por seguir la tesis, defendida por una parte de la doctrina alemana y por la propia jurisprudencia, de considerar que en estos casos el error condicionado no excluye la existencia de dolo (a ella me referiré más adelante), en la segunda se admitió que la cuestión es debatida, existiendo otra corriente de opinión contraria a esta solución (que también se examinará más adelante), pero a la vez entendió que en este caso la polémica era intrascendente ya que al menos concurría un hecho antijurídico de coacción, que permitía justificar el internamiento.

Ciertamente, en este caso podría tomarse en consideración la existencia al menos de un intento de realización arbitraria del propio derecho, o de coacciones, pero, al margen de que en un sistema como el español la medida tendría como límite de imposición el de la pena asignada a estos delitos, muy inferior al del robo violento, no es difícil imaginar otros casos en los que ni siquiera haya un tipo residual que permita imponer la medida, como en el ejemplo sugerido por Schmidhäuser.

Schmidhäuser, que se vale del supuesto para criticar la teoría final, plantea el caso hipotético de un enfermo mental que, reiteradamente, se apropia de cosas ajenas al creer, a consecuencia de su patología, que le han sido regaladas¹⁷. Aunque Schmidhäuser entiende que sólo quienes examinen el dolo y la imprudencia en el tipo subjetivo tendrían problemas con este caso, lo cierto es que las dificultades se extienden también a los seguidores de una posición tradicional pero que a la vez admiten que en algunos delitos hay genuinos elementos subjetivos del tipo, como el ánimo de lucro en el hurto.

III. Recapitulación

Los ejemplos anteriores son una muestra, entre otras¹⁸, de un problema común: en todos ellos hay una circunstancia de inimputabilidad -trastorno mental permanente o transitorio debido a la existencia de una enfermedad psíquica; consumo de drogas o alcohol, etc.-, que además, y aquí reside su peculiaridad, tienen un efecto en categorías previas, haciendo que se excluyan otros elementos del delito que condicionan ya la propia antijuridicidad del hecho¹⁹.

¹⁷ *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, (2ª ed.), Tübinga: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1975, 19/11, p. 748. Un caso muy similar plantea JOSHI JUBERT, "Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuridicidad", *ADPCP*, 1989, p. 131. De acuerdo con la crítica de Schmidhäuser, LANG-HINRISCHEN, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar* (9ª ed.). Berlín/Nueva York: Walter de Gruyter, 1974, § 42 b, nm. 12.

¹⁸ Otros casos, muy interesantes, de la jurisprudencia española pueden verse en MARTÍNEZ GARAY, "Imputabilidad y elementos del delito" (como en nota 13).

¹⁹ También podrían, eventualmente, provocar efectos en otras categorías de la propia culpabilidad como el error de prohibición o el miedo insuperable (tanto por errar sobre la situación que provoca el miedo, como por ser más sensible al miedo por causa de inimputabilidad), pero ello tendría una relevancia menor, porque el hecho seguiría siendo antijurídico.

Ahora bien, si, como en los casos examinados, no concurre un hecho antijurídico, falta un presupuesto esencial de aplicación de las medidas de seguridad (podríamos añadir: ni cabe defenderse legítimamente contra ese hecho, y es posible participar en él sin ser punido) y ello contrasta con la percepción intuitiva de que en estos casos las medidas deben imponerse (si hay peligrosidad) y con el hecho real de que los tribunales efectivamente las imponen, lo que parece provocar una seria *inconsistencia sistemática*.

Expuesto en forma de argumento lógico:

- (P1) Las medidas de seguridad se aplican sólo a quienes hayan cometido un hecho constitutivo de delito y muestren peligrosidad criminal (art. 6.1 y 95.1.1ª CP).
- (P2) Hecho constitutivo de delito es la acción típica no justificada.
- (P3) No hay acción si el sujeto incurre en una causa de ausencia de acción, ni hay tipicidad (tipo subjetivo) si el autor incurre en un error de tipo invencible o si falta un elemento subjetivo del injusto.
- (P4) Las anomalías o alteraciones psíquicas que dan lugar a inimputabilidad provocan en ocasiones ausencia completa de voluntariedad, y con ello ausencia de acción, o la incapacidad del sujeto para conocer adecuadamente la realidad, y con ello un error de tipo invencible o la ausencia de un elemento subjetivo del injusto.
- (C) Conclusión *lógica*: en estos casos el inimputable no actúa, o no lo hace de manera típica, y no se le puede aplicar una medida de seguridad.
- (C') Conclusión *político-criminal* que nos parece intuitivamente correcta y que aplican los tribunales: en estos casos también hay que aplicar al inimputable una medida de seguridad.

Frente a una contradicción como la expuesta sólo caben dos alternativas: quienes admitan la corrección de las premisas no les quedará otro remedio que aceptar su conclusión lógica (C), y negar en consecuencia la aplicación de medidas de seguridad, admitiendo que en este caso la intuición político-criminal no es correcta; por el contrario, quienes se inclinen por la solución político-criminal (C') deberán mostrar que hay alguna quiebra en el razonamiento o que alguna de las premisas no es correcta, lo que parece exigir alguna modificación en el sistema conceptual del delito.

En la discusión doctrinal se encuentran defensores de ambas opciones, con sus diferentes variantes. Hay quienes aceptan el razonamiento y la conclusión, y quienes atacan la validez de las premisas para así poder llegar a la solución político-criminal. Ambas alternativas se enfrentan a importantes dificultades²⁰, aunque de diferente índole. La primera hace prevalecer el sistema por delante de lo que aparentemente

²⁰ En este mismo sentido SILVA SÁNCHEZ, “¿Medidas de seguridad...?” (como en nota 6), p. 869.

dicta el sentido común (y a la vez practican los tribunales y defiende la mayoría de la doctrina) llegando a una solución que en algunos casos parece simplemente disparatada, y por ello debe ser capaz de dar una explicación muy convincente que justifique una propuesta aparentemente tan inadecuada. La segunda debe encontrar una quiebra en un razonamiento cuyas premisas, o bien son meras descripciones de hechos difícilmente controvertibles (así la premisa 1 y parte de la 4), o bien son postulados teóricos que parecen brotar directamente del propio sistema conceptual del que se parte (así las premisas 2, 3 y parte de la 4). Si esto es así, cualquier pretensión de modificarlas requiere algún cambio sistemático, que será mayor o menor según la categoría a la que afecte.

IV. Soluciones propuestas

IV.1. Preeminencia del sistema y no imposición de medidas de seguridad

Esta primera solución es menos frecuente en la doctrina, que además no siempre la defiende de manera convencida, y casi inexistente en la práctica de los tribunales. Pueden encontrarse tres variantes, muy próximas entre sí, y sólo una supone una verdadera apuesta por el sistema con todas sus consecuencias, mientras que, de las otras dos, una lo hace podríamos decir resignadamente, y la otra sólo de forma nominal.

IV.1.1. Opción decidida por el sistema

Dentro de este primer apartado, la posición más extendida, y también la más coherente, es la que niega la aplicación de medidas en estos casos apostando sin fisuras por el sistema²¹. Expuesto en los términos del razonamiento lógico, esta primera posición acepta sin restricciones la corrección de las premisas, derivadas del sistema del delito adoptado, y por ello también la conclusión: no cabe imponer medidas de seguridad. Así, por ejemplo, en palabras de Horn, si falta el dolo típico u otros elementos subjetivos del injusto no hay ninguna razón para intervenir con medidas, con independencia de cuál sea la razón que ha provocado dicha ausencia: “Quien cree que la cosa que toma le ha sido regalada no comete ningún hurto tanto si dicho error procede de una enfermedad psíquica como si no”²².

²¹ Mantiene esta posición, entre otros, BRUNS, “Zur Problematik rausch-, krankheits- oder jugendbedingter Willensmängel des schuldunfähigen Täters im Straf-, Sicherungs- und Schadensersatzrecht (§§ 330 a, 42 b StGB, 289 BGB)”, *Juristenzeitung* (JZ), 1964, p. 478; TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* (53ª ed.). Munich: C.H.Beck, 2006, § 63, nm. 3, aunque reconoce que la jurisprudencia no es de esta opinión; HORN, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, (SK), Bd. 1 *Allgemeiner Teil*, (7ª ed.), 1999, § 63, nm.4; BÖLLINGER/POLLÄHNE, *Strafgesetzbuch*, Band 1 (*Nomos Kommentar*) (2ª ed.), Baden-Baden: Nomos, 2005, § 63, nm. 68, p. 180.

²² SK, (como en nota 21), § 63, nm.4.

Su ventaja principal, aunque al final sea sólo aparente, es la coherencia sistemática. Su inconveniente, el precio que hay que pagar por ello. ¿Es de verdad razonable no aplicar en estos casos una medida de seguridad, negar legítima defensa en el agredido y permitir la participación de quien, como imputable, conoce la lesividad del hecho? Si se atiende al desvalor del hecho y a la peligrosidad para bienes jurídicos, no hay diferencia material alguna entre el enajenado que mata porque no es capaz de controlar su agresividad y el que lo hace porque cree que el objeto de su acción letal es un demonio trasfigurado en humano. Al prever un tratamiento tan absolutamente distinto para hechos que no presentan diferencias materiales relevantes, se preserva el sistema teórico del delito al uso, pero a costa de incurrir en una incoherencia valorativa que vicia el propio sistema que se trata de mantener.

Una posición como ésta sólo puede defenderse desde la posición de un científico demasiado apegado a su sistema teórico. Es difícil creer que, puestos en la tesitura de juzgar, los defensores de esta tesis dictaran sentencia absolutoria declarando la irrelevancia penal, a todos los efectos, de hechos de tanta gravedad. El que la mayor parte de las sentencias ni siquiera llegaran a plantearse la alternativa de no aplicar medidas parece un indicio fuerte de que la conclusión sistemática no puede ser correcta.

Creo que éste es uno de esos raros casos en los que sólo un especialista daría la respuesta inadecuada. Únicamente quien tenga una fe ciega en las bondades de la teoría del delito actual puede cerrar la puerta a una solución político-criminal que, al menos en este caso, es evidente, en lugar de poner en duda su propio sistema o intentar refinarlo. Por ello no es extraño que incluso entre sus defensores haya algunos que aceptan esta solución sólo resignadamente, o que buscan fuera del Derecho penal cómo evitar sus consecuencias.

IV.1.2. Opción resignada por el sistema

Así podría describirse la posición de Jescheck y Weigend, como se desprende de sus palabras:

“el error de tipo que venga determinado por la perturbación anímica del autor no debe excluir el internamiento, pues el sentido del § 63 consiste precisamente en prevenir también dichos peligros para la seguridad pública. Sin embargo procede rechazar tal posición, porque el concepto de delito no puede renunciar al dolo como portador de la acción típica”²³.

²³ *Tratado de Derecho penal. Parte General*. Granada: Comares, 1993, cit. p. 735. En la quinta edición se mantiene la misma posición, aunque con una fundamentación añadida en el principio de legalidad. Se sigue reconociendo que, materialmente, en los casos de error de tipo condicionado debería aplicarse el § 63 StGB, pero que no es posible, sin violar la prohibición de analogía, debido a la expresa referencia del código a la comisión de un “hecho antijurídico”. En los casos de error sobre presupuestos de una causa de justificación, admiten, sin embargo, la aplicación de la medida – *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil* (5ª ed.), Berlín: Duncker

Su posición no hace otra cosa que reconocer expresamente la crítica arriba expuesta. Si el sentido del § 63 StGB, relativo a la aplicación de medidas de seguridad a inimputables, es prevenir también la peligrosidad criminal en estos casos, al no aplicarlo se está incurriendo en una contradicción intrasistemática, que afecta también al principio de igualdad.

IV.1.3. Opción sólo nominal por el sistema

Una última opción consiste en mantener el sistema penal de manera íntegra en este punto –no se imponen, por tanto, medidas de seguridad penales- pero admitir la imposición de medidas civiles. En esta línea, Serrano Butragueño se plantea la cuestión en los siguientes términos:

“Tan sólo me asalta una duda (...) y es la de si un sujeto, que ni siquiera puede comprender *el hecho* (no la ilicitud del hecho, sino el hecho en sí), debe esperar al estudio de la imputabilidad para ser declarado exento de responsabilidad penal; o si, verdaderamente, como opino, se produce un *error de tipo invencible* al no poder captar los elementos de la conducta típica, por lo que no llega a producirse el comportamiento típico. Desde luego, esta solución me parece técnicamente la más correcta; pero impediría que el sujeto fuera sometido a una *medida de seguridad*. Sin embargo, este problema puede solventarse fácilmente por la vía del *internamiento civil en hospital psiquiátrico*”²⁴.

Esta segunda solución respeta el sistema sólo de forma nominal, y no responde a la pregunta de por qué si verdaderamente el hecho es atípico, pese a ello hay que aplicar una medida de seguridad civil, y, sobre todo, por qué en este caso la medida a aplicar es civil y no penal, como en cualquier otro supuesto de delito cometido por un inimputable. Una vez más, no hay respuesta a la contradicción intrasistemática que ya fue denunciada más arriba. Como ha destacado Silva, esta solución “elude precisamente la cuestión central de ‘cuándo’ debe estimarse que hay delito, a los efectos de imponer medidas de seguridad”²⁵.

& Humblot, 1996, pp. 808 y s. En contra de un tratamiento distinto para el error de tipo y el error de permisión a efectos de aplicar una medida de seguridad, STREE, *Strafgesetzbuch Kommentar* (Schöncke/Schröder), (25ª ed.), Munich: C.H.Beck, 1997, § 63, nm.7

²⁴ “Comentario al art. 20 CP”, en Ignacio Serrano Butragueño (coord.), *Código penal de 1995*. Granada: Comares, 1999, cit. p. 269 (en cursiva en el original). También CASTALDO, “Der durch Geisteskrankheit bedingte Irrtum: ein ungelöstes Problem”, *ZStW* 103 (1991), pp. 551 y s.

²⁵ “¿Medidas de seguridad..?”, (como en nota 6), cit. p. 875, n.29. Crítica que, como apunta Silva, ya había sido formulada por PIACENZA, “L'errore nel reato del non imputabile”, *La Scuola Positiva*, 1948, p. 438.

IV.2. Preeminencia de la solución político-criminal (imposición de medidas de seguridad) y refinamiento del sistema

La mayoría de las soluciones propuestas se orientan en la línea de aceptar en estos casos la aplicación de medidas de seguridad (y, eventualmente, otras consecuencias jurídicas), lo que requiere a su vez algún tipo de modificación del sistema teórico del delito. También aquí hay distintas alternativas, y las más plausibles se han explorado por la doctrina.

A efectos expositivos se pueden distinguir dos tipos de estrategias: la primera tendría como finalidad mostrar que, pese a las apariencias, en estos casos el hecho sigue siendo típico y antijurídico, así que la anomalía o alteración psíquica operaría como en los casos normales, en el seno de la imputabilidad; la segunda, que adoptan quienes creen que la anterior no puede prosperar, trataría de ofrecer una solución específica en la propia teoría de las medidas de seguridad, de manera que se solucionaría el problema, pero a costa de renunciar a un sistema unitario para penas y medidas.

La finalidad última de ambas estrategias es la misma: mantener el sistema actual del delito prácticamente incólume en sus líneas maestras, realizando sólo retoques menores, pero para ello el camino seguido es distinto. Los partidarios de la primera solución creen que los retoques pueden hacerse *dentro* del sistema del delito, especialmente en la categoría del tipo subjetivo, y más específicamente en la teoría del error y en la de los elementos subjetivos del injusto, lo que permitiría seguir manteniendo un concepto unitario de hecho delictivo, válido como presupuesto común de aplicación de penas y medidas; mientras que los partidarios de la segunda creen que tal cosa es imposible, y por ello hacen sus retoques *fuera* del sistema del delito, básicamente proponiendo un sistema paralelo para la aplicación de medidas, en el que no sería imprescindible la presencia de un hecho típicamente antijurídico. Penas y medidas no tendrían ya un presupuesto mínimo común.

Desde luego la primera opción, si fuera acertada, sería preferible, porque preserva mucho más que la segunda. Un concepto de hecho delictivo único, compartido por penas y medidas, es mejor que dos sistemas. Creo, sin embargo, que la crítica a esta primera alternativa que hacen los defensores de la segunda es acertada: no es posible un refinamiento dentro del sistema como el que proponen sus defensores sin hacerlo saltar por los aires. Ello no quiere decir que la segunda opción sea, por exclusión, correcta, aunque pueda estar mejor encaminada. También ella sacrifica algo relevante.

IV.2.1. Reafirmación del carácter típicamente antijurídico del hecho

La primera estrategia de solución consiste en negar que en estos casos el hecho sea atípico. La propuesta mayoritaria, seguida por una buena parte de la doctrina y jurisprudencia, es la que a veces se denomina teoría del 'error condicionado', pero hay también otras propuestas próximas que conviene examinar también brevemente.

1. La distinción entre errores condicionados por la anomalía o alteración psíquica y errores incondicionados.

Seguramente sea ésta la solución mayoritaria en la doctrina alemana²⁶, y desde luego lo es en la jurisprudencia de aquel país²⁷. Su argumento central, normalmente falto de apoyo teórico, es que en los errores cometidos por inimputables deben distinguirse los que están condicionados por la propia inimputabilidad de los que no lo están. Sólo en los segundos, aquellos en los que también una persona normal hubiera errado, el efecto eximente se produce por la vía del error, sin esperar a la inimputabilidad, mientras que en los primeros el error sería irrelevante.

Ahora bien, si se busca en los defensores de esta tesis una explicación de por qué esto debería ser así, sencillamente no la hay, lo que hace surgir con fuerza la sospecha de que se trata más de una solución *ad hoc* para alcanzar un punto de llegada

²⁶ Ya en 1961 consideraba BRICOLA esta tesis como dominante en Alemania - *Fatto del non imputabile e pericolosità*. Milán: Giuffrè, 1961, p. 73-. Sin embargo, MARTÍNEZ GARAY considera mayoritaria la tesis que hemos examinado en el apartado IV.1 -*La imputabilidad penal. Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 116. Entre otros autores, pueden verse, LANG-HINRISCHEN, LKr (9ª ed.) (como en nota 17), § 42 b, nm. 12 y ss, esp. nm. 14.; BAUMANN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, (9ª ed.). Bielefeld: Ernst und Werner Gieseking, 1985, § 44 II, 1 c, que añade los casos de ausencia de acción; HANACK, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, (ed.), § 63, nm. 23 y ss., aunque admite que al menos debe estar presente una acción -nm. 22-; STREE, *Schöncke/Schröder* (como en nota 23), § 63, nm.5-7; KÜHL, *Strafgesetzbuch Kommentar* (25 ed.). Munich: C.H.Beck, 2004, § 63, nm.2, p. 392; BOCKELMANN, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Darstellung der ab 1 Januar 1975 geltenden reformierten Fassung*. Munich: C.H.Beck, 1973, pp. 261 y s.; VAN GEMMEREN, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 2/1, Munich: C.H. Beck, 2005, § 63, nm. 13, p. 329. Ésta es también la posición que sistemáticamente aplica la jurisprudencia alemana. Véanse las abundantes referencias de los autores citados.

En la doctrina española, con lo matices que en seguida veremos en cuanto a su formulación, mantienen esta posición, entre otros, GARCÍA ALBERO -"Art. 95", en Gonzalo Quintero Olivares (Dir.), Fermín Morales Prats (Coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, (2ª ed.). Navarra: Aranzadi, 2001, pp. 518 y s.-; URRUELA MORA -*Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica. La capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en psiquiatría y genética*. Bilbao/Granada, 2004, pp. 163 y s., nota 557-, MARTÍNEZ GARAY -*ob.cit.* pp. 113 y ss., 415 y ss. y 453. Una posición singular es la de ZAFFARONI. En su opinión, en los casos de error psíquicamente condicionado "nos hallamos ante un claro supuesto de atipicidad, pudiendo funcionar la medida de internación" -*Tratado*, (como en nota 10), cit. p. 341-. Pero esta solución sólo es posible si el ordenamiento no vincula la imposición de medidas a la previa comisión de un hecho típicamente antijurídico, y aún así habría que explicar por qué a un hecho que expresamente se declara penalmente irrelevante -atípico- debe no obstante aplicársele una medida de seguridad. Como veremos en breve, esta misma objeción puede formularse a la tesis de Joshi Jubert, en España -*infra* B, B2. 1-.

En la doctrina italiana la cuestión ha suscitado mucho debate, que allí se extiende también a la propia ubicación de la imputabilidad en la teoría del delito. Véase, entre otros, PIACENZA, "L'errore nel reato del non imputabile" (como en nota 25), pp. 429 y ss.; GALLI, "L'errore nel fatto dei non imputabili ed in quello degli ubriachi o stupefatti", *La Scuola Positiva*, 1949, pp. 34 y ss; BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*. Milán: Giuffrè, 1961; DE FRANCESCO, "Il 'modello analitico' fra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova serie (34), 1991, pp. 107 y ss; CASTALDO, "Der durch Geisteskrankheit bedingte Irrtum: ein ungelöstes Problem", *ZStW* 103 (1991), pp. 541 y ss., con referencias adicionales; MILITELLO, "L'errore del non imputabile fra esegesi, dogmatica e politica criminale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale (RIDPP)* 1996, pp. 543 y ss.

²⁷ Véanse las múltiples referencias en las obras citadas en la nota anterior. Sobre la evolución en la jurisprudencia alemana de la distinción entre error condicionado y no condicionado, véase BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità* (como en nota 26), pp. 73 y s, n. 142.

previamente asumido, que de la exposición de las razones materiales que permiten llegar a dicha conclusión²⁸. Y, sin embargo, el problema de esta solución no está en justificar la imposición de medidas, sino en cómo hacerlo sin violar frontalmente el sistema que se asume. Desde la perspectiva del fundamento material de las medidas resulta evidente que no es lo mismo un error de tipo condicionado por anomalías psíquicas que uno incondicionado. En el primero hay un peligro de repetición –una peligrosidad ‘criminal’- que está ausente en el segundo²⁹. Los tribunales aceptan tácitamente esta idea en su jurisprudencia. Expresado en otros términos, la conclusión político-criminal del razonamiento antes expuesto necesita poco apoyo; pero no es la que se deriva de las premisas sistemáticas de la doctrina. Quien quiera hacer valer esta conclusión, tiene que poner en cuestión alguna de las premisas del razonamiento. Pero, ¿cuál o cuáles?

Una primera interpretación de este punto de vista sería la que lo ve como un ataque a la tercera premisa, que sería incompleta en la formulación expuesta por no hacer referencia a la excepción del error (o ausencia de elementos subjetivos) condicionado. En esta primera hipótesis la redacción de la premisa tercera debería ser más bien:

(3) “No hay acción si el sujeto incurre en una causa de ausencia de acción, ni hay tipicidad (tipo subjetivo) si el autor incurre en un error de tipo invencible o si falta un específico elemento subjetivo del injusto, *salvo que la ausencia de acción, el error o la ausencia del específico elemento subjetivo estén plenamente condicionados por una anomalía o alteración psíquica grave*”.

El inconveniente obvio de esta solución es que requiere una modificación del concepto básico del delito que seguramente sus defensores no estarían dispuestos a aceptar. El dolo o los elementos subjetivos del injusto ya no serían siempre elementos necesarios de la tipicidad, sino contingentes. Podría prescindirse de ellos precisamente en aquellos casos en los que no están presentes debido a la inimputabilidad del autor. Y otro tanto ocurriría con la ausencia de acción, a la que estos autores no suelen hacer referencia³⁰, pero que, como vimos, puede plantear los mismos proble-

²⁸ En la doctrina española, este es el caso, por ejemplo, de URRUELA MORA, que en su crítica a la posición defendida por Serrano Butragueño, se limita a afirmar que hay que hacer la distinción, pero sin aportar argumentos materiales que la avalen –*Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*. (como en nota 26), pp. 163 y s., nota 557.

²⁹ No es correcto esgrimir este hecho en apoyo de la teoría del error condicionado, como hace GARCÍA ALBERO –“Art. 95”, (como en nota 26), p. 519-. La solución político criminal es adecuada, y ello significa que debe haber un sistema que la sostenga, pero no cualquier sistema.

³⁰ En ocasiones se acepta la distinción entre hechos condicionados o incondicionados para el error, pero no para la acción, de manera que una causa de ausencia de acción condicionada por una alteración psíquica, como el caso de los avestruces, no permitiría aplicar medidas –así, HANACK, LK, (como en nota 26), § 63, nm. 22-. Pero este planteamiento es contradictorio. Las mismas razones materiales que hay para aceptar la medida en un caso se dan en el otro, como muestra la práctica de los tribunales. La respuesta de Hanack de

mas que el error de tipo. Ya no se excluiría la acción siempre que falte un contenido mínimo de voluntariedad, sino sólo cuando esa falta no estuviera condicionada por anomalía o alteración. Ello entrañaría, como es lógico, la desintegración del núcleo conceptual de la acción tal y como es hoy concebida, algo que estos autores tampoco hacen³¹.

Por eso parece más razonable interpretar esta solución como un ataque a la cuarta premisa. Pero la cuestión es, ¿cómo? La cuarta premisa parte de la mera constatación de un hecho que, por lo demás, suele aparecer así acreditado, como hecho probado, en las sentencias que enjuician estos casos. Ciertas anomalías o alteraciones psíquicas, (o el consumo de ciertas sustancias o la presencia de alteraciones en la percepción) provocan en ocasiones una completa ausencia de voluntariedad, no subsanable mediante *actio libera in causa*, o una incapacidad absoluta para conocer ciertos aspectos de la realidad, entre los que puede estar elementos objetivos de un tipo penal, o la ausencia de otros elementos subjetivos que pueden ser relevantes para la tipicidad de un hecho. Tradicionalmente a estas situaciones se las denomina en la teoría penal ausencia de acción, o atipicidad por error de tipo invencible o por ausencia de un elemento subjetivo del injusto, así que la veracidad de la cuarta premisa parece más allá de toda duda. La única manera de ponerla en cuestión es dando un giro a la definición de ausencia de acción, o de error de tipo o de elemento subjetivo del injusto, pero desde luego no es lo que hacen los defensores de la tesis del error condicionado. Si hay una ausencia completa de voluntariedad no hay acción, según la forma de entender este primer elemento del delito absolutamente dominante, sea cual sea el concreto concepto de acción que se mantenga. Por otro lado, el dolo requiere, al menos, conocimiento de los elementos del tipo, algo que precisamente está ausente en los casos examinados. Si, pese a ello, se pretendiera afirmar que en este caso hay un hecho doloso, no quedaría más remedio que cambiar la definición de dolo, por ejemplo aceptando que sería doloso también el comportamiento de quien desconoce los elementos objetivos del tipo pero en una situación en la que un hombre normal, en el que no concurren circunstancias de inimputabilidad, no hubiera incurrido en dicho desconocimiento. Ni que decir tiene que ninguno de los partidarios de la teoría del error condicionado dan este paso en la teoría de la acción o del dolo, entre otras cosas porque ello sería tanto como destruir el núcleo básico de la imputación subjetiva. En conclusión, se hace una modificación en un

que el hecho antijurídico requiere una acción –*ob.loc.cit.*– es sistemáticamente correcta, pero es sorprendente que él la esgrima cuando acepta sin problemas la teoría del error condicionado, que supone prescindir del dolo como elemento real del tipo, violando el sistema que dice asumir. En este sentido, es mucho más coherente la posición de quienes admiten también la imposición de medidas en casos de ausencia de acción, como BAUMANN –AT (como en nota 26), § 16, I, 2 b y § 64, II, 1, c-. También, aunque por otra vía, llegan a esta conclusión JOSHÍ JUBERT y SILVA SÁNCHEZ, como luego se verá.

³¹ Es más, quizás porque en el caso de la acción la objeción se hace más patente, normalmente quienes aceptan la teoría del error condicionado lo hacen sólo para el error, no para la acción, como vimos que expresamente sucedía en el caso de Hanack (véase nota anterior).

apéndice de la estructura del delito para resolver un problema concreto –se dice que es suficiente con una ‘voluntad del hecho natural’³²-, pero sin modificar al mismo tiempo la categoría general que le da respaldo –el dolo sigue siendo conocimiento de los elementos del tipo-, incurriendo en una notoria contradicción intrasistémica³³. Si el dolo es lo que siempre se ha tomado por tal, en estos casos no hay dolo, y por tanto no hay tipo subjetivo ni hecho antijurídico, ni se puede aplicar una medida³⁴.

Por este mismo motivo tampoco es una solución adecuada la que pretende resolver el problema afirmando normativamente el dolo en los casos de error condicionado. En opinión de García Albero, en los casos en que la inimputabilidad “explique enteramente el error en la percepción fáctica del hecho cometido –delirios, alucinaciones- habrá de afirmarse normativamente la presencia del dolo, y, por tanto, la existencia de un hecho antijurídico habilitante de la medida de seguridad”³⁵.

Ahora bien, si podemos afirmar la presencia de dolo es porque previamente le hemos dado, normativamente, un contenido que abarca estos casos. Ello quiere decir que en la definición de dolo el elemento cognoscitivo dejaría de ser un requisito necesario: bastaría con que un hombre medio hubiera podido conocer lo que el autor no conoció para que el hecho de éste ya fuera considerado doloso. Un paso que, de darse, entrañaría un importante –casi letal- retroceso en las garantías asociadas al principio de culpabilidad³⁶.

2. El desplazamiento del error por la inimputabilidad.

En su trabajo sobre la imputabilidad, Martínez Garay³⁷ ha tratado de dar una nueva fundamentación a la distinción entre errores condicionados e incondicionados partiendo del análisis de la concurrencia de circunstancias. En su opinión, si

³² Véase, por ejemplo, las referencias a la jurisprudencia alemana en la que se usan estas expresiones en HANACK, LK, (como en nota 26), § 63, nm. 23; STREE, *Schöncke/Schröder*, (como en nota 23) § 63, nm.5.

³³ Es plenamente acertada, en esta línea, la crítica de CASTALDO, que destaca cómo la teoría del error condicionado está inevitablemente unida a la categoría del dolo, y como no tendría sentido una definición distinta de dolo según sea el sujeto que cometió el hecho –“Der durch Geisteskrankheit bedingte Irrtum:...” (como en nota 24), p. 551.

³⁴ Otras críticas que se han esgrimido en general contra la teoría del error condicionado muestran lo insatisfactoria que resulta: aplicación de analogía contra reo lesiva del principio constitucional de legalidad – entre otros, JOSHI JUBERT, “Algunas consecuencias..”, (como en nota 17), p. 135; JESCHECK/WEIGEND, AT (como en nota 23), p. 808; CASTALDO, “Der durch Geisteskrankheit bedingte Irrtum:...” (como en nota 24), p. 545.-; dificultad para distinguir los errores condicionados de los que no lo son - HORN, SK (como en nota 21), § 63, nm.4; CASTALDO, *ob.cit.* p. 542; SILVA SÁNCHEZ, “¿Medidas de seguridad..?” (como en nota 6), pp. 875 y s. -; contradicción con el Derecho positivo español que para la determinación del error apela a las circunstancias personales del autor y no de un hombre medio -JOSHI JUBERT, *ob.cit.*, p. 134. Apelar a las circunstancias concretas del autor es en realidad una exigencia elemental del principio de culpabilidad/imputación subjetiva, opuesto al de responsabilidad objetiva. El hecho se imputa a un autor, no a un hombre medio.

³⁵ “Art. 95”, (como en nota 26), p. 519. Un nuevo ejemplo de uso de una solución ‘normativa’ como una especie de bálsamo universal, capaz de resolver cualquier problema.

³⁶ Crítico con la tesis de García Albero, que considera evasiva, SILVA SÁNCHEZ, “¿Medidas de seguridad..?” (como en nota 6), p. 886.

³⁷ *La inimputabilidad penal* (como en nota 26), pp. 113 y ss., 415 y ss. y 453

concurrer verdaderamente varias circunstancias eximentes, siendo una de ellas la inimputabilidad, habrá que aplicar aquélla que tenga un efecto más beneficioso para el imputado, siempre bajo el principio político-criminal de no hacer de peor condición al inimputable que al imputable³⁸. Esto es lo que sucede en los casos de error, de tipo o prohibición, no condicionado por inimputabilidad, en los que realmente concurren los elementos de ambas circunstancias. Sin embargo, en opinión de esta autora, en los casos de error condicionado o patológico:

“no se presenta en realidad un problema de concurrencia entre causas de exención, porque al ser estas situaciones resultado de la anomalía estructural de los procesos psíquicos propia de la inimputabilidad, constituyen, sólo, supuestos de inimputabilidad”³⁹.

Por qué en estos casos, supuestamente, no concurriría error, es algo que no se aclara. Una vez más, ello requeriría someter a revisión el concepto de error, y por ello también el de dolo, de manera que pudiera afirmarse que pese a que el sujeto no ha tenido representación de lo que estaba realizando, actuó con dolo⁴⁰. La propia autora es consciente de este problema cuando en nota al pie confiesa:

“he de reconocer que el hecho de decir que el ‘error’ de tipo condicionado en que ha actuado el sujeto no es en realidad un error, sino un caso de inimputabilidad, no elimina necesariamente todos los problemas, porque se puede seguir cuestionando si a la vista del estado psíquico en que se hallaba el sujeto (...) cabe afirmar que actuó con dolo”⁴¹.

Éste, efectivamente, es el problema. Mientras el dolo se defina como es habitual, en los casos que estamos examinando no hay dolo⁴²; y que ello esté condicionado o

³⁸ Aunque este principio, absolutamente correcto en su fundamentación, es reiteradamente esgrimido por la autora - *La inimputabilidad penal* (como en nota 26), pp. 415 y ss.-, la solución que finalmente propone acaba traicionándolo.

³⁹ *La inimputabilidad penal* (como en nota 26), cit. p. 453; también pp. 416 y ss. Considera, por el contrario, que hay un concurso de circunstancias, pero que debe resolverse por especialidad a favor de la inimputabilidad, GARCÍA ALBERO, “Art. 95”, (como en nota 26), p. 519. Tampoco esta solución es correcta. Nada apoya la especialidad del art. 20 respecto al art. 14. Son circunstancias que discurren en paralelo, y nada impide que se den los elementos -y por tanto los efectos- de ambas a la vez.

⁴⁰ El elemento intelectual del dolo, su verdadero núcleo, dejaría de ser necesario. Por otra parte, ¿aplicaríamos también la tesis de la exclusión a los casos de ausencia de acción, como el de los avestruces?

⁴¹ *La inimputabilidad penal* (como en nota 26), cit. pp. 419 y s, n. 90. Aunque la autora quiere circunscribir el problema a la presencia del dolo, y no de la imprudencia, reconoce que incluso en esta situación pueden plantearse problemas debido a que, al menos en nuestro derecho, el hecho delictivo cometido es el que marca el límite de la pena -*ob.loc.cit.*-.

⁴² Y en la mayor parte de los casos tampoco imprudencia -si es que este elemento ha de seguir siendo parte de la imputación subjetiva-, debido a la invencibilidad del error. La progresiva objetivización de la imprudencia en la doctrina (en muchos planteamientos es indistinguible de la imputación objetiva) va difuminando la idea de que esta categoría es, igual que el dolo, un elemento central en las garantías asociadas al principio de culpabilidad/imputación subjetiva.

no por inimputabilidad no tienen ninguna importancia a estos efectos. La aplicación de medidas de seguridad necesita otra justificación.

IV.2.2. *Renuncia a un presupuesto común para la imposición de penas y medidas de seguridad*

La segunda estrategia para resolver el problema que estamos examinando es la seguida, aunque por caminos en parte divergentes, por Joshi Jubert y Silva Sánchez, y parte de aceptar la contradicción insalvable entre la respuesta que se desprende de la actual teoría del delito y la que resulta más aceptable desde una perspectiva político-criminal. Tanto en los casos de ausencia de acción como en los de error condicionado por las anomalías o alteraciones psíquicas que indican peligrosidad criminal habría que imponer medidas de seguridad. La conclusión político-criminal es, por ello, correcta en sus consecuencias, pero a la vez faltaría el presupuesto mínimo de comisión de un hecho típicamente antijurídico que la teoría exige como presupuesto legal de aplicación de dichas medidas. La solución buscada incidiría en este último aspecto y consistiría en modificar el presupuesto de aplicación de las medidas. Y aquí ambos autores han seguido caminos distintos: proponer *lege ferenda* una reforma legal que dé cobertura a la aplicación de medidas, o reinterpretar objetivamente el concepto legal de hecho constitutivo de delito.

1. Propuesta de reforma legal.

La primera propuesta procede de Joshi Jubert, en el primer trabajo monográfico dedicado en España a esta cuestión⁴³. Su conclusión es clara: la falta de algún presupuesto del hecho antijurídico, como la acción o el tipo subjetivo, hace imposible en los casos examinados aplicar una medida de seguridad a sujetos inimputables, pese a que lesionan bienes jurídicos y concurre peligrosidad. “Existe, pues, una laguna legal que habría que completar”, y la solución sería “introducir un precepto legal” que cubriera dicha laguna. La propuesta, que la autora hace explícita, es la siguiente:

“Cuando no sea posible una medida de seguridad prevista en el CP a los sujetos para los cuales aquellas estén 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”⁴⁴.

⁴³ “Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuridicidad” (como en nota 17), pp. 125-140.

⁴⁴ “Algunas consecuencias...”, (como en nota 17), cit. p. 140.

La propuesta de Joshi coincide con la de los autores examinados en el apartado IV.1. en la corrección del razonamiento antes expuesto como descripción del sistema actual del delito⁴⁵, pero, al no estimar aceptable desde un punto de vista político-criminal su conclusión, propone modificar la primera premisa: las medidas de seguridad ya no se aplicarían sólo a quienes hayan cometido un hecho constitutivo de delito, sino también a quienes hayan meramente lesionado un bien jurídico penal y presenten peligrosidad ‘criminal’, entendida como capacidad para repetir esos mismos hechos.

Un primer inconveniente de esta tesis, que comparte con todas las demás hasta ahora propuestas, es que, a lo sumo, ofrece una solución parcial. La aplicación de medidas no es la única consecuencia jurídica que se asocia a la comisión de un hecho delictivo (típico y antijurídico). ¿Habría que crear también una cláusula especial para permitir en estos casos la legítima defensa o para prohibir la participación? Pero, por otra parte, tampoco la solución concreta que plantea al problema de las medidas es suficiente, porque carece de fundamentación material que la avale dentro de un sistema conceptual que, por lo demás, permanece intacto. La impresión que da es que el peso de la conclusión político-criminal domina todo el trabajo hasta el punto de que al final lo único importante acaba siendo buscar un expediente para que dicha conclusión se plasme en la práctica⁴⁶. Con ello se olvida que la exigencia legal de un hecho delictivo como presupuesto de aplicación de las medidas tiene un fundamento material del que no puede prescindirse sin una adecuada justificación. Como certeramente ha apuntado Silva, “en el problema que nos ocupa no se ve comprometido sólo (...) el principio de legalidad, sino sobre todo los principios materiales que fundamentan la intervención del derecho penal”⁴⁷.

La solución debería situarse más bien en el plano dogmático, reinterpretando el concepto de hecho delictivo de manera que pudiera captar también estas situaciones. Éste es el punto de partida de la propuesta de Silva.

⁴⁵ Ya MIR PUIG, de cuyo trabajo parte Joshi, había reconocido el problema: “el inimputable que actúa desconociendo *totalmente* que daña un bien jurídicamente tutelado puede considerarse que lo hace en error relevante para la antijuridicidad”; “el inimputable que llega a desconocer por razón de su situación personal que materialmente lesiona el objeto de la acción, actuará sin dolo y hasta sin acción (por ejemplo, en los accesos epilépticos)” – *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho* (2ª ed.), cit. p. 84, n. 135 (reeditado en, Santiago Mir, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, pp 29 y ss, por donde se cita).

⁴⁶ Así, expresamente, SILVA SÁNCHEZ, “¿Medidas de seguridad...?” (como en nota 6), p. 870: “no da más que una cobertura legal a la decisión que se pretende adoptar, pero no un fundamento material”.

⁴⁷ “¿Medidas de seguridad...?” (como en nota 6), cit. p. 870. Destaca también Silva que esta propuesta llevaría a la admisión de medidas predelictuales –*ob.loc.cit.* nota 9. En realidad, como la medida de la peligrosidad no es ni siquiera la comisión futura de un hecho constitutivo de delito, sino de un hecho materialmente lesivo para bienes jurídicos, estas medidas serían más bien ‘paradelictivas’. Como veremos, (*infra* nota 51) esta objeción puede también hacerse a la propuesta del propio Silva.

2. Reinterpretación puramente objetiva del concepto de antijuridicidad ('hecho constitutivo de delito') en su aplicación a las medidas de seguridad.

Tras descartar las diversas soluciones al problema que ya hemos examinado, Silva opta por una solución dogmática, que no requiere cambios legislativos, sino tan sólo una modificación del sistema teórico de imposición de las medidas de seguridad. Frente al sistema dominante, que encuentra un presupuesto mínimo común a penas y medidas en la realización de un hecho típico y antijurídico, su propuesta consiste en separar ambas consecuencias desde la base. El concepto de delito, con todos sus elementos integrantes, y en particular la antijuridicidad, mantendría la estructura básica que hoy defiende la doctrina, pero serviría únicamente como presupuesto de aplicación de las penas. Frente a ello, las medidas requerirían un hecho antijurídico entendido en términos estrictamente objetivos:

“el concepto de antijuridicidad que constituye el presupuesto de la imposición de medidas de seguridad no presupone, como requisito necesario, la concurrencia efectiva de elemento subjetivo alguno (ni la voluntariedad de la acción, ni el dolo, ni otros elementos subjetivos); puede configurarse, pues, de modo estrictamente objetivo”⁴⁸.

Esta objetivización viene, en palabras de Silva, impuesta por los fines de la medida de seguridad:

“mientras que la pena, como mecanismo de estabilización contrafáctica, presupone la previa producción de un hecho que constituya 'negación' de la norma, la medida, por su carácter cognitivo, puede vincularse estrictamente a los datos de la lesión del bien jurídico y la peligrosidad que ella manifiesta”⁴⁹.

Tanto la crítica de Silva a otras propuestas como la explicación que da para justificar la objetivización de su presupuesto de aplicación son, a mi modo de ver, correctas. De hecho, la solución político-criminal que sistemáticamente aplican los tribunales para resolver los casos que estamos examinando se apoya precisamente en esa fundamentación. Con las medidas no se trata de evitar comportamientos antinormativos, que infringen deberes jurídicos personalmente exigibles, sino lesiones de bienes jurídicos penalmente relevantes que puedan proceder de personas inimputables pero peligrosas. Hasta aquí, todo es correcto.

Pero su propuesta resulta insuficiente, y a la vez genera un doble sistema y un doble concepto de antijuridicidad que no resulta óptimo desde una perspectiva científica.

⁴⁸ “¿Medidas de seguridad...?” (como en nota 6), cit. p. 887.

⁴⁹ “¿Medidas de seguridad...?” (como en nota 6), cit. p. 887.

Es insuficiente, porque también ésta es una solución parcial, centrada en la aplicación de medidas, y que no ofrece respuesta para otras consecuencias jurídicas de fundamento similar a la medida. ¿Creamos un sistema paralelo para la legítima defensa; otro para la participación?

Pero su inconveniente principal se encuentra en el doble sistema que propone. En primer lugar, mantener a la vez dos conceptos de antijuridicidad con contenidos tan dispares —estrictamente objetivo uno; enriquecido subjetivamente el otro—, plantea problemas evidentes de anfibología⁵⁰. En segundo lugar, no es fácil hablar de antijuridicidad, aunque sea objetiva, sin pensar en infracción de normas, y una vez que se adopta este punto de partida resulta casi inevitable conectarlo a la idea de infracción de deberes, y como estos requieren ciertos elementos subjetivos en el obligado, al final se acaba reproduciendo todo el proceso histórico de la teoría del delito: primero se añade una acción, luego algunos elementos subjetivos, luego dolo e imprudencia, etc. Por último, se plantea la difícil cuestión de qué sentido tiene seguir manteniendo, en la teoría del delito que es presupuesto de la pena, la distinción de antijuridicidad y culpabilidad. ¿Para qué sirve la antijuridicidad no culpable si le privamos precisamente de su cometido como presupuesto de aplicación de otras consecuencias jurídicas, distintas de la pena, e independientes de la culpabilidad?⁵¹

Puede aceptarse, con Silva, que la pena es un mecanismo de estabilización contrafáctica que requiere un comportamiento que niegue la norma de comportamiento, mientras que la medida puede ligarse estrictamente a la lesión del bien jurídico, pero es que esa diferencia viene precisamente marcada por la exigencia en aquélla, y no en ésta, de culpabilidad. Es en la culpabilidad donde se aprecia que el autor ha negado la norma (de ahí la exigencia de conocimiento de la prohibición). La antijuridicidad, por el contrario, surgió históricamente como un primer nivel de análisis del hecho en el que se determina su lesividad social, y por ello es natural que el acento se situara en los elementos objetivos, y no en la imputación al autor (todavía es habitual definir en estos términos la distinción). Por la misma razón, la antijuridicidad ha servido, teóricamente, como presupuesto común a la imposición de consecuencias jurídicas que no necesitan ser vinculadas a la imputación subjetiva al autor, a la culpabilidad. Pero si, expresamente, estas consecuencias se desligan de la antijuridicidad objetivo-subjetiva (presupuesto de la pena) para vincularse a la antijuridicidad objetiva (presupuesto de la medida), ¿qué función cumple aquélla?

⁵⁰ Algo que también sucede en la nueva propuesta de MIR PUIG de una antijuridicidad objetiva distinta de la antinormatividad —“Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal”, en S. Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, pp 225-248, propuesta que inspira la de Silva, como él mismo reconoce —“¿Medidas de seguridad...?” (como en nota 6), p. 887, n. 78, aunque con el importante matiz de que ésta es estrictamente objetiva (no requiere siquiera una acción).

⁵¹ A ello se podría añadir que en la propuesta de Silva las medidas pasarían a ser, si no predelictivas, sí al menos ‘paradelictivas’ (salvo que se mantuvieran a su vez dos distintos conceptos de delito), con lo que se volvería contra él la objeción que hace a la propuesta de Joshi (*supra* nota 47).

Más razonable sería reservar el término ‘antijuridicidad’ para el nivel de la *antinormatividad*, incluyendo en ella todos los elementos referidos a la infracción de deberes normativos (por tanto, también los elementos de la culpabilidad) y distinguirlo del nivel casi exclusivamente objetivo de la *lesividad*, que pueda servir de presupuesto común a las consecuencias no dependientes de la infracción de normas. Esta es la base de la propuesta que, resumidamente, se desarrolla en la última parte de este trabajo.

V. La solución del problema en la estructura básica de la teoría del delito

V.1. La dimensión global del problema

Seguramente las distintas propuestas que hemos examinado no alcanzan a ofrecer una solución satisfactoria del problema porque no lo sitúan en su verdadera dimensión, sino que operan con una visión reducida del mismo. Un elemento común a todas ellas es ceñirse a la cuestión de si cabe en estos casos aplicar medidas de seguridad. Aparentemente del sistema se deduce que no, pero la mayor parte de los autores creen, acertadamente, que sí debería, y por eso circunscriben sus soluciones a retocar un sistema que permanece inalterado en sus líneas maestras.

La solución o soluciones podrían ser correctas si sólo nos enfrentásemos a eso, a un problema singular de un sistema conceptual imperfecto en este punto. Pero hay buenas razones para pensar que este tipo de casos, pese a su reducida importancia práctica (aunque son más frecuentes de lo que pudiera parecer), no son más que la manifestación singular de un problema estructural profundo de la teoría del delito, y en particular de su eje central, la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad. Más exactamente, atañen a la decisiva cuestión, verdadero eje de todo el debate en la evolución del concepto de delito⁵², de la relevancia de los elementos subjetivos para el primer gran juicio de desvalor del hecho, la antijuridicidad. No cabe, por ello, una solución limitada, como lo son las que mayoritariamente propone la doctrina, sino que es preciso ir al fondo del problema, a la determinación del concepto de ‘hecho delictivo’, tradicionalmente asociado al hecho penalmente antijurídico (hecho típico y no justificado)⁵³.

El concepto de antijuridicidad surgió históricamente, y se ha mantenido ligado a la idea de *lesividad objetiva* (intersubjetiva) del hecho. El delito parece requerir ante todo un hecho lesivo, al que debe añadirse una persona subjetivamente responsable,

⁵² Un estudio pormenorizado de esta evolución y de la tensión histórica ente lo subjetivo y lo objetivo en el injusto puede verse en la primera parte de mi trabajo *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. Barcelona: JMBosch, 2001, pp. 37-485.

⁵³ No es posible desarrollar aquí en todos sus pormenores esta idea, sino tan sólo exponerla en sus líneas maestras, que dejen ver la solución del problema que estamos examinando. Para un desarrollo extenso de la cuestión, puede verse *Antijuridicidad penal* (como en nota 52), especialmente la parte segunda, pp. 487 y ss.

lo que dio lugar a las dos grandes categorías de la antijuridicidad y la culpabilidad. Si para la aplicación de la pena ambas categorías están en plano de igualdad –ambas son necesarias–, para otras consecuencias jurídicas la situación es distinta. La pena es un mal que requiere merecimiento, esto es, posibilidad de imputación subjetiva (culpabilidad). Otras consecuencias distintas de la pena sólo requieren un hecho malo que se debe reparar o prevenir. Para ellas, la culpabilidad resulta innecesaria.

Es lógico que, con estos presupuestos, la antijuridicidad surgiera inicialmente como un concepto ligado a los aspectos objetivos del hecho, que son, al menos en una primera aproximación, los que determinan su lesividad para los bienes jurídicos. Pero la evolución posterior fue paulatinamente incorporando elementos subjetivos de forma progresiva. En realidad, un primer elemento subjetivo, la exigencia de una acción voluntaria, aparece prácticamente desde el principio en la teoría del injusto no culpable, como se ve en la obra de Jhering, que expresamente reconoció que “aunque el injusto objetivo excluye el momento de la culpabilidad, no excluye el de una voluntad humana”⁵⁴. Posteriormente fueron incorporándose los elementos subjetivos del injusto y, finalmente, el dolo y la imprudencia, al menos en la doctrina mayoritaria.

La razón material que justifica el progresivo enriquecimiento subjetivo de la antijuridicidad resulta básica para la cuestión que examinamos. Aparentemente, ello tuvo que ver con el reconocimiento de que la lesividad del hecho depende en ciertas ocasiones, o siempre, de la presencia de elementos subjetivos. Si realmente esto fuera así, todo el proceso de subjetivización sería indiscutible y, lo que es ahora más importante, el problema que estamos examinando *nunca hubiera existido*. Del hecho de que exista se desprende, a mi juicio de manera categórica, que algo se hizo mal.

Si verdaderamente la lesividad del hecho, que está en la base de la antijuridicidad, dependiera de los diversos elementos subjetivos que se han ido integrando en este primer juicio valorativo, cuando falten dichos elementos, por la razón que fuere, sencillamente el hecho *no sería lesivo*, y no habría necesidad alguna de prevenirlo mediante medidas de seguridad; de evitarlo, habilitando legítima defensa; de dificultarlo, prohibiendo la participación de terceros en el hecho del autor; o de repararlo, mediante responsabilidad civil. Así que nuestro sonámbulo que se siente atacado por avestruces no habría causado ninguna lesión relevante, ni Noelia de Mingo, ni el alucinado que se cree propietario de todo lo que encuentra, ni el protagonista de la película Escalofrío, ni, en resumen, ninguno de los autores de los hechos que estamos analizando. Pero, por más que se crea en las bondades del sistema penal, resulta

⁵⁴ «Das Schuldmoment im römischen Privatrecht. Eine Festschrift». *Aufträge der juristischen Fakultät zu Giessen*. Giessen 1867 (citado por el texto incluido en *Vermischte Schriften juristischen Inhalts*. Leipzig 1879, del que hay reimposición facsímil.; Aalen: Scientia Verlag, 1968), cit. p. 161. El reconocimiento de este elemento subjetivo en el injusto objetivo constituye un intento de Jhering de contrarrestar el argumento de Merkel contra el injusto objetivo, basado en la idea de que también la naturaleza cometería entonces actos antijurídicos. Sobre ello *Antijuridicidad penal* (como en nota 52), pp. 213 y ss.

obvio que en todos estos casos el hecho es objetivamente lesivo y que no reaccionar jurídicamente mediante medidas de seguridad, o no permitir algún tipo de defensa, o no prohibir la participación son soluciones inaceptables (por más que, como vimos, algunos autores, seguramente poseedores de una confianza ciega en su sistema, hayan llegado a esta conclusión). Ello acaba derivando en las múltiples propuestas que pretenden una solución sectorial del problema.

Lo que los ejemplos que estamos examinando ponen de relieve es que, contra lo que se pretende y contra su significado histórico, la categoría de la antijuridicidad contiene elementos subjetivos cuya ausencia *no afecta a la lesividad del hecho*.

Ahora bien, si la incorporación de elementos subjetivos no se debe (al menos no siempre) a que la lesividad dependa de ellos, ¿por qué se ha producido la progresiva subjetivización del injusto? Entre otros motivos, hay dos que nos interesan especialmente. El primero es que en ciertos hechos punibles, en concreto al menos en aquellos que entrañan una anticipación de la tutela, algunos elementos subjetivos sí parecen condicionar la lesividad⁵⁵. Volveré sobre ello más adelante. El segundo es que el concepto de antijuridicidad se vinculó desde un principio al hecho contrario a la norma penal, y también desde el principio y de manera constante hasta hoy la visión más extendida de las normas no ve en ellas simples declaraciones acerca del valor o desvalor de ciertos hechos, sino genuinas prescripciones (directivos de conducta) que imponen a sus destinatarios deberes de hacer u omitir, lo que de manera irremediable acaba desembocando en la progresiva toma en consideración de las circunstancias personales del destinatario (tradicionalmente clasificadas en la culpabilidad) en la fijación de los deberes jurídicos, y con ello en la antijuridicidad. Una vez más, en la teoría de la acción se ve esto claro. Si el hecho realizado en una situación de ausencia de acción no incumple ningún deber jurídico no es porque no sea lesivo, que puede serlo igual que cualquier acción auténtica, sino porque no tiene sentido alguno dirigir normas a quien no puede invenciblemente cumplirlas por incapacidad física de acción. Para apoyar la inclusión del dolo en el tipo se han esgrimido exactamente estos mismos argumentos⁵⁶.

Esta argumentación es correcta⁵⁷, pero plantea el problema de que el centro de atención de la antijuridicidad no es, ya sólo la lesividad del hecho, sino también la infracción de un deber jurídico en condiciones en las que éste puede ser cumplido;

⁵⁵ Se apoya en este hecho el conocido argumento de la tentativa, con el que WELZEL puso de relieve que si el dolo es parte del injusto en el hecho intentado, no puede dejar de serlo en el consumado - *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Barcelona: Ariel, 1964, p. 63. Son muchos los autores que consideran que éste es un argumento esencial en la incorporación del dolo al tipo. Referencias en *Antijuridicidad penal*, (como en nota 52), pp. 459 y ss.

⁵⁶ Así, claramente WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal* (como en nota 55), p. 30. Referencias adicionales en *Antijuridicidad penal*, (como en nota 52), pp. 460 y ss.

⁵⁷ Aunque debería ser consecuentemente aplicada a otros casos, como la inimputabilidad absoluta o el error invencible de prohibición, en los que la situación es idéntica: la norma no puede cumplir ninguna función, por lo que instituir un deber jurídico resulta inútil.

la antinormatividad, si ésta se entiende como infracción de un directivo de conducta. Aquí surgen los problemas.

Al supeditar la antijuridicidad no ya sólo a las circunstancias que determinan la lesividad de la acción, sino también a algunas circunstancias subjetivas que sólo tienen que ver con la capacidad para cumplir deberes jurídicos, se produce el indeseable efecto (que se plasma en los ejemplos examinados) de que un hecho realmente lesivo pueda dejar de ser antijurídico por ausencia de alguno de estos elementos subjetivos, y ello cierra de manera inadecuada el paso a las consecuencias jurídicas que están ligadas materialmente a la lesividad, pero que dependen legal o doctrinalmente de la existencia de un hecho antijurídico.

La muerte causada en ausencia de acción, o en error invencible de tipo sigue siendo la lesión de un bien esencial, y sin embargo no hay hecho típico porque no se ha infringido ninguna norma. El resultado es que materialmente queremos aplicar dichas consecuencias jurídicas, pero el sistema nos lo impide porque exigimos la existencia de un hecho antijurídico.

V.2. Lesividad y contrariedad a la norma (antijuridicidad culpable)

La solución a este problema resulta, entonces, sencilla en su formulación, pero perturbadora para el actual sistema del delito. Necesitamos dos niveles básicos de análisis del hecho delictivo, pero no son la antijuridicidad –en la que se mezclan elementos referidos a la lesividad y otros que sólo afectan a la imputación subjetiva-, y la culpabilidad –en la que se examinan otros elementos de la imputación subjetiva que, de forma un tanto arbitraria se han desgajado de los anteriores-, sino lesividad penal, por un lado, e infracción culpable de una norma penal (antijuridicidad culpable) por otro. El primero, la lesividad penal, es relevante a efectos de la actuación de terceros: justifica la imposición de medidas de seguridad⁵⁸; permite la defensa; impide la participación; y, normalmente, en ausencia de un sujeto culpable, obliga a reparar. El segundo, la antijuridicidad penal (culpable), es presupuesto de la pena, y entraña la infracción de una norma de conducta cuya finalidad es precisamente evitar hechos lesivos, y en la que se tienen en cuenta, no sólo la capacidad lesiva de la acción, sino todas las circunstancias de la imputación personal que condicionan la capacidad para cumplir deberes jurídicos.

En los casos que examinamos el hecho del inimputable es lesivo, y por eso puede aplicarse una medida de seguridad, pero no infringe un deber jurídico -¿qué deber se puede imponer a un recién nacido o a una persona con una alteración mental que le impide por completo conocer el alcance de sus actos?-. Lo mismo pasa con quien

⁵⁸ Debe requerirse la comisión de un hecho del que pueda deducirse la probabilidad futura de cometer hechos lesivos.

incurre en un error invencible de tipo o de prohibición: hechos lesivos, pero ningún reproche jurídico⁵⁹.

V.3. Circunstancias que condicionan la lesividad

La lesividad es el nivel de análisis que nos interesa en este momento. Para que pueda cumplir adecuadamente su función de criterio interpersonal que dé paso a la aplicación de medidas jurídicas protectoras –medidas de seguridad, etc.- debe ceñirse *exclusivamente* a los aspectos, sean objetivos o subjetivos, que realmente condicionan la lesividad del hecho para bienes jurídicos, y evitar cualquier contaminación con elementos que sólo están relacionados con la capacidad de que el comportamiento humano sea guiado por normas. El concepto clásico de antijuridicidad surgió con esta misma finalidad, pero desde su comienzo fue contaminado con elementos referidos al deber jurídico. Aunque hubo algunos intentos de mantener la correspondencia antijuridicidad-lesividad⁶⁰, fracasaron porque, al seguir vinculando la antijuridicidad a la infracción de la norma penal, no podían superar la imagen, casi ridícula, de calificar de infracción de una norma también las lesiones causadas por animales o fuerzas naturales.

En el esquema aquí propuesto tal cosa no sucede. La infracción de la norma penal requiere siempre la infracción de un deber jurídico que se formula en la ley atendiendo a las circunstancias personales del obligado, a lo que puede exigirse de él, y no a lo que pueda hacer otro –por ejemplo un cuerdo, o un hombre medio ideal-, y por ello los elementos de la culpabilidad, que aluden precisamente a la capacidad personal para guiarse por normas, son elementos estructurales del deber jurídico. A nadie se le exige más allá de sus capacidades, porque sería, primero, absurdo, y después, injusto. La pena requiere, entonces, la infracción de un deber jurídico fijado en una norma y con ello un comportamiento culpable. Pero a la vez el necesario baremo intersubjetivo que permite acciones preventivas de terceros queda salvaguardado mediante la categoría –independiente de la culpabilidad- de la lesividad.

¿Qué circunstancias condicionan la lesividad? Depende del bien jurídico protegido, pero en la mayor parte de los bienes son circunstancias puramente objetivo-externas, lo que concuerda con el hecho de que los bienes se plasman en objetos materiales que se lesionan por hechos físicos. Creo que esta conclusión ha sido bien

⁵⁹ Por este motivo, en materia de error la teoría del dolo resulta más satisfactoria que la de la culpabilidad. Que el error proceda del desconocimiento de los elementos del tipo o de la prohibición resulta indiferente. En cualquiera de los dos casos el hecho es lesivo, lo que tiene efecto para terceros, y en ninguno se infringe un deber personal (ambos comparten una misma idea básica: el sujeto que se encuentra inmerso en un error invencible, de tipo o de prohibición, desconoce que el hecho que está realizando infringe un mandato jurídico, bien porque yerra sobre lo que hace, bien porque yerra sobre la valoración jurídica de lo que hace).

⁶⁰ Especialmente por aquellos autores que concibieron una antijuridicidad exclusivamente objetiva, como Löffler o Binding en una de las diversas etapas de su evolución –detalladamente, *Antijuridicidad penal*, (como en nota 52), pp. 248 y ss y 259 y ss.

vista por Silva cuando construye su sistema para las medidas sobre la base de un hecho puramente objetivo⁶¹, incluso si falta la mínima voluntariedad que exige la presencia de una acción. Por otra parte, la necesidad de imponer medidas de seguridad en los casos que aquí se han examinado muestra que estos hechos, pese a la ausencia de ciertos elementos subjetivos, son realmente lesivos. No yerran los tribunales que aplican las medidas, sino la doctrina al configurar su presupuesto de aplicación.

Hay, sin embargo, dos situaciones en las que parece que la propia lesividad del hecho depende de la presencia de elementos subjetivos.

Por una parte están los casos de agresiones a bienes jurídicos que tienen que ver con la *relación interpersonal* (honor, libertad sexual, etc.) en los que, a veces, algún elemento subjetivo parece tener trascendencia para su lesión. Como he analizado en otro lugar, en realidad ni siquiera en estos casos es necesaria para la lesividad la presencia *real* de dichos elementos, sino tan sólo que la víctima crea que concurren en su agresor, así que podrían no estar presentes y haber lesividad -si son fingidos, por ejemplo-, o estarlo y no haberla, si no son reconocidos por la víctima⁶².

Por otra parte, en los hechos delictivos del *iter criminis* anteriores al momento en que la retirada del autor es ya imposible (actos preparatorios, tentativa inacabada y tentativa acabada reversible), para la lesividad habrá que tener en cuenta el 'plan' de acción del autor, porque éste se inserta como un elemento causal más en el hecho.⁶³ En estos casos, pero sólo en estos, hace falta algo parecido a un elemento subjetivo, y su ausencia, sea por inimputabilidad o por cualquier otra causa, hace innecesaria la adopción de medidas de seguridad, la prohibición de la participación, etc. Sencillamente el hecho deja de ser potencialmente lesivo.

Pero es importante destacar -y en este punto se han producido muchos equívocos en el pasado- que el elemento subjetivo necesario para la lesividad en estos casos no es, como habitualmente se dice, el dolo; ni siquiera es necesario un acto voluntario del sujeto. He entrecomillado la palabra 'plan' para destacar este hecho.

Los elementos subjetivos (psíquicos) nos interesan en Derecho penal por dos motivos: primero, como factores causales de los movimientos corporales que lesionan los objetos de la acción en los que se plasma el bien jurídico; segundo, como elementos de imputación subjetiva del hecho al yo del autor, a su consciencia. Pero sólo

⁶¹ "¿Medidas de seguridad...?" (como en nota 6), pp. 885 y ss.

⁶² Un niño muy pequeño o un loro pueden, en ciertas condiciones, matar, pero difícilmente lesionar el honor, por más que puedan repetir sin sentido una expresión en otro contexto ofensiva, y ello tiene que ver con el hecho combinado de que la víctima no concede al 'agresor' un estatus de par, de manera que su opinión pueda afectar a la relación interpersonal, y de otro lado a que sabe que el 'agresor' no atribuye a su hecho ninguna finalidad injuriantes. Por este motivo, tampoco es injuriantes la afirmación 'ofensiva' del extranjero que desconoce las sutilezas del idioma, aunque sólo si su víctima conoce este hecho. Sobre esta cuestión, que aquí no puede ser desarrollada, véase *Antijuridicidad penal*, (como en nota 52), pp. 733 y ss.

⁶³ Esta idea, que como antes puse de relieve se encuentra tras el argumento de la tentativa, ha generado mucha confusión en la doctrina. Un intento de aclaración de este problema puede verse en *Antijuridicidad penal*, (como en nota 52), pp. 741 y ss.

el primer aspecto es relevante para la lesividad, y sólo mientras el hecho permanezca de alguna manera bajo el control de los estímulos cerebrales. El que los procesos mentales de un sujeto, conscientes o no, le lleven a realizar movimientos que lesionan bienes jurídicos resulta decisivo para enjuiciar su hecho desde la perspectiva de su lesividad potencial. Por el contrario, es intrascendente si además el sujeto es consciente de ello, y actúa por tanto con intención o con un genuino plan. Tanto si hay una actividad voluntaria como si no la hay, nos interesa lo que está debajo: el proceso psíquico como factor causal en un organismo controlado por este tipo de procesos; nada más.

La voluntariedad en la acción, o el dolo son elementos relacionados con la segunda cuestión: con la imputación subjetiva. Resultan decisivos sólo para imputar el hecho al autor como su obra. En su ausencia, el hecho puede ser igualmente lesivo, como demuestran precisamente los ejemplos que fueron expuestos al comienzo de este trabajo. Y si están presentes, para la lesividad sólo nos interesan en cuanto factores causales de segundo orden –el pensamiento consciente está en la cima de la actividad psíquica⁶⁴-, y no en cuanto permiten la imputación al autor, de manera que pueden estar presentes y pese a ello el hecho no ser lesivo, por ejemplo cuando el autor elige un plan ejecutivo incorrecto. En una tentativa inidónea el hecho del autor es antijurídico (antinormativo), pese a no ser lesivo. Por eso un tercero mejor informado, que conoce el error del autor, no puede pasar por alto este dato para, por ejemplo, invocar legítima defensa⁶⁵.

En resumen, para apreciar la lesividad en los hechos del *iter criminis* no hace falta ningún tipo de elemento subjetivo, en el sentido de hecho consciente, aunque sí hechos subjetivos en el sentido de asentados en la mente. Sólo hace falta examinar aquella parte del proceso psíquico que tiene que ver con la ejecución fáctica de los movimientos corporales que tienen eficacia causal lesiva, pero no es necesario examinar el contenido cognitivo, esto es, si el autor realmente quería conscientemente realizar el hecho y conocía exactamente lo que hacía. Una prueba de que esto es así lo brindan los casos examinados de ausencia de acción.

Para *concluir*. Con un esquema del delito como el aquí apenas esbozado los casos que estamos examinando tienen una solución sencilla y completa, solución que se extiende a otros casos en los que podrían plantearse problemas similares. Quien padece una anomalía o alteración psíquica que le hace incurrir en un error de tipo, o en una ausencia de acción, no ha infringido un deber jurídico con su hecho –no hay antijuridicidad-, pero a la vez su actuación es lesiva, por lo que puede aplicarse una

⁶⁴ Una parte del proceso psíquico con eficacia causal es precisamente la fijación consciente de metas, así que *este aspecto del dolo* puede tener trascendencia en la lesividad -de aquí surge el espejismo en el que se basa el argumento de la tentativa -, pero ni siquiera es un elemento necesario, ya que puede haber hechos sin dolo y lesivos, como algunos de los casos examinados en los que se apreció tentativa sin voluntad.

⁶⁵ Sin embargo, en un caso como éste la actual teoría del delito no puede ofrecer una respuesta adecuada, como se pone de relieve en el caso planteado por ROXIN –AT, § 15, nm. 9- al que hago referencia en otro lugar - *Antijuridicidad penal*, (como en nota 52), p. 418 n. 99-.

medida de seguridad, cabe la defensa y no se puede participar en el hecho. Su situación es idéntica a la del imputable que incurre en error de tipo. A los dos se les enjuicia como posibles infractores de un deber jurídico teniendo en cuenta sus circunstancias personales. No se trata mejor al cuerdo que al loco concediendo al primero una ausencia de tipicidad y al segundo sólo de culpabilidad, sino igual a los dos. Y en ambos casos se examinan sus hechos objetivamente desde la perspectiva de la lesividad, y si el resultado es positivo queda abierta la puerta a otras consecuencias jurídicas distintas de la pena, como la aplicación de medidas. El sistema, al menos en este punto, muestra plena coherencia y brinda una solución limpia y fácil.

Podría objetarse que el problema planteado no tiene la suficiente relevancia en la práctica como para justificar una reformulación general del sistema del delito. A ello se puede contestar con dos argumentos.

En primer lugar, de la exposición se deduce que el alcance del problema no es local. Aunque la doctrina suele tratarlo dentro del estrecho marco de la aplicación de medidas de seguridad, la cuestión de fondo afecta a otras muchas instituciones centrales, como la defensa o la participación. El haberse quedado en lo singular es una de las razones que explican que las diversas propuestas de solución no sean plenamente satisfactorias.

En segundo lugar, el criterio para medir la importancia de una contradicción en un sistema científico no es el de que afecte a una cuestión de mayor o menor relevancia práctica, sino el de su mayor o menor compatibilidad con la estructura básica del sistema. Bastaría con que la más leve e irrelevante partícula de materia del universo no respondiera a las leyes de la gravitación para que hubiera que reformular la teoría física básica. Y en el caso que nos ocupa, la contradicción es esencial, y lo es precisamente con el núcleo del sistema del delito, el concepto de antijuridicidad, así que las soluciones sólo pueden situarse en ese plano. A ello podría añadirse que esta contradicción sistemática no es la única. Aunque el trabajo se ha centrado en ella, hay otras muchas, en todos los escalones del sistema⁶⁶, que obligan a preguntarse si verdaderamente tiene un futuro el actual sistema del delito.

⁶⁶ Un catálogo de las más importantes aparecerá en mi trabajo *Revisión crítica de la teoría del delito*, que se encuentra en fase de redacción.